REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCVIII • Marzo-Abril • Núm. 790

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 • Marzo-Abril 2022 • Núm. 790

REVISTA BIMESTRAL

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

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

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

CORRIPIO GIL-DELGADO, María Reyes: «El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica» / *The new support system for disable people in exercising their legal capacity* 669

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: «La legalidad del IRPH: Pasado y presente» / *The legality of IRPH: Past and present* 715

MATEO VILLA, Íñigo: «Del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria: la conciliación tramitada por el registrador (Segunda parte)» / *Article 103 bis of the Spanish Land Registry Act: alternative dispute resolution guided by the Land registrar (Part Two)* 751

SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina: «La incidencia del nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad en el régimen de sociedad de gananciales. A propósito de la Ley 8/2021, de 2 de junio» / *The impact of the new system for the protection of people with disabilities in the regime of community of property. Apropos of the Law 8/2021 of 2 June*..... 815

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / *LEGISLATIVE STUDIES*

GÓMEZ PERALS, Miguel: «Panorama de la Ley 13/2015 de Reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro Inmobiliario y su posible reflejo reglamentario» / *Overview of Law 13/2015 on the Reform*

Págs.

of the Mortgage Law and the Real Estate Cadastre and its possible regulatory reflection 845

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

RODRÍGUEZ ELORRIETA, Naiara: «Repaso a la figura de la doble venta contenida en el artículo 1473 del Código Civil» / *Review of the figure of the double sale contained in article 1473 of the Civil Code* 907

DERECHO COMPARADO / *COMPARATIVE LAW*

FERNÁNDEZ ARROJO, María: «La Regla contra las Perpetuidades en el Derecho inglés» / *The rule against perpetuities in English law*.... 949

POLO SABAU, José Ramón: «El reconocimiento del matrimonio de creencia en la Isla de Guernsey mediante la *Marriage (Bailiwick of Guernsey) Law 2020*» / *The legal recognition of belief marriages in the Marriage (Bailiwick of Guernsey) Law 2020* 985

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

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública, coordinado por Juan José JURADO JURADO 1001

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «El uso de la vivienda familiar como compensación del derecho de alimentos. Los hijos menores y mayores con discapacidad. (Art. 96 CC y su relación con

Págs.

el art. 149 CC)» / *The use of the family housing as compensation of the right to food. Minor and older children with disabilities. (Art. 96 CC and its relationship with art. 149 CC,* por Isabel DE LA IGLESIA MONJE..... 1065

1.2. Derecho de familia:

— «La atribución del uso de la vivienda perteneciente a un tercero: precario o comodato» / *The attribution of the use of the house belonging to a third party: precarious or commodatum*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT..... 1082

1.3. Derechos reales:

— «Sistema registral y blockchain» / *Land register and blockchain*, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA..... 1154

1.4. Sucesiones:

— «La adaptación del Código Civil de Cataluña a la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica» / *The adaptation of the Civil Code of Catalonia to Law 8/2021, of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity,* por Joan CUADRADO SOLER..... 1166

1.5. Obligaciones

— «Presupuestos de la mora del acreedor» / *Creditor delay requirements,* por Francisco MILLÁN SALAS.. 1195

1.6. Responsabilidad civil:

— «La declaración de imprescriptibilidad de la responsabilidad civil derivada de una condena penal firme» / *The declaration of imprescriptibility of civil liability derived from a final criminal conviction,* por Juan DUEÑAS MARTÍNEZ 1241

Págs.

1.7. Concursal:

— «La jurisprudencia sobre el ejercicio de la compensación en el concurso: compensación de créditos no incluidos en la lista de acreedores» / *Case law on the exercise of set-off in insolvency proceedings: set-off of claims not included in the list of creditors,* por María Luisa SÁNCHEZ PAREDES..... 1262

2. MERCANTIL:

— «La legitimación en la acción de *anulación* por infracción del deber de lealtad» / *Legal standing in the annulment action for infringement of the duty of loyalty,* por Francisco REDONDO TRIGO..... 1280

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

— «Innecesariedad de la aportación de la escritura de constitución de la junta de compensación para la inscripción del proyecto de reparcelación y modificación del título reparcelatorio» / *The unnecessary nature of the deed of constitution of the Compensation Board for the registration of the reparcelling project and amendment of the project title*, por Vicente LASO BAEZA 1293

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

«El *"pacto sucesorio"* derecho foral o autonómico civil y derecho de la Unión europea», por Josu J. SAGASTI AURREKOETXEA ... 1305

«La configuración del daño y su relación con el nexo causal en la responsabilidad civil del abogado», de L.C. MATE SATUÉ, por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO..... 1311

«Manual de Derecho inmobiliario», de AA.VV. (R. Moreno Ubric, dir y coord). por Diego VIGIL DE QUIÑONES OTERO 1314

ESTUDIOS

El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica

The new support system for disable people in exercising their legal capacity

por
MARÍA REYES CORRIPIO GIL-DELGADO
Universidad Pontificia Comillas

RESUMEN: El sistema español de protección legal de las personas con discapacidad basado en la limitación de su capacidad de obrar ha sido sustituido por un nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica. El trabajo analiza la terminología adoptada y ofrece una visión general de las medidas de apoyo. La reforma da la prioridad a las soluciones basadas en la autonomía privada y refuerza algunas instituciones antes existentes, pero secundarias como la guarda de hecho y la curatela.

ABSTRACT: Spanish legal system for disable people based in restricting their ability to act has recently change. The work firstly analyses the new terminology, and secondly offers a general overview of the institutions of support stated by the law. The new regulation of supports reinforce private autonomy and some existing —but secondary— institutions like the «facto guardian» or the «curatorship».

PALABRAS CLAVE: Discapacidad. Capacidad. Sistema de apoyos. Guarda de hecho. Curatela. Poderes preventivos.

KEY WORDS: Disability. Legal capacity. Legal support system. Facto guardian. Curatorship. Preventive powers.

SUMARIO: I. EL SISTEMA DE APOYOS DENTRO DE LA REGULACIÓN GENERAL DE LA DISCAPACIDAD: PRIMERAS VALORACIONES: 1. Requerimientos de la convención internacional de derechos de las personas con discapacidad. 2. El nuevo sistema de apoyos: Primeras valoraciones.—II. LAS MODULACIONES DEL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y EL CONCEPTO DE APOYOS EN SENTIDO ESTRICTO: 1. El requisito de capacidad para la validez de los actos jurídicos. 2. Los apoyos en general y los apoyos en sentido estricto: *A) Los apoyos desde la autonomía o heteronomía del ejercicio de la capacidad jurídica. B) Efectos de la falta de apoyos en sentido amplio y en sentido estricto.* 3. Ejercicio heterónomo de la capacidad y estado civil.—III. LAS MEDIDAS DE APOYO EN SENTIDO ESTRICTO: 1. Medidas de apoyo de naturaleza voluntaria: *A) Los poderes preventivos. B) La autocuratela. C) ¿Cabría en el sistema voluntario de apoyos una suerte de autolimitación de la capacidad como la figura catalana de la asistencia?* 2. La guarda de hecho: *A) Naturaleza de la guarda como medida de apoyo. B) La actuación del guardador.* 3. La curatela: *A) La curatela como principal medida de apoyo de origen judicial. B) La curatela representativa.*—IV. EL PRINCIPIO DE RESPETO A LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD: 1. El principio de actuación conforme a los deseos y preferencias de la persona con discapacidad. 2. El interés superior de la persona con discapacidad y el derecho a equivocarse.—V. CONCLUSIONES. —VI. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL SISTEMA DE APOYOS DENTRO DE LA REGULACIÓN GENERAL DE LA DISCAPACIDAD: PRIMERAS VALORACIONES

El sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica, introducido por la Ley 8/2021 de 2 de junio[1] (LAPDECJ), sustituye al de la «capacidad modificada judicialmente» o «incapacitación» dando pleno cumplimiento a lo mandado por el artículo 12 de la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad (CIDPD). La nueva formulación supone un cambio profundo y ha llevado su tiempo, como no podía ser de otra forma,

debido, entre otros factores, a las dificultades interpretativas del propio artículo 12 CIDPD para cuya clarificación se dictó la Observación General núm. 1 (2014)[2]. No recogemos en este trabajo la extensa literatura española que tras la ratificación de la CIDPD se ha ido publicando en nuestro país, pero sí aportaciones doctrinales relevantes que nos ayudan a explicar los requerimientos y exigencias de la CIDPD y el sistema de apoyos finalmente aprobado.

1. Los requerimientos de la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad

¿Qué pedía la Convención exactamente? En opinión de CUENCA GÓMEZ (CUENCA, 2012, 75) se trataba de un cambio integral del modelo español existente sustituyéndolo por otro abierto e inclusivo e integrado por diversas figuras de apoyo de implantación gradual y paulatina. Para BARIFFI la Convención manda a los Estados que dejen de negar a las personas «capacidad» porque ello supondría tratarlas «como objeto legal y no como sujeto, marginalizándolas y apartándolas del goce efectivo de sus derechos humanos más básicos, lo que hace preciso revisar de forma profunda las instituciones actuales que se consideran hoy claramente anacrónicas o la inercia de una tradición legal de otros tiempos» (BARIFFI, 2014, 264). La respuesta jurídica debería arrancar de un previo trabajo de investigación de las necesidades de la persona, de su voluntad, deseos y preferencias e incluso de un nuevo tipo de juez que tenga los conocimientos necesarios para identificar el apoyo más idóneo, es decir, un juez que sea «también técnico social, proveedor de un servicio, y antes que nadie, figura de apoyo y acompañamiento» (FERRANDO, 2011, 188).

Por su parte, la OG 1 (2014) antes referida optó por una posición de gran radicalidad al considerar discriminatorias las instituciones que imponen «la sustitución en la adopción de decisiones basándose únicamente en que la persona tiene un determinado diagnóstico» (OG 1 2014, ap. 21), por lo que indicó que los Estados deben evolucionar hacia un sistema de apoyos más respetuoso con la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, criterios que deben guiar la actuación de quien ejerce el apoyo y no «en lo que se suponga que es su interés superior objetivo» (OG 1, 2014, ap. 25.b), pudiendo, incluso impugnarse tales decisiones «si el encargado del apoyo no actúa según la voluntad y las preferencias de la persona concernida» (OG 1, 2014, ap. 25.d). Esta postura del Comité ha sido criticada con acierto por la doctrina española por hacer una interpretación radical de los postulados de la Convención (CUADRADO, 2020, 52) y puede verse más bien como una desiderata teniendo en cuenta que existen escenarios en los que la persona no puede conformar su voluntad y es precisa la representación con todas sus

garantías. La Observación sirvió para dejar clara la necesidad de canalizar las reformas de los sistemas nacionales hacia una renovación profunda de las instituciones para dar un salto del «paradigma de la adopción de decisiones sustitutivas a otro que se base en el apoyo para tomarlas» (OG. 1, 2014, ap. 3).

Trayendo estas ideas y objetivos al Derecho español se tornaba necesario cambiar el enfoque de la regulación entonces vigente, la «capacidad modificada judicialmente», que en su práctica diaria resultaba unilateral, desproporcionada y desequilibrada y se quedaba solo en lo negativo «(no puede usted gobernarse por sí mismo)» (RUIZ DE HUIDOBRO, 2016, 243; 2021, 263). ARSTEIN-KERSLAKE en 2014 había lanzado duras críticas al sistema español: primero, somete al incapacitado a un control tal que restringe —de derecho o de facto— el ejercicio de sus derechos fundamentales, debiendo ser sustituido por un sistema que proporcione apoyo para que la persona ejerza su capacidad y quede empoderada en la sociedad, segundo, parte de un procedimiento de incapacitación inflexible que no permite la participación adecuada de la persona a incapacitar y tercero, que los jueces no cuentan con conocimientos necesarios para abordar los casos y proteger los derechos de las personas y se les limita a escoger entre tutela y curatela, mientras que deberían poder «elegir entre una serie de opciones», (esta misma autora realiza nuevas consideraciones en 2016[3]).

El camino desde la disposición adicional séptima de la Ley 26/2011[4], que ordenaba dar nueva regulación a esta materia hasta la reciente LAPDECJ, no ha sido fácil. No llegó a aprobarse el Proyecto del Grupo Popular[5] ni tampoco se dio curso a la propuesta del Real Patronato sobre Discapacidad[6] que fue criticada (MAYOR DEL HOYO, 2014, 9; SERRANO GARCIA, 2015, 2587). Simultáneamente se iba haciendo cada vez más explícita la urgencia del cambio en algunos artículos del Código Civil reformados antes de la LADECJ, como es el caso del artículo 56.2 que luego comentaremos o el del anterior artículo 303 del Código Civil en los que se consolida la expresión «apoyo» (o «quien pudiera precisar de una institución de protección y apoyo»)[7], no estando todavía configurado tal sistema. Por su parte los jueces iban acogiendo en sus resoluciones los postulados de la CIDPD propiciando interpretaciones extensivas de la curatela a la que se le asignaron funciones de contenido personal y/o representativas —algo que hasta la fecha estaba reservado al tutor— desdibujando con ello la anterior dualidad que asimilaba tutela a representación y curatela a asistencia.

2. El nuevo sistema de apoyos: primeras valoraciones

El sistema de «provisión de medidas de apoyo» es una nueva categoría jurídica que canaliza el derecho de toda persona con discapacidad a obtener

una ayuda transparente, eficaz y proporcionada que supla sus dificultades para ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones que los demás. Es muy diferente a la antigua incapacitación (o capacidad modificada) e incluso podría contraponerse a esta como ocurre en Derecho comparado (por ejemplo, el Código Civil y de Comercio argentino y en el Código francés).

Podemos resumir las características del nuevo sistema en los siguientes elementos:

1.º. Tiene nombre propio, la de «sistema de apoyos» dentro de la regulación general de la discapacidad. La disposición adicional cuarta del Código Civil nos indica su especificidad al señalar que utiliza dos significaciones para el término «discapacitado» una la referida al sistema de apoyos y otra la que cabe dar a dicho término en los artículos 96, 756.7.º, 782, 808, 822 y 1041 del Código Civil referidos a quien tiene reconocido un grado de discapacidad psíquica del 33% o de 65% de discapacidad física o sensorial o se encuentre en la situación de dependencia de grado II o III de las establecidas en la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal. Estos últimos entroncan con los derechos civiles (por ejemplo, la posibilidad de constituir un patrimonio protegido) que se defieren a las personas con cierto grado de discapacidad, tengan o no medidas de apoyo.

2.º. A diferencia de la modificación de capacidad, los apoyos no implican limitaciones en su «capacidad de obrar», una categoría que desaparece como faceta dinámica de la personalidad. En cambio, sí permite introducir modulaciones jurídicas de la actuación de la persona operando en un plano jurídico inferior ¿Cuál? el de los requisitos para la validez de los actos y la toma de decisiones relacionadas con el cuidado de la persona sobre la base de su concreta situación. En este plano caben modulaciones del ejercicio de su capacidad cuando falten de aptitudes naturales de tipo volitivo por «defecto o insuficiencia de la voluntad» (art. 249 CC).

3.º. El nuevo sistema admite, por tanto, que se le puedan imponer a la persona, aun en contra de su voluntad, apoyos necesarios para el ejercicio de su capacidad jurídica siempre que existan déficits naturales que le impidan la conformación válida de su voluntad. DE SALAS MURILLO lo argumenta magistralmente en su artículo titulado «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?» donde, analizando el Anteproyecto, concluye que no hay tal derecho dado la importante heteroregulación con márgenes normativos ajenos al auto-nomos del sujeto (DE SALAS, 2020, 2254).

4.º. A resultas del establecimiento formal de apoyos la persona queda en un estado civil caracterizado por la heteronomía en el ejercicio de su capacidad, y ello, consecuentemente supone admitir dos modalidades de ejercicio de la capacidad jurídica: «por un lado, ejercicio autónomo, que

lo hace el propio individuo por sí mismo, autosuficiente; de otro ejercicio heterónomo, para el que el individuo necesita apoyos de otros para hacerlo» (RUIZ DE HUIDOBRO, 2021,173). La persona con discapacidad a la que se le hayan impuesto medidas de apoyos quedará sujeta a ámbitos de ejercicio heterónomo de su capacidad jurídica.

El sistema en su conjunto, con su enfoque amplio y respetuoso con la persona y alejado del enfoque sobreprotector de la anterior tutela (extensible a la patria potestad prorrogada y rehabilitada), ofrece una más afinada visión de las medidas de apoyo como instrumentos de canalización de la voluntad, deseos y preferencias de la persona y da respuesta coherente y adecuada, por fin, a los requerimientos de la CIDP. Por un lado, se evitan situaciones de protección legal excesiva que dejan a la persona arrinconada y expuesta al querer ajeno, es decir, situaciones de cosificación que las pudiera privar de su capacidad jurídica para decidir y consecuentemente de su plena participación social, y, por otro, se da cobertura amplia a los supuestos en los que existen necesidades de apoyo por déficits de la voluntad para la toma de decisiones garantizado el cuidado de la persona.

Las posturas más críticas al diseño del nuevo sistema han lamentado que se prescinda de la «capacidad de obrar» y han criticado las ambigüedades o imprecisiones jurídicas del concepto apoyos que puede afectar a su actuación plenamente autónoma. Para ROGEL VIDE la supresión de la categoría jurídica de la capacidad de obrar supone «poner patas arriba la esencia misma de los conceptos esenciales del derecho …en perjuicio de los débiles» y, parafraseando a este autor, lleva a resultados aberrantes, como la pérdida del concepto de estado civil, la desaparición de la patria potestad prorrogada y de la tutela, como institución milenaria o la afectación de la responsabilidad civil (ROGEL VIDE, 2021, 14 y 15). Para BERCOVITZ el cambio terminológico aparenta un mayor alcance del que realmente tiene pues ni el legislador ni los tribunales pueden mediante palabras poner remedio a las limitaciones de las personas discapacitadas», generando por el contrario confusión dogmática respecto a conceptos de capacidad de obrar o estado civil (BERCOVITZ, 2021, 25). Y es que la amplitud de los términos empleados (ej. «discapacitado», «apoyos», «excepcionalmente») y el uso de expresiones no clarificadas en cuanto a su alcance jurídico (ej. «ejercicio de la capacidad jurídica» «defecto o insuficiencia de la voluntad»), o ambiguas (ej. utilizar la expresión «medidas de apoyo» en lugar de instituciones de apoyo), impiden verlo como un sistema ya cerrado que habrá de ir concretando la práctica judicial. Así lo indica RUIZ DE HUIDOBRO, que tiene a la LAPDECJ como una «buena obra española» por resultar en su conjunto equilibrada y realista, si bien entiende que se ha sustituido la noción tradicional de capacidad de obrar que proporcionaba claridad y seguridad jurídica por una construcción dogmática artificiosa

que no resulta convincente y será la práctica judicial, a la que se reconoce ahora un amplísimo margen de decisión, la que confirmará o desmentirá esta valoración (RUIZ DE HUIDOBRO, 2021, 167 y 169).

II. LAS MODULACIONES DEL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y EL CONCEPTO DE APOYOS EN SENTIDO ESTRICTO

Las modulaciones al ejercicio de la capacidad jurídica se sitúan en un plano muy diferente al de las antiguas limitaciones a la capacidad de obrar, puesto que ya no es admisible incrustar dentro de las facetas de la personalidad como tal a la aptitud de la persona para la validez de los actos. Este cambio procede de la redacción del artículo 12. 5.º de la CIDPD que al referirse a la capacidad jurídica mezcla ítems propios de ambas categorías, por ejemplo, la referencia a «ser propietarias y heredar» sería faceta estática y en cambio «controlar sus propios asuntos económicos…» sería faceta dinámica. A partir de este momento la expresión «capacidad de obrar» o incluso «capacidad» que pueda pervivir en algunas leyes debe ser reconducida hacia el sistema de apoyos que opera en un plano inferior.

Los apoyos jurídicos surgen en la medida en que son necesarios para atender debidamente las necesidades de la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos. Dicho así aparece como un sistema extremadamente amplio e impreciso que realmente no refleja su singularidad jurídica que es la de ir dirigido a proveer de remedios jurídicos a la situación en las que la persona tiene dificultades para gobernar su esfera por sí sola. En consecuencia, habremos de distinguir entre apoyos de dos tipos: unos entroncan con las exigencias de capacidad natural, es decir de facultades mentales o intelectuales que debe poseer la persona para emitir un consentimiento válido y otros que no proceden de falta de capacidad volitiva y por tanto requieren ajustes, apoyos, remedios a la discapacidad de otra índole o alcance. Para una mejor claridad expositiva denominamos a los primeros «apoyos en sentido estricto» y a los segundos apoyos generales o en sentido amplio.

1. El requisito de capacidad para la validez de los actos jurídicos

Es de suyo que existe una relación dialéctica entre la antigua categoría de la capacidad de obrar y la nueva expresión «ejercicio de la capacidad jurídica» (PEREÑA, 2018,70) basada en la exigencia de capacidad para la realización concreta de un acto jurídico sin que podamos hablar propiamen-

te de una sustitución de la anterior por la nueva, lo que sería incoherente con la voluntad del legislador de unificar las facetas de la personalidad bajo la categoría «capacidad jurídica». Ahora bien, el sistema de apoyos parte del hecho cierto de que hay personas que no cuentan con las aptitudes cognoscitivas y volitivas ligadas al grado de discernimiento que requieren los actos o negocios jurídicos, y ello es común para el menor de edad y para toda persona que encontrándose en situación de incapacidad no pueda concurrir a un acto concreto con su sola voluntad. De igual manera que el legislador, atendiendo a diversos fines preponderantes, puede establecer prohibiciones o inhabilitaciones para la titularidad o el ejercicio de algunos derechos (por ejemplo, los que sufren los extranjeros o la no admisión al trabajo de los menores de 16 años) cabrían también modulaciones en el ejercicio de la capacidad cuando el individuo no pudiera realizar válidamente un acto. Tal cosa no compromete la capacidad jurídica *in abstracto* dado que su fundamento no es la consideración del individuo en cuanto portador primario de la personalidad, sino que proviene de otros factores contingentes que pueden legítimamente afectar las titularidades y actividades de las personas (RUIZ DE HUIDOBRO, 2021,171).

Son numerosas las normas que recogen las exigencias de aptitud cognoscitiva y volitiva como requisito esencial para la validez del consentimiento: a) el artículo 56 del Código Civil indica que quienes deseen contraer matrimonio «acreditarán que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos» (…); b) en materia de sucesiones el artículo 663 del Código Civil (nueva redacción) señala «No puede testar:… la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aún con ayuda de medios o apoyos para ello», por su parte el artículo 664 del Código Civil dispone que «el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido» y finalmente el artículo 665 del mismo cuerpo legal indica que «la persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones», todos ellos reflejan que la capacidad de comprender el acto que se realiza es requisito de consentimiento; c) En la legislación notarial ocurre lo propio, el artículo 17 bis 2.a de la Ley del Notariado[8] prescribe que «el Notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado», es decir, la capacidad debe existir y valorarse en el acto y d) el artículo 4 de la Ley de extracción y trasplante de órganos[9] indica que solo se podrán obtener órganos procedentes de un donante vivo si este tiene plenas facultades mentales, es más, prevé que «no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquiera otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente» (art. 4, c, in fine).

En este punto conviene matizar que el elemento interno propio de la capacidad natural de entender y querer (posibilidad de conformar la voluntad, de comprender el alcance de las disposiciones, tener plenas facultades mentales…) no se puede confundir con el concepto de capacidad jurídica. En efecto, cuando hablamos de falta de capacidad natural nos referimos a la situación concreta de la persona caracterizada por la merma de aptitudes físico-psíquicas que le impiden comprender y querer plenamente un acto jurídico. La persona que acuse discapacidades afectantes a la capacidad volitiva no puede por esta causa desenvolverse autónomamente en el ejercicio de su capacidad y se verá precisada de apoyos en aquellos ámbitos para los que exista dicha incapacidad o, si el acto es personalísimo estará privada de realizarlo. El Ordenamiento no puede dejar de regular la situación de incapacidad de hecho que hace nacer la protección que puede definirse como una situación en la que la persona «carece de entendimiento y voluntad suficientes para regirse de forma autónoma, plena y efectiva por sí mismo, con independencia de que existan o se hayan adoptado medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica» (art. 3 h de la LO 3/2021 de 24 de marzo de regulación de la eutanasia[10]). Así pues, los déficits de entendimiento y voluntad que impiden a la persona física regirse *de facto* de forma autónoma, plena y efectiva, justifican escenarios de ejercicio heterónomo sin que podamos decir por ello que la persona carece de poder de gobierno en abstracto, el cual tiene como elemento de su personalidad.

En línea con lo expuesto, el sistema de apoyos entronca con las exigencias de capacidad volitiva y por ello es admisible configurar reglas de capacidad para ámbitos jurídicos generales, como ocurre con la capacidad procesal, laboral, comercial o delictual. Advertimos en este punto que existen incorrecciones en algunas normas adaptadas que requieren un cierto reajuste. En concreto el artículo 4 del Código de Comercio (redactado *ex novo* por la LAPDECJ) y que lleva por rúbrica «capacidad legal para ejercer el comercio» dispone que: «Tendrán capacidad para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes», entonces, ¿qué pasa con quien se encuentra en incapacidad de hecho? ¿tiene capacidad para el ejercicio habitual del comercio? También es confuso que se haya suprimido toda mención a los apoyos en el artículo 1263 del Código Civil.

Se aprecian igualmente desajustes entre capacidad y sistema de apoyos en la reformulación de las normas de conflicto espacial del Código Civil. La LAPDECJ va a ubicar el sistema de apoyos dentro del artículo 9.6,2 del Código Civil (aplicándoles la regla de la residencia habitual) mientras que la capacidad sigue rigiéndose por la ley personal (art. 9.1 CC). Adroher considera que la formulación hecha en el artículo 9.6,1 producirá un efecto

no deseado «los jueces deberían aplicar en algunos casos y respecto de extranjeros procedentes de determinados países, su ley nacional para modificar su capacidad y la española para adoptar la medida de apoyo» para evitar lo cual la autora propone volver a la anterior redacción del supuesto de hecho «medidas de protección de la persona mayor» que es coincidente con lo dispuesto en el Convenio de La Haya sobre protección internacional de Adultos (ADROHER, 2019,176). La ratificación de este Convenio permitirá también obtener importantes mejoras en el reconocimiento de las medidas de apoyo adoptadas en otros Estados a través del procedimiento simple y rápido de declaración de ejecutoriedad (ADROHER, 2021,170), por lo tanto, una mejor conexión entre el sistema de apoyos y la capacidad como requisito del acto sería bienvenida.

2. Los apoyos en general y los apoyos en sentido estricto

De por sí la palabra «apoyo» es un término amplio y más propio de las disciplinas de Trabajo Social que de las propiamente jurisdiccionales (LADRÓN TABUENCA, 2012, 201) y por tanto tiene el potencial de aglutinar todo mecanismo o actuación ligada a las necesidades de la persona con discapacidad para la toma de decisiones en el ejercicio de sus derechos. Si nos atenemos a la propia exposición de motivos de la LAPDECJ ahí se describe un muestrario variopinto de fórmulas de apoyo: «desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad…» y «en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones» (EM III, párrafo segundo). Todos ellos tienen en común que van dirigidos a superar «las barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de ejercicio» y en todos el objetivo es el mismo, la mayor participación del sujeto, el goce real y efectivo de sus derechos y su plena integración en la vida social, pero no deja de ser una agrupación heterogénea que no facilita la adecuada sistematización e individualización de los casos en los que el apoyo puede imponerse a la persona. Véase por ejemplo como la ayuda técnica a la comunicación o la ruptura de barreras arquitectónicas tienen nula conexión con la cuestión de la capacidad o grado de discernimiento requerido para realizar un acto concreto. Conviene, pues, distinguir entre diversas clases de apoyo para circunscribir debidamente el sistema a su lugar específico que es del ejercicio heterónomo de la capacidad.

A) Clases de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica

Se debe distinguir varias tipologías de apoyo de alcance diverso: unas serían meros ajustes o adaptaciones que la persona precisa para obtener la información de forma adecuada a sus aptitudes cognitivas, que posee, o para exteriorizar su decisión, por tanto, su alcance sobre la persona es menor, otros son apoyos al ejercicio heterónomo porque la persona no tiene plenas aptitudes mentales, intelectuales o cognitivas para decidir en ámbitos de su esfera singularizada. Ambos tipos de apoyos coexisten en nuestra regulación y se puede advertir claramente la diferente regulación que reciben en uno y en otro caso. Veamos esta cuestión analizando los artículos 56.2 y 665 del Código Civil y 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento civil.

El artículo 56.2 del Código Civil faculta al letrado de la Administración de Justicia, notario, encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente matrimonial a «recabar de las administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales, que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes». Este fragmento se refiere a los apoyos que pudiera precisar la persona con discapacidad para canalizar su voluntad luego son apoyos en un sentido amplio y se ve la poca afectación de la persona en la medida en que se trata de una facultad para el notario o funcionario y no una obligación y en el hecho de que aquí la persona conforma su voluntad interna con sus propias aptitudes naturales pudiendo expresar el consentimiento por sí misma.

De forma parecida, el artículo 665 del Código Civil pide al notario que la persona otorgante del testamento «desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias». Claramente el legislador convierte al notario o funcionario interviniente en un apoyo de la persona con discapacidad a la que debe proporcionar medios externos, hasta donde lleguen las posibilidades de su capacidad natural. Centra el asunto en que aquella exprese sus deseos y preferencias, pero también indica que debe apoyarle en su razonamiento algo que solo podrá hacerse cohonestando sus fines y sus metas con el marco vital en el que transcurre su vida «para que se haga consciente y responsable de su propia realidad, a pesar de las interferencias que los procesos físicos y psíquicos pueden causar» (GARCÍA y GUILARTE, 2011, 13). Este cambio afecta al modo en el que los notarios deben realizar su labor, facilitándole apoyos en sentido amplio, pero no debe llevar a confusión respecto a cómo debe procederse cuando la persona carece de aptitudes intelectivas y volitivas.

También el 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento civil (redactado por la Ley 8/2021) recoge ampliamente lo que hemos denominado «apoyos en sentido amplio» cuando indica que: «En los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad». Seguidamente la norma explicita que se trata de adaptaciones referidas «a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno», para garantizar la participación de las personas con discapacidad en los procesos porque, como señala el referido artículo 7 bis en su párrafo segundo, las personas con discapacidad «tienen derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo» (obviamente cuando ello fuera posible). En este caso basta con utilizar un lenguaje claro, sencillo y accesible o ayuda para que pueda hacerse entender, incluyendo lenguas de signos y apoyos a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, como la participación de un profesional para las tareas de adaptación y ajuste o el acompañamiento de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

Como puede advertirse de los ejemplos anteriores, estos artículos regulan ajustes procedimentales o actitudinales de los notarios en el ejercicio de sus funciones y en el contexto de otorgante con discapacidad. Son apoyos externos que en la práctica guardan gran la similitud con los remedios que contempla el legislador para solventar problemas prácticos ligados al dominio y comprensión del lenguaje en contextos distintos a la discapacidad, por ejemplo, los apoyos al extranjero que necesita de intérprete (art. 22.2 de la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social[11]), el deber de facilitar información en un lenguaje claro, sencillo y accesible para la protección de los menores (*vid.* a título ejemplificativo los artículos 10 y 17 de la Ley Orgánica de protección integral de la infancia y la adolescencia y los arts. 17.1, 36 y 39 de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores[12]) o para la protección de consumidores y usuarios (art. 155 de la Ley General para la Defensa de consumidores y usuarios[13]).

Una vez visto el enfoque regulatorio de los apoyos en sentido amplio nótese cómo la norma cambia de tono cuando legisla sobre hipótesis de falta de capacidad. En el ámbito matrimonial, el artículo 56.2 in fine del Código Civil indica que si la persona no puede prestar el consentimiento por condiciones de salud que se lo impidieren de forma categórica y sustancial, se recabará el dictamen médico sobre su aptitud para prestarlo. En sede sucesoria y como apuntábamos al referir la exigencia de capacidad volitiva, no podrá otorgarse testamento cuando, a juicio de notario, la persona con discapacidad no pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones (art. 665 CC*)* ni podrá tenerse por válido el testamento hecho después de

la enajenación mental (art. 664 CC), en ambos casos *a sensu contrario*. En el ámbito procesal la LEC dispone que la persona con discapacidad dotada de medidas de apoyo solo podrá comparecer en juicio según lo previsto en dichas medidas (art. 7.2 LEC) o, como previene el artículo 8 LEC, se le nombrará un defensor judicial que «asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona» (art. 8.1 LEC).

En conclusión, la problemática del déficit de autogobierno y la intervención de terceros (necesaria en el caso de falta de aptitudes internas y que tiene como presupuesto inmediato la falta de capacidad natural) determina que exista en nuestro ordenamiento una dualidad de apoyos cuyo alcance y fundamento es dispar y que reciben un diverso enfoque y tratamiento legal. El sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad va de suyo referido a la necesidad de facilitar a la persona apoyos en sentido estricto y justifica la creación de escenarios estables de heteronomía en la persona para el ejercicio de la capacidad jurídica.

B) Efectos de la falta de apoyos en sentido amplio y en sentido estricto

Si el apoyo consiste simplemente en la accesibilidad de la persona a un lugar, proporcionar la información o medios necesarios para el acceso a la misma o utilizar un lenguaje y medios que faciliten la correcta comprensión del negocio para que la persona pueda decidir no habría heteronomía en el ejercicio de la capacidad, sería tan solo un apoyo en sentido amplio. La ausencia de apoyos en sentido amplio tendrá ciertas consecuencias legales, pero la batalla se lidiará en un lugar diverso al de la capacidad pues podrá reclamar las adaptaciones o, sino las recibió podría reclamar por la vía del error, del dolo, o de la intimidación y por tanto se reconduce hacia los márgenes de inexcusabilidad del error si la persona precisaba apoyos y no los tuvo o al de la recognoscibilidad del error por la otra parte del contrato, si faltó a la buena fe relacional, la prueba de la intimidación, etc. Así pues, la carencia de apoyos en este sentido podía ser causa de anulabilidad de contratos por vicios del consentimiento (1301.4 y 1301.2 CC), incluyéndose en este punto figuras emergentes que llevan asociado este mismo efecto como la ventaja injusta y la «influencia indebida»:

• La expresión «ventaja injusta» tiene antecedentes remotos en nuestro Derecho (como puede verse en la *restitutio in integrum* del Derecho romano o en las hipótesis de rescisión por lesión), si bien su utilización actual procede del marco europeo de referencia (*unfair exploitation*). El artículo 4:109, titulado «beneficio excesivo o ventaja injusta» de los Principios Europeos del Derecho de los contratos (PECLs) permite la anulación del contrato «si una de las partes dependía de otra, tenía una relación de confianza con ella,

se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora» y la «otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo un beneficio excesivo». La Comisión General de Códigos ha acogido esta regulación en la Propuesta de modernización del derecho español de obligaciones y contratos (2009) que permite anular el contrato a la parte que obtuvo una ventaja excesiva si se hubo «aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión» (art. 1301 de la Propuesta de Modernización). Ahondando un poco más en estos elementos contenidos en la Propuesta de modernización, como indica GINÉS, debe advertirse que en todos ellos hay un aprovechamiento inicuo de deficiencias de carácter subjetivo o personal, y no solo para la persona con discapacidad, también de otras facetas de la persona que la hacen vulnerable como «el carácter imprevisor del sujeto, su ignorancia, su inexperiencia o incluso sus carencias en la capacidad negociadora» (GINÉS, 2016, 27).

• Respecto a la influencia indebida, como indica INFANTE RUIZ, viene puramente ligada a los vicios del consentimiento y concede protección a una parte del contrato frente a la presión injustificada que recibe de la otra, de forma que el negocio así celebrado no puede ser expresión de la libre voluntad del contratante. Por esto mismo, trasciende específicamente el aprovechamiento injustificado embebiendo supuestos en los que no siempre existe ventaja excesiva o beneficio desmesurado para el contratante influyente (INFANTE RUIZ, 2021, 31) y va pareja a la intimidación.

Por su parte la jurisprudencia ha ido otorgando efectos a la reducida capacidad intelectiva para la conservación y la extinción de los derechos o el inicio del plazo de prescripción como hace la STS del Pleno de la Sala Primera número 271/2021 de 10 de mayo que considera que la reducida capacidad intelectiva y la carencia de apoyos estables desplazan en el tiempo el inicio del plazo de prescripción hasta el momento en que tuvo oportunidad real de conocer el alcance de una información. En este caso se puso el énfasis en la forma en que la compañía de seguros le comunicó su derecho a reclamar el seguro sosteniendo el tribunal que solo cuando la abogada que le estaba tramitando la declaración de herederos se lo explicó pudo conocer lo que podía reclamar a la compañía y por tanto solo en ese momento estaba en disposición de ejercitar la acción iniciándose ahí el plazo de prescripción (art. 1969 CC).

En cambio, el establecimiento de medidas de apoyo en sentido estricto sitúa a la persona en un estadio distinto que incorpora un elemento de mayor protección. Aquí habría incapacidad de la persona para gestionar

debidamente su poder de gobierno en los ámbitos singulares detectados por mor de los déficits intelectivos y volitivos que restringen su aptitud para prestar este consentimiento. En este escenario la provisión de apoyos les permitirá invalidar el contrato recurriendo a un tipo específico de anulabilidad, el regulado en el artículo 1301.4 del Código Civil, sin que le sea preciso probar ni el vicio del consentimiento ni, en su caso, la ausencia de aptitudes naturales para obtener la anulación del negocio pues bastaría con probar la existencia de apoyos.

3. Ejercicio heterónomo de la capacidad y estado civil

Nos planteamos en este epígrafe la cuestión de si el establecimiento de medidas legales de apoyo (o apoyo en sentido propio-estricto) puede tenerse por un estado civil de la persona como antes lo era la incapacitación. En la doctrina no hay unanimidad al respecto: algunos excluyen esta posibilidad pues no habiendo ya modificación judicial de la capacidad de obrar cae de suyo su consideración como posible estado civil (MORENO TRUJILLO, 2021, 113), otros sí la admiten por tratarse de medidas judiciales estables, aunque revisables, a las que cabe sujetar a la persona, por tanto, se trataría de un estado civil concerniente a la autonomía en el ejercicio de la capacidad jurídica (RUIZ DE HUIDOBRO, 2021,184).

El concepto de estado civil adolece de cierta imprecisión jurídica, pero sigue sirviendo como indicador de cualidades de la persona dotadas de estabilidad y con relevancia significativa. LACRUZ y DELGADO ECHEVARRÍA indicaron en su momento que los «estados civiles representan situaciones duraderas cuya comprobación interesa sobremanera al poder público y a los terceros; su prueba no se deja al azar, sino que obligatoriamente debe preconstituirse mediante la inscripción de los actos que los crean o modifican, en el Registro Civil» (LACRUZ; DELGADO ECHEVARRÍA, 2008, 30). La referencia al «estado civil» es utilizada por el legislador para referir diversas realidades o situaciones permanentes que conforman posiciones fundamentales de la persona ante el Derecho y, aunque el uso de este término se haya reducido en el Código Civil (actualmente se conserva en el art. 9 y en el art. 1814 CC), la Ley 20/2011 de Registro Civil (a partir de ahora LRC)[14] lo utiliza ampliamente en su articulado y en su exposición de motivos donde expresa el cambio profundo que este concepto ha sufrido con la Constitución, no pudiéndose ya hablar de estado civil como una construcción jurídica de épocas pretéritas que establecía diferencias a partir del estado social, la religión, el sexo, la filiación o el matrimonio. La LRC lo mantiene como cualidad fundante de la inscripción ligado al interés general de identificar a los sujetos y de probar el estado civil.

Si nos detenemos en el enfoque registral la cuestión de si constituye o no un estado civil no queda explícito, pero sí refleja la importancia que puede tener para la persona: a) el artículo 4 LRC separa en numerales distintos los poderes y mandatos preventivos, nombramiento de un curador y las medidas de apoyo previstas por la persona misma (núm. 10) y las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medida judiciales de apoyo a personas con discapacidad (núm. 11), y establece la remisión obligatoria por el letrado de la Administración de Justicia al Registro Civil del testimonio de las resoluciones judiciales de apoyo (art. 34 LRC) b) En cuanto a los cambios introducidos en la legislación hipotecaria, cabe decir que ahora los asientos de las medidas judiciales de apoyo se hacen en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles (art. 242 bis LH) y no en el folio real de la finca y que solo procederá cuando lo solicite la persona en cuyo favor se constituye la medida, por tanto no se está dando a los apoyos la misma trascendencia que antes tenían las resoluciones judiciales de incapacitación (eso sí, el Registrador tendrá acceso a la publicidad del Registro Civil).

No obstante, tal y como ha sido configurado el sistema de apoyos, puede seguir admitiéndose que el establecimiento de medidas judiciales produce cambios en su estado civil porque inserta a la persona con discapacidad en un estado estable de heteronomía en el ejercicio de su capacidad jurídica lo cual supone un cambio de posición de incidencia significativa sobre el régimen de los actos. Ciertamente habrá importantes diferencias según la situación de la persona: en unos casos el ajuste será poco intenso por tener la persona aptitudes en grado suficiente, (memoria, potencial cognitivo) aunque acusen trastornos o enfermedades que les impidan cuidar de sí mismos y tomar el control de su vida en todas sus esferas (por ejemplo, por deterioro neuronal, depresión, síndrome Diógenes, ludopatías, trastorno bipolar, alcoholismo,…), en otros se tratará de medidas de apoyo intenso si padece déficits severos (demencias, daño perinatal, parálisis cerebral, alteraciones cromosómicas), siendo de suyo que las medidas de apoyo «establecidas» sean muy diferentes según la situación de la persona. Ahora bien, en cualquiera de ellos los efectos sobre el régimen de sus actos dimanan directamente de la posición estable de heteronomía y no de una valoración *ad casum* de su capacidad natural.

Atendiendo a la nota de permanencia o carácter duradero que tiene el establecimiento de medidas resulta significativo el interés por dotar a las medidas instituidas de la nota de temporalidad o revisabilidad. Ahora bien, que la resolución prevea su revisión periódica en un plazo máximo de tres años o, de forma excepcional y motivada, de seis y mediante expediente de jurisdicción voluntaria (art. 268 CC y art. 761 LEC) no significa que caduque, por tanto, continuará modulando la situación de la persona hasta que se produzca de facto dicha revisión.

Desde las reglas de ineficacia contractual de los actos realizados sin apoyos también se aprecian diferencias con el anterior sistema de la capacidad modificada: a) Se fija una nueva fecha para el cómputo inicial de la acción, ahora más reducida, desde la celebración del contrato (art. 1301.4 CC), más reducido incluso que para los vicios del consentimiento (desde la consumación del contrato art. 1301.2 CC), b) Se dispone que la legitimación activa la tenga la persona con discapacidad y sus herederos durante el tiempo que faltare hasta completar el plazo (art. 1302.3 CC) admitiéndose excepcionalmente dicha legitimación al prestador de apoyo cuando la otra parte conociera la existencia de esas medidas de apoyo o bien se aprovechare de su discapacidad obteniendo una ventaja injusta (art. 1302.3 in fine CC). Es preciso detenernos en esta cuestión de la legitimación indirecta de la acción de anulabilidad del contrato realizado sin apoyos pues, como indicó DE SALAS, el sistema es «inoperante si se lleva hasta sus últimas consecuencias la imposibilidad de anular el acto por nadie que no sea el propio interesado» (DE SALAS, 2020, 2254). Debe ser posible y por ello la LAPDECJ los admite pese a ser clara la voluntad del legislador de reducir la legitimación indirecta del que apoya en línea con los objetivos de la reforma de actuar siempre según los deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

• En primer lugar, tenemos el «conocimiento de las medidas de apoyo» que implica el conocimiento efectivo de que la persona está sujeta a medidas de apoyo. Puede interpretarse como la recognoscibilidad de las medidas de manera que la otra parte del contrato no pueda negar que la persona las tenía sin faltar a la buena fe. Se trata de la buena fe en sentido subjetivo que malamente podría presumirse de la inscripción registral en la medida en que el acceso a esta información está sujeta *ex novo* a un régimen de publicidad restringida [art. 83.1 b) LRC].

• La segunda hipótesis, el aprovechamiento de la discapacidad para obtener una ventaja injusta nos remite a las exigencias de buena fe objetiva y justicia contractual de nuestro Derecho. Su incorporación en las reglas de los artículos 1302, 1304, 1163, 1314 y 1765 del Código Civil nos la configura dentro de los apoyos y, por tanto, en un lugar distinto al de la «ventaja injusta» próxima al error y al dolo, vicios del consentimiento, donde se encuentra ubicada en la Propuesta de Modernización, como hemos visto.

La reducción en las hipótesis de legitimación activa indirecta no nos impide seguir teniendo al sistema de apoyos como un sistema específico que conserva su singularidad con vías propias de impugnación de los actos, como expresan los artículos 1301.4 y 1302.3 del Código Civil. La actuación del prestador del apoyo en este punto, aunque lo sea solo bajo ciertas circunstancias, (cuando no accione por mandato del propio sujeto), es una

manifestación clara de que la persona no es autónoma y por tanto estaríamos ante hipótesis de heteronomía. Volveremos sobre esta cuestión al referir los efectos de las medidas de apoyo en sentido estricto en el siguiente epígrafe, en todo caso, nótese que el presupuesto de la impugnabilidad es que la «persona con discapacidad» esté «provista de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad».

III. LAS MEDIDAS DE APOYO EN SENTIDO ESTRICTO

Procede ahora entrar a valorar el panorama general de las medidas de apoyo en sentido estricto desde la perspectiva de la heteronomía que generan. Según se deriva de la Ley se distingue entre medidas voluntarias, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial (art. 250 CC). Todas son medidas de apoyo en sentido estricto y se relacionan entre sí por el principio de supletoriedad y de complementariedad, habiendo una preferencia por las voluntarias pero condicionadas a su aplicación eficaz. En este capítulo presentaremos una comparativa entre las medidas voluntarias, la guarda de hecho y la curatela, medidas que operan sobre los mismos tipos de discapacidad pero que tienen un alcance desigual en lo que a posición heterónoma de la persona se refiere.

El sistema de apoyos se construye sobre la preferencia a las medidas de naturaleza voluntaria y la guarda de hecho frente a las judiciales. Se entiende con ello que aquellas son más respetuosas y menos invasivas de la esfera de la persona dado que en ellas está contenida la propia voluntad actuante y, además, la persona colabora y consiente *de facto* dicha actuación, sin fricciones. El cambio que trae el nuevo sistema podría resumirse de esta forma, mientras basten las medidas voluntarias o la guarda de hecho no será precisa mayor actuación y cuando no basten se le habrán de establecer medidas formalmente a través de los procedimientos judiciales de apoyo que, en su caso, dispondrán la curatela de la persona concernida siempre procurando la participación de esta y teniendo en cuenta su voluntad, deseos y preferencias. Esta forma de configurar la protección supone el empoderamiento y respeto de la persona concernida en una doble vertiente, por un lado, tiene un contenido negativo de no intervención o invasión y, por otro, un contenido positivo que comprende la puesta a su disposición de ciertos medios o instrumentos que la persona necesite, lo que se plasma en un derecho al apoyo como instrumento necesario para que la persona dependiente pueda elegir una forma de vida.

Desde un punto de vista técnico, sin embargo, es cuestión discutible si todas las medidas —voluntarias, la guarda de hecho y la curatela— suponen en igual medida para la persona la entrada en un escenario de

heteronomía en lo que concierne al régimen de sus actos. El Código Civil no indica mucho al respecto, aunque podemos sacar algunas conclusiones aplicando el artículo 1301.4 del Código Civil que regula la anulabilidad de los contratos realizados por persona con discapacidad prescindiendo de los apoyos. Este artículo pone el énfasis en que sean medidas «establecidas» y en que la persona se halle «provista» de apoyos lo que indudablemente nos reconduce a un pronunciamiento formal al respecto, pero ¿se limita a personas sujetas a medidas curatelares? ¿es aplicable también a las medidas voluntarias o a la guarda de hecho formalizada? En Derecho catalán la anulabilidad por falta de apoyos es un efecto expresamente asociado a la falta de medidas voluntarias y legales (art. 226-5 CCCat) ¿Supone ello admitir supuestos de auto modulación de la capacidad de ejercitar los derechos?. Veremos esta cuestión al presentar las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, dejando para un segundo y tercer epígrafe la guarda de hecho y la curatela.

1. Medidas de apoyo de naturaleza voluntaria

Las fórmulas de protección basadas en la autonomía de la voluntad tienen su origen en previsiones efectuadas por la persona concernida que anticipa y ordena sus futuras necesidades de apoyo para el momento en que las precise. Son fórmulas amplias y flexibles acordes con el respeto a la libre decisión de la persona que resultan altamente positivas pues permiten a la persona misma tomar decisiones sobre su futura asistencia personal y ordenar el mejor modo de administrar su patrimonio (BELLO, 2011, 400). Ahora bien, parece excesivo darle a un poder preventivo la misma trascendencia sobre la autonomía/heteronomía de la persona que a las medidas judiciales de apoyo que se le hayan impuesto contra su voluntad y aplicando los principios de necesidad y proporcionalidad.

Las soluciones que dependen exclusivamente de la autonomía de la voluntad, autocuratela y apoderamientos preventivos, estaban recogidas antes de la reforma en los artículos 223 y 1732 del Código Civil (redacción dada por Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad)[15]. Sobre esta base se permitía que la persona pudiera tomar decisiones en previsión de su futura incapacidad, algo que ha recibido una buena acogida social[16]. Son figuras respetuosas con la capacidad de autodeterminación de la persona, poseen enorme virtualidad práctica y son muy asequibles. La LAPDECJ les da ahora una mejor ubicación en el Código, capítulo específico (Capítulo II. Medidas voluntarias de apoyo) dividido en dos secciones: «Disposiciones generales» y «De los poderes y mandatos preventivos». Si con estas medidas estuviera bien atendido no sería preci-

so acudir a medidas complementarias dadas por la autoridad judicial las cuales se activarán «solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente» (art. 255, párrafo quinto CC).

El alcance de estas medidas y la admisibilidad o no de hipótesis de automodulación o autolimitación del ejercicio de la capacidad (es decir, lo que antes se podía denominar la autoincapacitación) constituyen elementos controvertidos. Abordamos estas cuestiones junto a una somera aproximación a la nueva figura catalana de la asistencia.

A) Los poderes preventivos

En la sección primera «Disposiciones generales» se da solución al problema de los menores con discapacidad respecto de los cuales se prevé que puedan precisar apoyo una vez alcanzada la mayoría de edad (art. 254 CC). Por su parte el artículo 255 del Código Civil regula el acto formal por el que la persona puede determinar las medidas de apoyo en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que pueden dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, por el cual la persona puede establecer el régimen de actuación, alcance de facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo o la forma de ejercicio, que se prestará conforme a lo dispuesto en el artículo 249 y podrá asimismo prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida, y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias (art. 255 CC tres primeros párrafos). Como puede verse es una regla que da un amplio margen de libertad a la persona para gestionar el mecanismo de apoyo frente a situaciones de futura falta de autonomía.

La sección segunda regula «los poderes y mandatos preventivos» (los *enduring power of attorney)* y con ella se comienza a llenar un vacío legal respecto de la regulación del apoderamiento que hasta la fecha se sustanciaba aplicando la regulación del contrato de mandato. Es acertado el artículo 262 del Código Civil que manda aplicar estas normas al caso de mandato sin poder. Se admiten las dos modalidades habituales: el poder con cláusula de ultraactividad (art. 256 CC) y el poder otorgado solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad (art. 257 CC). Para determinar cuándo comienza la vigencia del poder se dispone la posibilidad de otorgar acta notarial que incorpore un informe pericial en el mismo sentido.

Integrados entre los negocios jurídicos del derecho de familia se entiende que posee los caracteres de personalísimo tanto en su otorgamiento —pues no podrá ser otorgado por representación— como en su ejercicio —pues no admitirá delegación—, y por su trascendencia se exige forma *ad solemnitatem,* algo que era demandado por la doctrina que no consideraba factibles ni los apoderamientos preventivos verbales ni los tácitos por los problemas de ratificación que devienen cuando la persona carece de capacidad (MARTÍNEZ PIÑEIRO, 2009, 24 y 25), mientras que explicitar el poder documentalmente da soporte a la actuación de guarda sobre la persona concernida. Como todo acto jurídico requiere que la persona lo hubiere adoptado con suficiente capacidad. Una vez activo el poder será la medida de apoyo a aplicar si fuere suficiente y se ejercite de forma eficaz o debidamente.

No podemos dudar de que la voluntad del legislador sea la de configurarlas como verdaderas medidas de apoyo en sentido estricto ni tampoco que puedan servir para proveer a la persona de apoyos similares a los que obtendría por el expediente de apoyos. Partiendo siempre de que «todas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad» (art. 249.1.º in fine CC), solo aquellos poderes que respondan a estos principios estarán integrados dentro del sistema de apoyos, ahora bien, ¿son iguales en efectos jurídicos?, estas medidas voluntarias ¿sitúan a la persona en escenarios de heteronomía en el ejercicio de la capacidad jurídica? Desde la perspectiva del apoderado es clara la legitimidad que obtiene del poder para actuar sobre la esfera del poderdante, ahora bien, desde la perspectiva de la persona con discapacidad su situación resulta poco definida y suscita dudas: ¿Cambia de estado civil por estar ahora sujeta a medidas voluntarias? ¿Se aplica a su actuación la regla de anulabilidad por falta de apoyos? La primera es una cuestión discutible mientras se trate de medidas exclusivamente voluntarias incardinadas en el seno de una relación poderdante-apoderado de lo cual no cabría cambio en el estado civil de la persona. En cuanto a la segunda pregunta, el apoderado dispone de legitimación activa para invalidar contratos realizados sin apoyo pues la misma nace para él del propio poder (representación voluntaria) ahora bien, no podrá actuar contra la voluntad del poderdante que conserva su autonomía, y esto mismo hace dudoso que pueda beneficiarse de la anulabilidad por falta de apoyos quedando con ello liberado de las exigencias probatorias propias de la invalidación de actos viciados (exigencias de prueba del error, dolo, intimidación, etc.) y se le aplicarían reglas de restitución más beneficiosas (*vid.* art. 1304 CC).

En efecto, la regulación de los poderes preventivos es pobre al respecto y requiere ser completada, máxime en la medida en que estamos ante ámbitos del Derecho de la Persona y no dentro del mero ámbito patrimonial. VALLS deduce del nuevo sistema una posible y plausible ampliación de la

labor del notario el cual, auxiliado por determinados profesionales podría autorizar medidas voluntarias para personas que presenten una cierta discapacidad volitiva, evolucionando desde los poderes preventivos clásicos donde se habla de apoderado y poderdante y en el que el apoderado conserva intactas sus facultades, hacia algo nuevo, un «acuerdo voluntario de apoyo», en el que cupieran verdaderas autolimitaciones en distintos niveles «sin imposición externa ni judicial de ningún tipo» (VALLS, 2022, 110). Es dudoso determinar el sentir del legislador estatal al respecto, cierto es que el artículo 257 del Código Civil dispone la activación del poder cuando acaece de facto la situación de necesidad, la cual podrá acreditarse mediante Acta notarial en la que al juicio del notario se suma el informe pericial, pero una interpretación extensa nos situaría en otro escenario, el de la figura catalana de la asistencia que el legislador estatal no ha querido implementar para el Derecho común.

B) La autocuratela

En lo que concierne a la «autocuratela» aparece en una subsección propia (la 1.ª) en el capítulo dedicado a la curatela (capítulo IV, arts. 271 a 274). Con esta denominación se refiere el acto formal por el que una persona mayor de edad o menor emancipada puede proponer el nombramiento o la exclusión de una o varias personas para el ejercicio de la función de curador (art. 271 CC). Con esta fórmula la misma persona puede concretar y organizar el apoyo, indicar quien lo realizará, así como su forma de control, retribución y la obligación o no de inventario. La STS núm. 734/2021 delimita sus notas jurídicas como negocio jurídico de derecho de familia, personalísimo, inter vivos, solemne, vinculante para el juez, revocable e inscribible y de contenido flexible por admitir que la persona disponga aquello que considere oportuno con respecto al funcionamiento y ejercicio del cargo (FJ 3.º).

Lo dispuesto en este documento va a resultar vinculante para la autoridad judicial que constituya la curatela, quedando a salvo la posibilidad de prescindir de estas disposiciones cuando existan circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció (art. 272 CC). Se advierte una clara inclinación de la jurisprudencia del Supremo por hacer prevalecer la voluntad de la persona expresada en las disposiciones del documento de autocuratela, pues el juez ciertamente deba atender siempre a la voluntad y deseos de la persona concernida. La expresión «atender, en todo caso» significa que, si bien el juez no puede dejar de recabar y tener en cuenta esta voluntad, deseos o preferencias, tampoco habrá de seguirlos siempre y necesariamente como ha sostenido recientemente el Tribunal Supremo

en Sentencia núm. 589/2021: «El texto legal emplea un término polisémico que comprende (…) un doble significado, el de tener en cuenta o en consideración algo y no solo el de satisfacer un deseo, ruego o mandato. Si bien ordinariamente atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe causa que lo justifique» (STS núm. 589/2021). Con todo, la regla general es la voluntad de la persona de forma que para desplazarla se requerirán razones consistentes o de peso, no lo serían por ejemplo las desavenencias entre hijos (STS núm. 706/2021), o incidentes que no acrediten la prueba de un perjuicio patrimonial para la persona en el nombramiento del designado (STS núm. 734/2021).

Es admisible la previsión de varios curadores si bien ello presenta el problema del orden, para lo cual el Código recoge varias reglas, siendo preferido el propuesto en documento posterior o, si están en el mismo documento, el propuesto en primer lugar (art. 273 CC). También se prevé la posibilidad de delegar en el cónyuge u otra persona la elección del curador llegado el caso, siempre que sea indicado en escritura pública (art. 274 CC).

C) ¿Cabría en el sistema voluntario de apoyos una suerte de auto limitación de la capacidad como la figura catalana de la asistencia?

Como hemos indicado anteriormente dada la amplitud con que la LAPDECJ refiere al contenido del poder podíamos plantearnos si alcanza a la posibilidad de una suerte de auto limitación de la capacidad (antigua «autoincapacitación»). La doctrina, antes de la actual reforma, llegó a considerar que un Derecho moderno de la persona puede plausiblemente insertar nuevas fórmulas de protección de quien sea vulnerable, débil o frágil, pero no «incapacitable» como es el caso de la figura catalana del asistente o admitir una especie de «incapacitación voluntaria» o auto-incapacitación en los casos en que la persona se sienta necesitada de protección, algo que fue considerado por autores relevantes como una posibilidad sugerente para proteger a las personas no incapacitadas que no pudieran regirse normalmente, como nos indica CASTÁN VÁZQUEZ (CASTÁN VÁZQUEZ, 2001, 355). La LAPDECJ no es clara al respecto, la remisión al artículo 249 del Código Civil en el que se indica que «todas las medidas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad» (además de respetar los principios de subsidiariedad, temporalidad, revisión necesaria y control fijados en los arts. 249, 250, 253, 258 y 259, 270 CC), sugiere que las medidas de apoyo, para ser tales, es decir en sentido estricto, deben circunscribirse a las necesidades concretas de la persona con discapacidad para la toma de decisiones válida en Derecho (régimen de los actos jurídicos). Aunque son

verdaderas medidas de apoyo un notario nunca podrá autorizar acuerdos que pretendan contener autolimitaciones de exclusión absoluta pues estaríamos ante una incapacitación de facto que no es admisible en nuestro sistema (VALLS, 2022,109).

El Derecho catalán por su parte, sí parece admitir lo que VALLS denominaba contratos de apoyo en la regulación actual de la asistencia, reconfigurada por el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto[17] como una fórmula de auto modulación o autodelimitación de la propia actuación civil. Antes del referido Decreto Ley esta figura coexistía como un *tertium genus* con la tutela, la curatela y la guarda de hecho[18] pues era una fórmula intermedia y flexible de proveer apoyos para el ejercicio de sus derechos a la persona que se encontrara en una situación de vulnerabilidad no incapacitante (LECIÑERA IBARRA, 2014, 42). La figura se circunscribía a hipótesis ligadas a una cierta disminución de facultades físicas o psíquicas o intelectivas (analfabetos, encarcelados, alcohólicos, drogodependientes, ludópatas, depresivos, hospitalizados de larga duración sin parientes o debilitados por edad y fácilmente sugestionables) sin que pudiera tratarse de personas encuadrables en la capacidad modificada. La coexistencia de la asistencia con otras figuras protectoras que tenían funciones tan similares (guardador de hecho, curador, administrador y el anterior tutor) fue una fuente de problemas como ocurría en Italia (LENTI, 2011, 495) y, de hecho, el esfuerzo delimitador que hizo la norma catalana excluyendo de la asistencia los supuestos de personas a las que se podía modificar la capacidad judicialmente supuso, a la postre, que tuviera una implantación reducida. Algún autor lamentó que no se hubiera implementado en el Derecho común (MAGARIÑOS, 2018, 203).

El Decreto Ley catalán 19/2021 le va a dar un giro copernicano a esta institución y actualmente la asistencia contiene en su seno el grueso del sistema de apoyos reemplazando la tutela, curatela y la patria potestad prorrogada o rehabilitada. Se trata por tanto de una figura reconfigurada, al menos hasta nueva orden, como un sistema curatelar mixto de constitución tanto legal como voluntaria (art. 226-3 CCCat). Varía notablemente en su contenido respecto a la anterior figura que se limitaba a ciertas funciones como velar por el bienestar de la persona asistida (antiguo art. 226-2.2 CCCat) o el desempeño de funciones patrimoniales para determinados actos o incluso la administración ordinaria (antiguo art. 226-2.3 CCCat), mientras que el actual artículo 226-4 CCCat lo reajusta totalmente asemejándolo al de la curatela (art. 42 bis.a.3 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria a partir de ahora LJV[19]) si bien con carácter supletorio respecto de la constituida voluntariamente o del poder preventivo en vigor que sea suficiente. El artículo 226-6 CCCat aplica en este punto las reglas de la tutela en todo lo que no se oponga al régimen propio de la asistencia e interpretadas conforme a la CIDPD.

La medida catalana de apoyo que comentamos conserva fórmulas de constitución voluntaria y está abierta a situaciones en que la persona no precisa apoyos en sentido estricto, es decir, no tiene discapacidades limitadoras de su aptitud para consentir. Así lo indica en la exposición de motivos que desvincula esta figura (en su forma original) de las disminuciones incapacitantes de las facultades físicas o psíquicas de la persona y por tanto los supuestos de falta de capacidad, luego la constitución notarial de la asistencia puede reconducirse a estos supuestos. La constitución voluntaria y la aplicabilidad a discapacidades no incapacitantes significa que puede proveerse de apoyos formales a la persona, asociando la anulabilidad a la falta de asistencia en cualquier de sus clases (art. 226-5 CCCat). ¿Cuál sería fundamento de su invalidez? En su momento RIBOT sostuvo que la anulabilidad del negocio realizado sin asistencia era un efecto vinculado a una determinada estructura negocial defectuosa (RIBOT, 2014, 60), pero ahora podría entenderse que es efecto de la posición de heteronomía en la que queda el sujeto respecto al ejercicio de su capacidad jurídica resultando poco clarificado. También sigue planteando dificultades la cuestión de su extinción (art. 226-8 CCCat, anteriormente 226-5 y referido ahora a la asistencia constituida notarialmente) pues, al tener su origen en un acto de la voluntad, debería poder extinguirse por su decisión, algo no recogido expresamente y que debiera admitirse si entendemos que la persona conserva su capacidad (RIBOT, 2014, 58).

2. La guarda de hecho

La guarda de hecho es una medida informal o *de facto* que remedia situaciones en que la persona no tiene establecidos formalmente apoyos en sentido estricto y los precisa. Nos situamos ante hipótesis de incapacidad de hecho del guardado. Su mayor utilidad es la de solucionar de forma natural las necesidades de la persona que no puede valerse por sí misma y permite mantener su *status quo* gracias a las gestiones del guardador. Es la solución idónea, por ejemplo, para las personas de avanzada edad pues permite mantener el estado de cosas que ellas mismas determinaron cuando podían y que puede continuar con naturalidad y sin fricciones (si ella misma colabora en su cuidado, facilita la labor del guardador, está de acuerdo y a gusto con esta situación) bajo el cuidado y supervisión de sus familiares cercanos. Tiene dos presupuestos: la necesidad de la persona de ser guardada por mor de su discapacidad y la actuación voluntaria del guardador que asume su protección.

La nueva regulación de la guarda es el colofón de un proceso que se veía venir tras las leyes 15/2015 de jurisdicción voluntaria, 26/2015 de protección de la infancia y la adolescencia[20] y Ley 4/2017, de 26 de junio de reforma de las anteriores[21] que la habían fortalecido y ahora se le da un carácter

permanente. El guardador *per se* no necesita investidura judicial formal por lo que ejercerá su función de forma continuada cuando no existan medidas de naturaleza voluntaria o judicial de apoyo o existan, pero «no se estén aplicando eficazmente» (art. 263 CC). Suscita interés su naturaleza o singularidad dentro del sistema de apoyos que va más allá de labores de mero cuidado (a diferencia por ejemplo del pacto de acogida de personas mayores en la Ley foral navarra) [22] y la delimitación de la actuación del guardador.

A) Naturaleza de la guarda de hecho como medida de apoyo

SOLÉ critica que la LAPDECJ haya encajado la guarda de hecho como una figura de origen legal (tal y como parece deducirse del art. 250 CC) pues la considera más próxima a las medidas de origen voluntario al entender que solo se le pueden reconocer efectos como tal guarda cuando proceda de la voluntad de la persona con discapacidad, lo contrario no casaría bien con los principios de la CIDPD (SOLÉ, 2021, 21 y 22). Ciertamente la figura de la guarda incorpora elementos volitivos muy relevantes como la voluntariedad o aceptación de la situación por parte de la persona con discapacidad y la voluntad del guardador. Puede decirse que la guarda se apoya siempre en una relación querida y voluntaria por ambas partes, a caballo entre los mandatos tácitos (que generan hipótesis de representación indirecta) y las figuras cuasinegociales o cuasicontractuales similares a las reguladas en el artículo 1887 del Código Civil con efectos *ex lege* pero en este caso centrada en la protección de quien padece déficits en el ejercicio de su autogobierno.

Por lo dicho ni es una medida de apoyo que encuentre su origen plenamente en la voluntad de la persona ni genera obligaciones puramente convencionales sino obligaciones legales que requieren vías de control de los actos del guardador y tiene fisonomía propia. La falta de constitución formal deja a la guarda en una suerte de indigencia jurídica difícil de arreglar pues, como indica PALLARÉS, es de imposible configuración legal por su propia naturaleza (PALLARÉS, 2022, 268) y su aplicación dependerá mucho de cómo se entienda la labor del notario en el nuevo sistema de apoyos.

Eso sí, tiene gran flexibilidad derivada de su carácter informal por lo que abarca ampliamente las necesidades del guardado sin que esté obligado el guardador a poner el hecho en conocimiento de la autoridad judicial. El legislador dispone garantías apropiadas, como el deber de continuar en el desempeño del cargo, o el de informar sobre su actuación cuando sea requerido para ello: a) el nuevo artículo 263 del Código Civil recoge el deber del guardador de continuar en el desempeño de su función, aunque puede desistir poniéndolo en conocimiento de la entidad pública del respectivo territorio para que se ocupe de ellas (art. 267.3.ª CC) que nos recuerda al deber del

gestor oficioso, del artículo 1893 del Código Civil de continuar su gestión hasta el término del asunto o a requerir al interesado para que le sustituya, aunque no olvidemos que en nuestro caso estamos en un ámbito personal y no meramente patrimonial, b) respecto al deber de acreditar la bondad de sus gestiones podrá requerírse al guardador para que informe de su actuación (art. 265 CC) en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado. El carácter cuasinegocial de la asunción voluntaria de la guarda que nos remite a derechos y obligaciones para el guardador de naturaleza cuasicontractual, la sitúa, por tanto, en la órbita legal. También de la ley nace para el guardador el derecho al reembolso de los gastos que haya pagado de su bolsillo y justifique debidamente y a la indemnización de los daños derivados de la guarda que serán abonados con el patrimonio del guardado como señala el artículo 266 del Código Civil.

El ejercicio de la guarda puede llevarse a cabo a través de personas físicas o jurídicas. En este último caso pueden encomendarse a entidades públicas o privadas de atención a personas con discapacidad como soluciones que han emergido en la práctica con vistas a garantizar el previsible cese de la guarda por el familiar (imposibilidad del que actualmente esté ejercitando las funciones de guarda, escasez de familiares que puedan atenderlo, etc.) y que pasa a ser realizada por una entidad. Esta solución, conocida como «pretutela» (hoy diríamos precuratela) no está propiamente regulada en nuestro Derecho, pero se abre con nombre propio en los foros jurídicos. LEGERÉN-MOLINA la define como la relación establecida entre una persona, su familia y una entidad (persona jurídica) que será quien finalmente se hará cargo de su guarda (LEGERÉN-MOLINA, 2014, 1621). Se facilita con ello el tránsito entre la situación actual y la futura y viene favorecida por la anuencia o aceptación de la persona incapaz. Suelen ser soluciones previstas por padres o hermanos de quienes precisan apoyos intensos y no pueden proporcionárselos con soluciones continuistas[23]. La existencia de una pretutela orientará la futura decisión del juez en beneficio de esta institución a la hora de nombrarle un curador con funciones representativas. También se habla de pretutelas referidas a la guarda de hecho asumidas espontáneamente por las entidades tutelares (ahora curatelares) cuando reciben noticia de una persona con discapacidad en situación de riesgo. En estos casos deberá instarse una formalización de la guarda a cargo de estas instituciones y con los ajustes al ejercicio de la capacidad que deban proveerse.

B) La actuación del guardador

El legislador ha habilitado al guardador para realizar válidamente ciertos actos sin necesidad de acreditar su representación, veamos a *grosso modo*

algunos de ellos: a) la guarda, de suyo, le permite realizar toda actuación que no requiera acreditar la representación, incluyendo en este punto actos de naturaleza tanto personal como patrimonial y en este sentido el artículo 264 párrafo 3.º del Código Civil le permite, sin precisar autorización judicial, solicitar «una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona» o realizar actos jurídicos «sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar» como actos de menor intensidad patrimonial, que permiten no sobrecargar al guardador ni colapsar la justicia con autorizaciones de actos de escasa entidad, aunque esto ha sido objeto de críticas (MAGARIÑOS, 2018, 214), b) El guardador está legitimado desde la Ley 41/2003 «para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones», una previsión que ha sido interpretada restrictivamente hasta la fecha por entender que el acceso a la información económica afecta a un derecho fundamental de la persona y «solo podrá ser recabada cuando el guardador haya sido requerido judicialmente para que informe sobre el estado del guardado» (LECIÑENA, 2014, 87), pero que posiblemente deba ser reinterpretado a la luz de la LAPDECJ, c) En el ámbito personal, el guardador puede tenerse por legalmente habilitado para realizar actos ordinarios en los que se mantenga el estatus y estilo de vida del guardado, si bien deberá hacerlo conforme a los deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Por el contrario, para realizar actos de trascendencia personal o familiar, cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, será preciso obtener autorización judicial, dejando a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales (art. 287.1 CC). En este punto la Ley de Autonomía del Paciente (LAP)[24] permite a las personas vinculadas al paciente «por razones familiares o de hecho» obtener información sobre la salud de la persona concernida o prestar el consentimiento por representación en ciertos casos (art. 5.1, 5.3 y 5.4 y art. 9.2 y 9.3 LAP y en normativa autonómica[25]).

Además de estas actuaciones, la LAPDECJ permite asignarle al guardador funciones representativas pudiendo actuar con mayor alcance con autorización judicial (art. 264.1). Esto no resulta completamente novedoso pues, antes de la reforma, ya se permitía atribuirle al guardador funciones con un cierto carácter de permanencia siempre que fueran tasadas y dotadas de un adecuado control de su actuación, migrando hacia una suerte de «guarda de derecho» (GARCÍA GARNICA, 2017, 1398). En 2015 el antiguo artículo 303 del Código Civil regulador de la guarda fue reformulado para explicitar que el juez podía dotar al guardador de hecho de

facultades tutelares sobre el incapaz natural no incapacitado, cubriendo el vacío legal que había quedado tras la reforma del artículo 239 bis del Código Civil, (asunción de tutela por entidad pública que se limitaba a los casos en los que la persona tuviera su capacidad ya modificada). En sede judicial los jueces podían arbitrar «la guarda o cualquier otro que resulte adecuado» (STS núm. 597/2017 de 8 de noviembre) como medio de apoyo más conveniente para el declarado incapaz, (además de, entonces, la tutela, la curatela y el defensor judicial).

Las habilitaciones al guardador para la representación a través de expediente de jurisdicción voluntaria se presentan como algo excepcional, cabe aplicarlas si hubiera necesidad y en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso (art. 264.1 CC). Como en toda actuación representativa el guardador deberá actuar de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, lo que significa que deberá realizar su función de la manera en la que mejor pueda ella participar. Lógicamente, si se tratara de los actos recogidos en el artículo 287 del Código Civil se precisaría en todo caso autorización judicial en coherencia con la curatela.

La necesidad de habilitación legal nos conduce a valorar el tratamiento que cabe dar a los actos realizados por el guardador sin autorización judicial cuando esta sea precisa (¿serían nulos o anulables?). En este punto se podrían aplicar las soluciones jurisprudenciales de la teoría del negocio incompleto, que son las más recientemente elaboradas por nuestra jurisprudencia para los negocios realizados por los padres y los tutores sin autorización judicial. La STS de 22 de abril de 2010 en su fundamento jurídico quinto explica en qué consiste esta expresión, se tiene por un acto de eficacia provisional, que queda pendiente de la autorización judicial o bien de la ratificación del interesado, y si tal cosa no aconteciere el acto sería inexistente. Desde la perspectiva del guardado, la existencia de la guarda podría afectar a su ejercicio heterónomo si se le hubiera establecido o reconocido formalmente esta medida.

3. La curatela

La curatela «es la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad» (EM núm. III) y procederá cuando no exista otra medida de apoyo suficiente (art. 269 CC), es decir, si no hubiera medidas voluntarias o si la guarda de hecho hubiera de extinguirse por voluntad del guardado, por desistimiento del guardador o porque la autoridad judicial así lo decidiera (art. 267 CC). Sustituye a la tutela (así como la patria potestad prorrogada y rehabilitada) que, como indicó PALLARÉS

NEILA, era mejor reservar para al menor de edad en exclusiva, como hacía el Derecho Romano y recogió el proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851 (PALLARÉS, 2016, 4-11).

A) La curatela como principal medida de apoyo de origen judicial

Antes de la reforma se trataba de una institución secundaria, a la sombra de la tutela, como un recurso de intensidad menor que ofrecía un apoyo puntual de contenido básicamente patrimonial (DE LA IGLESIA, 2018, 453) a modo «de complemento de capacidad y no de representación o sustitución del consentimiento del tutelado» (DE COUTO, 2018, 112). MORENO QUESADA sostuvo, atendiendo a la regulación de 1983 recién vigente entonces, que ni es factible una curatela meramente personal ni cabe dotarla de facultades representativas, entendiendo que «curatela solo de persona no la hay» y que el curador no es administrador ni representante del curatelado (MORENO QUESADA, 1985, 309-311). También el Tribunal Supremo adoptó una posición restrictiva considerando que el curador no representa, sino que asiste y protege con su apoyo o intervención en aquellos actos que realice el incapaz y estén especificados en la sentencia pues el curador «no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad» (SSTS núm. 995/1991 y núm. 341/2014).

Esto nos muestra el reducido alcance del servicio que la curatela estaba destinada a realizar reservada para casos menores que no siempre llegaban a sustanciarse ante los tribunales y, por tanto, de escasa aplicación práctica. Su característica básica era garantizar a la persona sus espacios de autonomía y capacidad de decidir sobre sí misma y sobre el destino de sus medios económicos[26] reduciendo a casos concretos los supuestos para los que precisaba asistencia (que no representación) del curador. Este enfoque hizo que se viera en ella una figura de apoyo más acorde a la CIDPD por lo que tras la ratificación de la Convención se fue fortaleciendo en diversas formas, por ejemplo en 2015 se unificó con la tutela en lo concierne al procedimiento y las reglas sobre prestación de fianza, aceptación y toma de posesión del cargo, formación de inventario, derecho de retribución y la rendición de cuentas se hicieron comunes para ambas instituciones (arts. 44 a 51 LJV) y jurisprudencialmente se le comenzaron a otorgar funciones personales o representativas (STS núm. 373/2016 de 3 de junio) consolidando el avance que la reforma de 1983 había dado a las instituciones de guarda, en lo que, en palabras de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, significaba un «giro personalista» (MARTÍNEZ, 2010, 209), convergiendo en su ámbito de protección y difuminando en parte los lindes con la tutela. Los esfuerzos por

enriquecer la curatela tras la CIDPD estaban ya en la mente de la Fiscalía General del Estado que veía en ella instrumento más idóneo para el apoyo y asistencia de las personas con discapacidad en su Instrucción 3/2010[27] y en numerosos autores (LASARTE, 2015, 211; MEDRANO, 2016, 12-32).

La doctrina en su momento se mostró favorable a que le pudieran ser encomendadas labores representativas (DE SALAS, 2013,17). GETE-ALONSO, apoyándose en la flexibilidad del artículo 289 del Código Civil, consideraba que el juez podía crear supuestos intermedios entre la tutela y la curatela entendidas estas de modo rígido, «de forma que la asistencia del curador puede comportar representación legal e incluso administración legal del patrimonio del incapacitado» (GETE-ALONSO, 1986, 701). Los autores entendieron que podía superarse el axioma tutela = representación con suplencia de la persona e incapacitación total, por un lado, y curatela = asistencia o mero complemento de la capacidad de obrar, incapacidad parcial, por otro. En el ámbito de algunas comunidades aforadas, se indicaba expresamente la posibilidad de que el curador realice funciones representativas como la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre[28] o el artículo 223-6 del Código Civil de Cataluña[29].

Tras la LAPDECJ la curatela abarca (y se adapta a) todas las situaciones en las que la persona no pueda tomar las decisiones sola. El juez dispone de gran libertad para ajustar la medida a las necesidades de la persona, incluida la representación. Por principio la curatela debe tenerse como un oficio asistencial cuando ello baste, lo que acaece singularmente cuando la persona conserva un grado de discernimiento, capacidad volitiva y equilibrio y está en «condiciones de regir su cotidianeidad con suficientes garantías para ella misma y sin riesgo para tercero» aunque precisamente por padecer una enfermedad se les dota de «asistencia para los actos de gestión patrimonial de una cierta complejidad» (SAP Barcelona 313/2008). El nombramiento del curador se prevé dentro de un procedimiento de provisión (o de modificación) de apoyos y requerirá una resolución motivada en la que se determinen los actos para los que la persona requiere asistencia, reservándose la representación para «casos excepcionales» (art. 269 CC).

Al igual que en la regulación anterior cabe nombrar curador a personas jurídicas algo que fue incorporado al Código Civil en la reforma de 1983 y que son capaces de proveer con eficacia soluciones de guarda de la persona con discapacidad (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2010, 218). Con los avances en la profesionalización de estos oficios, hoy en día son numerosos los casos de instituciones sin ánimo de lucro que ostentan cargos tutelares (curatelares) y disponen de estructura organizativa, experiencia, medios y recursos para realizar su servicio dentro del paradigma de la Convención (BLANCO, 2016, 161).

B) La curatela representativa

Al suprimirse la tutela (al igual que la patria potestad prorrogada y rehabilitada) la curatela va a ocupar su espacio normativo por lo que atañe a la persona mayor de edad con discapacidad. Ello ha obligado a introducir expresamente la función representativa dentro de la curatela, lo cual ha sido aplaudido por la doctrina (PEREÑA, 2018, 67; CUADRADO, 2020), y es conforme a la opinión de las fundaciones tutelares que ven en la representación un instrumento idóneo para la protección, ejercicio y defensa de los derechos de las personas que sufren trastornos mental graves que hayan perdido su capacidad de autogobierno (MEMORIA, 2018, 55)[30].

Eliminar de plano la tutela sin arbitrar alguna institución con facultades representativas habría resultado una solución ineficaz cuando la persona concernida estuviera en situación de necesitarla. Desde la perspectiva del discapaz puede considerarse incluso como un derecho «a que una tercera persona tome decisiones en su nombre velando por sus intereses» (CUENCA, BARRANCO y RAMIRO, 2012, 76-77). Como indicaban ÁLVAREZ LATA y SEOANE la tutela (entiéndase ahora la curatela representativa) puede ser también un «nivel de apoyo necesario, ajustado y proporcionado» (ÁLVAREZ LATA, SEOANE, 2010, 23).

La reforma recoge también la posibilidad de una curatela con funciones representativas plenas. La fijación de esta medida requerirá dejar explícitos los actos concretos sobre los que se extenderá la representación, sin que pueda la sentencia incluir meras prohibiciones de derechos, aunque claramente podría abarcar una pluralidad de actos (art. 288 CC). Ahora bien ¿existen diferencias sustanciales entre la actual curatela con funciones de representación plena y la antigua tutela del incapaz? Necesariamente debe haberlas, aunque se trate sobre todo de la forma en la que debe actuar el curador y su carácter residual como se ha indicado anteriormente.

IV. EL PRINCIPIO DE RESPETO A LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

El número de veces que este principio aparece en la LAPDECJ es buena muestra de que el objetivo de la participación del sujeto afectado por la discapacidad y la actuación conforme a sus deseos y preferencias están en el corazón del nuevo sistema de protección civil de la persona con discapacidad, de ahí que merezca tener singularidad en este trabajo. El principio estaba recogido en la Ley General de derechos de las Personas con discapacidad (a partir de ahora LGDPD)[31] integrado en la relación de principios de actuación cuando se refiere al «respeto de la dignidad inherente, la

autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas» (art. 3.a LGDPD). También la jurisprudencia[32] se había esforzado en los últimos tiempos por explicitar en las sentencias la obligación del tutor y curador de respetar en su actuación los deseos, la voluntad y preferencia de la persona, procurándose en sede judicial que las restricciones y ajustes a la capacidad respondan a las necesidades de la persona y su protección de manera que esta pudiera seguir siendo «protagonista activo en el desarrollo de su proyecto vital»[33].

El principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad se entendía dirigido a que estas tengan «su propia autonomía e independencia y sus habilidades, tanto en el ámbito personal como familiar, que le permitan hacer una vida independiente, poder cuidar de su salud, de su economía y ser consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso»[34]. Ahora bien, ¿cómo debe interpretarse y qué alcance tiene este principio en el actual sistema de apoyos?

1. El principio de actuación conforme a los deseos y preferencias de la persona con discapacidad

La actuación de los sujetos que prestan apoyo estará transida de respeto hacia la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, lo que se traduce en un nuevo enfoque basado en el acompañamiento a la persona con capacidad dispar para la expresión de su voluntad (PEREÑA, 2016, 19). El acompañamiento comprenderá cinco actuaciones: primero escucharle, segundo informarle de manera comprensible y objetiva sin manipulación, filtración u omisiones, tercero explicar y resolver las dudas que pueda tener, cuarto respetar sus ritmos y tiempos, por último, acompañar en la expresión de la voluntad aceptando el derecho de la persona a cambiar de opinión (PEREÑA, 2016, 36). Este enfoque contribuye a dignificar a la persona, frente a posturas asfixiantes que en el pasado pudieron llevar a arrinconarla. De ello se deduce que el prestador de apoyo no puede limitarse a desplegar meras funciones administrativas, de representación o de administración sino comprometerse con el proyecto personal del discapacitado (FILLAT y PINAR, 2016, 15) y, por supuesto, no puede prevalecerse de su posición para someter a la persona con apoyos a un control que estrangule su vida. Con ello el nuevo sistema busca favorecer su integración y participación en la vida social como objetivo fundamental de la CIDPD (ARSTEIN y FLYNN, 2016).

De este principio deriva la preferencia por las actuaciones meramente asistenciales y de acompañamiento a las personas en su propio proceso

de toma de decisiones, ayudándola a comprender y razonar y facilitando la expresión de sus preferencias y «cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona» se acudirá a la representación teniendo siempre, « 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» (fragmentos del art. 249 párrafos 2 y 3 CC). Por tanto, la persona con discapacidad debe poder participar en las decisiones que se tomen sobre ella, incluso cuando haya una reducida capacidad para el autogobierno, quedando obligado el que ejerce las funciones «a integrar en la mayor medida de lo posible a la persona con discapacidad en el proceso de toma de decisiones» (ÁLVAREZ y SEOANE, 2010, 24).

Y si como regla general hay que procurar en cada acto y en todos ellos que la persona con discapacidad pueda prestar consentimiento personalmente, aunque se requiera también que otro consienta juntamente con él, como manifestación de su deber de vela (JIMÉNEZ, 2014, 1590— refiriéndose al ámbito sanitario) cuando ello no sea posible, el representante deberá decidir desde las opciones vitales que habría tomado la persona con discapacidad. Esto último no puede significar, sin embargo, que el representante esté abocado a realizar un esfuerzo puramente imaginativo, inventivo o taumatúrgico, sino que debe tener un fundamento sólido sobre el que se pueda cimentar (parafraseando a CUADRADO, 2020, 41), de ahí la importancia de valorar el lugar que debe darse al principio del interés superior de la persona con discapacidad como criterio válido de actuación para el que presta apoyo.

2. El interés superior de la persona con discapacidad y el derecho a equivocarse

El principio de actuación conforme a la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona concernida tiende a desplazar en la nueva regulación el criterio del interés superior de la persona con discapacidad en el sentido de su interés objetivo (BERCOVITZ, 2001, 453). Así se debe entender de la interpretación realizada por la Observación General Primera 2014 (ap. 21) que indica que «el paradigma de la voluntad y las preferencias deberán reemplazar al del interés superior para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás». En esta línea la LAPDECJ en su versión final elimina la referencia contenida en el Proyecto a los «actos de administración ordinaria que resulten beneficiosos para el guardado».

Ahora bien, el interés superior es un concepto jurídico indeterminado ampliamente aceptado como criterio de actuación en nuestras leyes. A título de ejemplo mencionamos el artículo 60.3 LJV que lo recoge en relación al expediente de autorización judicial del consentimiento para las intromisiones ilegítimas al honor, intimidad y propia imagen de una persona con discapacidad con medidas de apoyo o el artículo 63 de la Ley andaluza de Derechos y atención a las personas con discapacidad[35] que define el interés superior como «el 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». También la jurisprudencia lo ha recogido y llega a definirlo como 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» (SSTS núm. 269/2021 y núm. 304/2021).

La doctrina más reciente entiende que el interés superior no puede quedar descartado como principio de actuación y por tanto el juez no puede prescindir totalmente de él (SANCHO GARGALLO, 2022, 64). Eso sí, ahora ocupa un nuevo lugar en el panorama del sistema de apoyo quizá limitado a los supuestos de grave riesgo, pero igualmente exigible dado que el prestador de apoyos siempre debe actuar como «persona cabal», es decir, como actuaría la generalidad de las personas honestas en circunstancias similares, oyendo a la persona con discapacidad, pero guiándose por su interés superior en los casos de riesgo. El mismo sistema de apoyos incluye elementos heterónomos capaces de imponer al guardado aquel protocolo saludable que necesite, aunque no lo quiera o rechace siempre que sea necesario, siendo lo contrario sería un absurdo jurídico. LEGERÉN-MOLINA considera que el «peligro objetivo» para la persona en su dimensión personal o patrimonial es un límite al derecho a equivocarse pudiendo en este caso acudirse a la autoridad judicial para que establezca medidas adecuadas, un peligro que es más que un simple perjuicio objetivo pues este estaría amparado por el derecho a equivocarse (LEGERÉN-MOLINA, 2019, 191).

Así pues, el sistema de apoyos no puede despojarse completamente del criterio de interés superior para las decisiones que tome el curador o quien asista, ni se puede interpretar que al guardador o curador ha pasado a ser un mero *nuntiu*s o mensajero de la persona con discapacidad en sus funciones representativas. El interés superior puede entenderse como la exigencia de un estándar de actuación (ej. el de «buen administrador» o «buen guardador») y operará de dos maneras, a veces como criterio secundario si no es posible determinar la voluntad de la persona o bien como criterio moderador en los casos de perjuicio grave (CASTÁN, 2022, 225).

Veamos cómo puede aplicarse en los dos ámbitos o esferas de la persona concernida, personal y patrimonial:

• En la esfera personal, el peso de sus deseos y preferencias sobre su salud, vida, honor tienen como límite el del peligro para la salud física, psíquica o moral. Así se deduce por ejemplo de las garantías de la Ley de Autonomía del Paciente respecto al consentimiento dado por representación, el cual solo pueda ser beneficioso para la salud de la persona con discapacidad y como salvaguardia el artículo 9.6 LAP, (añadido por Ley 26/2015), manda poner en conocimiento de la autoridad judicial las decisiones que tomen los familiares sobre la persona que no pueda expresar su voluntad cuando se dé la circunstancia de que tales decisiones sean contrarias a los intereses de esta, con objeto de que se pueda adoptar la resolución correspondiente. En caso de que, por razones de urgencia, no fuera posible obtener tal autorización, serán los profesionales sanitarios los que tomen las medidas necesarias para salvaguardar su vida y salud. *A contrario* y visto en positivo, la conducta del guardador o del curador deberá estar orientada a potenciar las fórmulas que puedan mejorar las aptitudes intelectivas de la persona con el fin de garantizar que ella en el futuro pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo.

• En el ámbito patrimonial, el que actúa en apoyo a la persona con discapacidad debe ser ante todo un gestor honesto, un buen administrador que en previsión de las cuentas que deba rendir de su gestión, atienda a las soluciones más beneficiosas. Ello debe hacerse sin perjuicio de sus deseos y preferencias como elemento integrante del libre desarrollo de su personalidad o su derecho a participar en la toma de decisiones sobre la organización patrimonial de su vida. En este ámbito los valores y preferencias tienen también su función, por poner un ejemplo, un buen gestor no suprimiría las suscripciones a instituciones de beneficencia de su representado, respetando así los deseos y preferencias conforme a sus creencias, pero si se produjeran cambios significativos en la situación económica de este que exigieran cancelar donaciones periódicas, ha de hacerse presumiendo que esta sería la decisión que la misma persona habría tomado de poder hacerlo por ella misma.

V. CONCLUSIONES

I. El nuevo sistema de apoyos a la capacidad que elimina la antigua incapacitación puede tenerse por una solución coherente y adecuada a los postulados del artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad y ofrece vías menos invasivas para la esfera de decisión de la persona. En su conjunto, con su enfoque amplio y respetuoso, da respuesta legal a las dificultades que ciertas discapacidades ofrecen para el régimen de los actos y este aspecto constituye el núcleo del

sistema de apoyos centrado en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad lo que es más favorable para el objeto de la plena participación social. Sin embargo, como reflejan algunas críticas doctrinales, adolece de imprecisión en el lenguaje con una terminología poco clarificada como acaece al utilizar términos muy generales (ej. «discapacidad» o «apoyos por razón de su discapacidad») o por usar frases ambiguas (ej. «cuando no sea posible determinar la voluntad de la persona» o «persona que presuntamente necesite apoyos»). La doctrina y sobre todo la práctica judicial deberán ir deslindando y concretando de forma apropiada las hipótesis que puedan incluirse en el particular régimen de los apoyos vinculados a incapacidades de hecho para la toma de decisiones.

II. Como la persona con discapacidad puede necesitar para su actuación jurídica apoyos de diversas clases debemos distinguir entre lo que serían meros ajustes o adaptaciones que la persona precisa para obtener la información de forma adecuada a sus aptitudes cognitivas, que posee, o para exteriorizar su decisión, y que tienen un menor alcance y lo que serían auténticos apoyos al ejercicio de la capacidad en sentido estricto circunscritos a déficits en la voluntad. El sistema de apoyos se concreta en este segundo tipo en el que la persona está desvalida en su propio proceso deliberativo interno por falta de aptitudes relacionadas con la toma de decisiones. Es en esta situación donde cabe imponerle a la persona actuaciones legales no consentidas por ella, pero necesarias para su protección. Así pues, detrás de la amplitud terminológica empleada por la Ley es necesario concretar la especificidad del nuevo sistema de apoyos en las hipótesis de «apoyos en sentido estricto» distinguiéndolo de otro tipo de ajustes o apoyos en sentido amplio.

III. Esta diferencia entre clases de apoyos implica reconducir la impugnabilidad de los actos realizados sin apoyos en sentido amplio hacia un ámbito distinto, el de los vicios del consentimiento pues si bien se trata de ajustes que la persona necesita para la expresión de la voluntad y de hecho son importantes para la correcta conformación de la voluntad, no implican ejercicio heterónomo de su capacidad jurídica ni colocan a la persona en una situación general de protección o estado civil propio. La falta de este tipo de ajustes (en sentido amplio) se reconduce a los vicios del consentimiento cuya prueba puede resultar más o menos dificultosa dependiendo de la excusabilidad del error o de la prueba del dolo o de la intimidación. Por el contrario, las medidas del sistema de apoyo propiamente dicho poseen nombre propio y tienen asentada su vía de impugnabilidad en un numeral propio del artículo 1301 del Código Civil, el cuarto.

IV. Las medidas de apoyo en sentido estricto se concretan en las siguientes posibilidades: poderes preventivos y otras medidas voluntarias, guarda de hecho, curatela y defensor judicial. El establecimiento formal

de medidas dotadas de estabilidad, aunque temporales y revisables, que modulan el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, origina estadios de heteronomía dotados de cierta permanencia que bien pueden sugerir la existencia de un estado civil de persona dotada de apoyos. Ello no significa merma o limitación de su capacidad jurídica, ni en la titularidad de derechos, tampoco cabe entender que la persona pierda aptitud abstracta para tomar decisiones la cual conserva plenamente, sino que opera en un plano inferior, el de los requisitos de validez de los actos (o de categorías de actos) que no implican minusvaloración de la persona en su consideración jurídica.

V. Los poderes preventivos tienen aplicación preferente en el sistema de apoyos sin embargo es dudoso que puedan utilizarse para generar fórmulas de auto modulación o auto delimitación arbitrarias de la propia actuación civil (autoincapacitación). Solo podremos tenerlas por medidas de apoyo cuando respondan a necesidades de la persona con discapacidad para la toma de decisiones válidas en derecho. El Derecho catalán parece haber optado por una solución más integrada al unificar en una sola figura, la Asistencia, dos fórmulas antes separadas (una referida a vulnerabilidades no incapacitantes y otra a la provisión judicial de apoyos en sentido estricto).

VI. La nueva regulación da impulso a instituciones antes secundarias como la guarda de hecho que es revitalizada al eliminarle las dosis de provisionalidad contenidas en la regulación anterior y se convierte en el mecanismo adecuado cuando la persona esté siendo cuidada sin conflicto por un familiar lo que hace de ella una institución nuclear en el nuevo sistema. La Ley da amplias posibilidades de actuación al guardador incluso en ámbitos con especial significación para la persona, requiriendo en este último caso de habilitación judicial (art. 264 CC). Como la guarda se cimienta en la voluntariedad o aceptación consciente por el guardado de dicha situación está a caballo entre las medidas voluntarias y las legales, ahora bien, de ello no podemos colegir que la guarda sea una suerte de representación voluntaria o mandato tácito, se trata de un supuesto de representación legal teñido de obligaciones dimanantes de la ley de distinto cariz que la representación voluntaria.

VII. La curatela, por su parte, es la medida a aplicar como resultado de los procedimientos de provisión de apoyos (vía expediente de jurisdicción voluntaria vía procedimiento litigioso). Su constitución marca necesariamente el estado civil de actuación heterónoma de la persona con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica y determina una situación de protección fuerte de la persona afectante al contexto en el que su vida se desarrolla. Todas las medidas se reenfocan hacia el acompañamiento y la búsqueda del consenso de la persona, que participará en la toma de decisiones que le afecten y esto es, sin duda, una solución más respetuosa con la persona.

VIII. Finalmente, respecto al criterio del interés superior no puede entenderse completamente suprimido en el sistema de apoyos y sustituido por el principio de actuación según la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad. Se le deben aplicar al prestador de apoyos los cánones del buen administrador o del gestor honesto y deberá dar soluciones cabales a las necesidades de cuidado y asistencia personal del guardado.

VI. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- STS (Sala Primera) núm. 995/1991, de 31 de diciembre *(RJ* 1991, 9483)
- STS (Sala Primera) núm. 282/2009, de 30 de marzo *(RJ* 2009, 2901)
- STS (Sala Primera) núm. 225/2010, de 22 de abril *(RJ* 2010, 2380)
- STS (Sala Primera) núm. 341/2014, de 1 de julio *(RJ* 2014, 4518)
- STS (Sala Primera) núm. 244/2015, de 13 de mayo (LA LEY 54799/2015)
- STS (Sala Primera) núm. 553/2015, de 14 de octubre *(RJ* 2015, 4755)
- STS (Sala Primera) núm. 373/2016, de 3 de junio. *(RJ* 2016, 2311)
- STS (Sala Primera) núm. 597/2017, de 8 de noviembre *(RJ* 2017, 4760)
- STS (Sala Primera) núm. 269/2021, de 6 de mayo *(RJ* 2021, 2381)
- STS (Sala Primera) núm. 271/2021, de 10 de mayo *(RJ* 2021, 1990)
- STS (Sala Primera) núm. 304/2021, de 12 de mayo *(RJ* 2021, 2137)
- STS (Sala Primera) núm. 589/2021, de 8 de septiembre *(RJ* 2021, 4002)
- STS (Sala Primera) núm. 706/2021, de 19 de octubre *(RJ* 2021, 332114)
- STS (Sala Primera) núm. 734/2021, de 2 de noviembre *(RJ* 2021, 342663)
- ATS, de 11 de diciembre de 2008 *(RJ* 2009, 288)
- ATS, de 19 de mayo de 2009 *(RJ* 2009, 2927)
- ATS, de 21 de enero de 2009 *(RJ* 2009, 553)
- ATS, de 11 de mayo de 2010 *(RJ* 2010, 3691)
- ATS, de 3 de febrero de 2011 *(RJ* 2011, 4383)
- SAP Barcelona (sección 18.ª), núm. 313/2008 de 7 de mayo *(JUR* 2008, 20556)

VII. BIBLIOGRAFÍA

ADROHER BIOSCA, S. (2019). La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos. *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 71/1, 163-185.

— (2021). La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos. En *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la Política*. Madrid: Marcial Pons, 157-173.

ÁLVAREZ LATA, N., SEOANE, J.A. (2010). El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 11-66.

ARSTEIN-KERSLAKE, A. (2014). El sistema español en materia de capacidad jurídica: aspectos que faltan y otros sistemas que podrían servir de mejores modelos. Disponible en *www.convenciondiscapacidad.es/Noticias/CapacidadJuridica_03032010.doc*

ARSTEIN-KERSLAKE, A.; FLYNN, E. (2016). The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Roadmap for Equality Before the Law. *The International Journal of Human Rights*, Volume 20, Issue 4, disponible en http://ssrn.com/abstract=2779383.

BARIFFI, F.J. (2014). El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos. Tesis doctoral dirigida por Fernando M. Mariño Menéndez. Universidad Carlos III de Madrid, disponible en https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/18991.

BELLO JANEIRO, D. (2011). Una mirada crítica sobre la regulación de la autotutela. *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, Madrid: La Ley, 353-404.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R, (2021). Prólogo*, Código Civil,* ed. 40*,* Madrid. Tecnos, (23-25).

BERENGUER ALBALADEJO, M.C. (2013). Responsabilidad civil de la persona mayor incapaz y de sus guardadores por los daños causados a terceros: especial referencia a la responsabilidad del incapaz en el sistema del *common Law*. *Revista de Derecho Privado,* núm. 6*,* noviembre-diciembre, 3-51.

BLANCO ROS, F. (2016). La convención de los derechos de las personas con discapacidad: impacto del artículo 12 en la capacidad jurídica y las figuras de protección en vista de una posible reforma legislativa. *Revista de Trabajo Social,* núm. 207, 155-162.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2022). La curatela ¿una nueva institución?. Vol. *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Valencia: Tirant Lo Blanc, 219-256.

CASTÁN VÁZQUEZ, J.M. (2001). La tercera edad y el derecho. *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 31, 339-360.

CUADRADO PÉREZ, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 777, 13-90.

CUENCA GÓMEZ, P. (2012). El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. *REDUR,* núm. 10, 61-94.

CUENCA GOMEZ, P., BARRANCO AVILÉS, MC., RAMIRO AVILÉS, M.A. (2012). Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las personas con Discapacidad. *Anuario de la Facultad de Derecho,* núm. 5, 76-77.

DE COUTO GÁLVEZ, R. (2018). Instituciones jurídicas de protección y guarda de menores y de personas con capacidad de obrar modificada judicialmente

(incapacitado). Cargos tutelares con actuaciones estables: la tutela y la curatela. En vol. *Derecho de las relaciones familiares y de los menores.* Rosa M.ª De Couto Gálvez, coord. Madrid: Dykinson, 99-122.

DE SALAS MURILLO, S. (2013). Repensar la curatela. *Revista Derecho Privado y Constitución,* núm. 27, (11-48).

— (2020). ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 760, 2227-2268.

— (2020-II). Inscripción y anotación preventiva de resoluciones judiciales y medidas previstas en las leyes que afecten a la libre administración y disposición de los bienes. En *Tratado de Derecho inmobiliario y registral.* Valencia: Tirant lo Blanch, 931.

FERRANDO, G. (2011). Las figuras de protección de las personas vulnerables tras la reforma introducida por La Ley 6/2004, de 9 de enero. En J. Pérez de Vargas Muñoz (coord.) *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, Madrid: La Ley, 151-189.

FILLAT DELGADO, Y.; PINAR ÁLVAREZ, A. (2016). Estudio sobre la situación de la tutela de las personas adultas con discapacidad intelectual en España. Servicios de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica. Madrid: Real Patronato sobre Discapacidad, disponible en: https://www.siis.net/documentos/ficha/529708.pdf

GARCÍA GARNICA, M.C. (2017). La guarda como medida de protección de menores y personas con discapacidad tras su reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 1375-1421.

GARCÍA MEDINA, J.; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2011). La Protección Jurídico-Civil de la Ancianidad. *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 1, núm. 8, (15 págs.), disponible en https://ssrn.com/abstract=1968389

GETE-ALONSO CALERA, M.C. (1986). La curatela. En *Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*, Madrid: Tecnos.

GINÉS CASTELLET, N. (2016). La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual. *Revista InDret,* núm. 4, (1-57).

INFANTE RUIZ, F. J. (2021). Preguntas y respuestas sobre la virtualidad de la undue influence como vicio del consentimiento. *Revista de Derecho civil,* Vol. VIII, núm. 2, 1-37.

JIMENEZ MUÑOZ, F.J. (2014). Actuaciones sanitarias, consentimiento de la persona con discapacidad incapacitada y papel del guardador legal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 744, (1585-1609).

LACRUZ BERDEJO, J.A., DELGADO ECHEVERRÍA, J.E. (2008). *Elementos de Derecho civil*. I Parte General, vol. segundo Personas, quinta edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, Madrid: Dykinson.

LADRÓN TABUENCA, M.P. (2012). Los procesos en materia de capacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas de derechos de las personas con discapacidad, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 203-222.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015), Principios de Derecho civil: Teoría General y Derecho de la Persona. Tomo I. Madrid: Marcial Pons.

LECIÑERA IBARRA, A. (2014). *La guarda de hecho de las personas mayores.* Madrid: Civitas.

LEGERÉN-MOLINA, A. (2014). La tutela ejercida por persona jurídica. Algunas ideas para su reforma. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 744, 1611-1633.

— (2019). La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de apoyos. En *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 159-206.

LENTI, L. (2011). Los instrumentos de protección patrimonial del discapacitado: entre administración de apoyo e incapacitación. En J. Pérez de Vargas Muñoz, (coord.) *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, Madrid: La Ley, 495-519.

MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad. *Revista de Derecho civil*, Vol. 5. núm. 3, 199 a 225.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2010). Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales. En *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 187-220.

MARTÍNEZ PIÑEIRO CARAMÉS, E. (2009). El apoderamiento o mandato preventivo. *Boletín de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Baleares,* vol. 10, 11-29.

MAYOR DEL HOYO, M.V. (2014). La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2173, 1-26.

— (2021). La incidencia de la reforma estatal del Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales. *Diario La Ley*, núm. 9859, (versión digital).

MEDRANO PÉREZ, B. (2016). Incapacitación: tutela y curatela. *Actualidad civil*, núm. 2, 12-32.

MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1987). El defensor judicial. Alicante: Universidad de Alicante, disponible en http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/3755

MORENO QUESADA, B., (1985). El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho. *Revista de Derecho Privado,* abril*,* 307-330.

MORENO TRUJILLO, E. (2021). La capacidad jurídica y el estado civil de las personas. En *Curso de Derecho Civil I Parte General y Derecho de la Persona*. Valencia: Tirant Lo Blanc, 103-118.

MORENO-LUQUE CASARIEGO, C. (1985). ¿Tutela de familia o tutela de autoridad?, *Diario La Ley*, núm. 2, 1297-1301.

PALACIOS GONZÁLEZ, M.D. (2019). Protección jurídica de las personas con funcionamiento intelectual limite y discapacidad intelectual ligera: medidas judiciales de apoyo y autodeterminación socio-sanitaria. *Actualidad civil*, núm. 10.

PALLARÉS NEILA, J. (2016). Tutela versus curatela. *Actualidad civil,* núm. 2, 4-11.

— (2018). La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos. *Revista de Derecho civil,* núm. 3, 153-171.

— (2022). El ejercicio de la nueva curatela. Vol. *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Valencia: Tirant Lo Blanc, 257-280.

PAU PEDRÓN, A. (2018). De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil. *Revista de Derecho civil*, Vol. 5, núm. 3, 5-28.

PEREÑA VICENTE, M. (2016). Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa. *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 3-40.

— (2018). La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de ley. *Revista de Derecho civil,* núm. 3, 61-83.

RIBOT IGUALADA, J. (2014). La asistencia regulada por el Código Civil de Cataluña: perfiles y configuración jurídica. *Revista de Derecho Privado,* núm. 2, 41-68.

ROGEL VIDE, C. (2021). ¿Capacidad de los discapaces? Notas en torno al proyecto de Ley 121/27. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 1, 7-9.

RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M. (2016). *Derecho de la Persona.* Madrid: Dykinson.

— (2021). *Derecho de la Persona. Introducción al Derecho civil,* Madrid: Dykinson.

SANCHO GARGALLO, I. (2022). El juez en el nuevo sistema de apoyos. Vol. *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Valencia: Tirant Lo Blanc, 61-83.

SERRANO GARCIA, I. (2015). ¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones?: Bettencourt, Sordi, di Stéfano. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 751, 2587-2606.

SOLÉ RESINA, J. (2021). Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho (1). *La Ley Derecho de Familia,* núm. 31, 18-33.

VALLS I XUFRÉ, J.M. (2022). El papel del notario en el nuevo sistema de apoyos. Vol. *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Valencia: Tirant Lo Blanc, 85-154.

VERDERA IZQUIERDO, B. (2014). La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 744, 1635-1660.

NOTAS

[1] Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021.

[2] Observación General núm. 1 del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley, 11.º periodo de sesiones, 30 de marzo a 11 de abril de 2014, disponible en http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Session6.aspx

[3] *Vid.* ARSTEIN-KERSLAKE, Anna and Flynn, Eilionóir, The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Roadmap for Equality Before the Law (May 12, 2016). The International Journal of Human Rights, Volume 20, Issue 4, 2016, disponible en SSRN: http://ssrn.com/abstract=2779383

[4] Ley 26/2011, de 1 de agosto de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (BOE núm. 184, 2 de agosto de 2011).

[5] BO Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 119, de 29 de junio de 2012, 6 y sigs.

[6] Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Subcomisión de expertos, Comisión de Legislación del Real Patronato de Discapacidad, disponible en http://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-PropuestaModificacionCCLEC.pdf

[7] Y se recoge también en otros documentos, por ejemplo, en el anteproyecto de Ley Orgánica de protección de datos personales de 8 de junio de 2017, para referirse a las personas con capacidad modificada utiliza la siguiente expresión *«personas con discapacidad para las que se hubiesen establecido medidas de apoyo»,* algo todavía inconcreto en el marco civil del momento, (art. 3.3, 13, 30 e) del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de datos personales de 8 de junio de 2017, disponible en https://ayudaleyprotecciondatos.es/2017/06/27/lopd-2018/

[8] Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado. BOE de 29 de mayo.

[9] Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. (BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1979).

[10] Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. (BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2021).

[11] Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000).

[12] Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000).

[13] Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007).

[14] Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175 de 22 de julio de 2011).

[15] Ley 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de las normas tributarias. (BOE núm. 277, de 18 de noviembre de 2003).

[16] La consulta a la base de estadísticas del Consejo General del Notariado refleja un incremento notable de los apoderamientos preventivos, que asciende desde 498 en el año 2008 a 10570 en el año 2019 y respecto a las autotutelas, que ahora reciben el nombre de autocuratelas, se han duplicado entre 2008 y 2017. Desde 1672 en el año 2008 a 3399 en el año 2017 Consulta exportada a Excel de la base de estadísticas del Consejo General del Notariado, disponible en http://www.notariado.org/liferay/web/cien/estadisticas-al-completo).

[17] Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, que adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación de capacidad (DO. Generalitat de Catalunya núm. 8493, de 2 de septiembre de 2021).

[18] Ley 25/2010 de 7 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia. (DO. Generalitat de Catalunya núm. 5686, de 5 de agosto de 2010).

[19] Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio).

[20] Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE, 29 de julio).

[21] Ley 4/2017, de 26 de junio (BOE núm. 154, de 29 de junio).

[22] Artículo 4.3 Ley Foral núm. 34/2002, de 10 de diciembre de acogimiento familiar de personas mayores de Navarra. (BO. Navarra núm. 150, de 13 de diciembre de 2002).

[23] *Vid.* en este sentido Informe de la Fundación tutelar de la Rioja de las Jornadas sobre protección jurídica de la incapacidad 7 y 8 de mayo de 2009, disponible en http://www.fundaciontutelardelarioja.org/archivos/libro_IIIjornadas.pdf

[24] Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. (BOE núm. 274 de 15 de noviembre de 2002).

[25] Ley de Castilla-La Mancha 5/2010 de 24 de junio de derechos y deberes en salud (DO. Castilla-La Mancha núm. 131, de 9 de julio de 2010) a partir de ahora LCM 5/2020. Esta Ley permite, además, que las personas vinculadas al paciente puedan ser informadas «en la medida en que este lo permita expresa o tácitamente» (art. 10.1 LCM 5/2010) o «cuando carezca de capacidad para comprender la información o para hacerse cargo de su situación a causa de su estado físico o psíquico» (art. 10. 3 LCM 5/2010).

[26] STS núm. 244/2015 de 13 de mayo, Rec. 846/2014 (LA LEY 54799/2015)

[27] Fiscalía General del Estado, Instrucción núm. 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas (LA LEY 3618/2010).

[28] Ley 13/2006 de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón (BOE núm. 23, de 26 de enero de 2007). Esta Ley, actualmente derogada, introdujo una curatela con facultades representativas para determinados actos patrimoniales o de contenido personal (cuidado de la persona). La actual regulación viene contenida en el artículo 150.2 del Código de Derecho foral de Aragón aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo (BOA núm. 67, de 29 de marzo de 2011).

[29] En el Código Civil de Cataluña aparecía claramente la singularidad de la tutela de incapacitados respecto de la cual se admite expresamente la representación mientras que para de menores de edad se limita a completar su capacidad (art. 223.4 CCcat) (Ley 25/2010 de 29 de julio que aprueba el libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a persona y familia. DO. Generalitat de Catalunya 5 agosto 2010, núm. 5686).

[30] Memoria del Análisis de Impacto normativo. Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, 21 de septiembre de 2018, disponible en https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2018/09/anteproyecto-discapacidad-memoria.pdf

[31] Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013).

[32] STS (1), 282/2009, 30 de marzo de 2009. *Vid.* comentarios a esta sentencia en DE PABLO CONTRERAS, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en VVAA *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina; civil y mercantil,* Vol. 3, IZQUIERDO TOLSADA, M, dir., Dykinson 2009, 555 a 580 y en GARCÍA PONS, A. (2013). El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y su impacto en el Derecho civil de los Estados signatarios: el caso de España. *Anuario de Derecho Civil*, (76-80).

[33] Autos del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2008 *(RJ* 2009, 288), de 19 de mayo de 2009 *(RJ* 2009, 2927), 21 de enero de 2009 *(RJ* 2009, 553), de 11 de mayo de 2010 *(RJ* 2010, 3691) núm. 2/2011 de 3 de febrero *(RJ* 2011, 4383).

[34] STS (Sala Primera, de lo Civil) núm. 553/2015 de 14 de octubre, Rec. 1257/201. *Vid.* MEDRANO PEREZ, B., (2016). Incapacitación: tutela y curatela. *Actualidad civil*, núm. 2.

[35] Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de Derechos y la Atención a las personas con discapacidad en Andalucía (BOJA, núm. 191 de 4 de octubre).

(Trabajo recibido el 13 de enero de 2022 y aceptado para su publicación el 4 de abril de 2022)

La legalidad del IRPH: Pasado y presente

The legality of IRPH: Past and present

por

VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ
Catedrático de Derecho Civil

RESUMEN: Tras más de cuatro años de polémica, iniciada con la Sentencia del Pleno de la Sala Primera número 669/2017 de 14 de diciembre, sin duda acertada pero causante de la reacción de los operadores jurídicos de consumo, finalmente, tras no pocas incidencias intermedias en parte propiciadas por la ambigüedad de la STJUE de 3 de marzo de 2020, los Autos de este Tribunal de 17 de noviembre de 2021, que dan respuesta a las renuentes cuestiones prejudiciales planteadas, han disipado objetivamente cualquier duda sobre la legalidad del IRPH Cajas. Las Sentencias finales de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2022 no han hecho sino confirmar una legalidad anunciada.

A pesar de ello se aprecia que desde el Tribunal de instancia que abanderó las quejas contra las decisiones de la Sala Primera se quiere seguir manteniendo el conflicto (Sentencia de 20 de enero de 2022), aun en contra de la respuesta del TJUE que específicamente propició y obtuvo. Y persiste en la misma línea, si bien desde el esperpento, una conocida entidad de litigación que ha culminado su obscena amenaza de querellarse contra cuantos magistrados diluyan su negocio.

Tal realidad justifica la exposición pretérita y actual del devenir jurisdiccional del IRPH y de sus hitos fundamentales

ABSTRACT: December 14th, started a controversy lasting more than four years. The judgment was right, but it provoked the reaction of legal professionals in consumer law. Finally, after some incidents caused by the ambiguity of the judgement of the CJEU 3rd March 2020, the orders of the same court of 17th November 2021 —giving answer to the reluctant prejudicial questions presented—, dispelled any doubt about the legality of the so called IRPH Cajas. The final judgements of the First Chamber of the Supreme Court of 27th January 2022 confirm the announced legality.

In spite of this, the court who lead the complaints against the decisions of the Fist Chamber seems to be willing of continuing the conflict (judgement of 20th January 2022), even against the answer given by the CJEU that he specifically provoked and obtained. And a known lawyer firm persists in the same position, but from the grotesque situation of having become true its obscene threat of making a criminal complaint against any judge who dissipates its business.

This reality justifies the exposition of former and current evolution of IRPH case law and its fundamental achievements.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca. Cláusulas abusivas. Consumidores y usuarios.

KEY WORDS: Mortgage. Unfair terms. Consumers and users.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: 1. La situación actual. 2. El pretérito conflicto.—II. EL INICIAL PRECEDENTE: LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO 241/2013 DE 9 DE MAYO.—III. LA ACERTADA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 669/2017 DE 14 DE DICIEMBRE: LA INICIAL VALIDACIÓN DEL IRPH.—IV. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 3 DE ENERO DE 2020 (ASUNTO C-125/18, GÓMEZ DEL MORAL GUASCH): 1. Las observaciones del Reino de España. 2. Las conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar. 3. La STJUE de 3 de marzo de 2020.—V. LAS SENTENCIAS DE NUESTRAS AUDIENCIAS POSTERIORES A LA DECISIÓN DEL TJUE.—VI. LAS SENTENCIAS DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 595, 596, 597 Y 598/2020 DE 12 DE NOVIEMBRE.—VII. LOS ASPECTOS POLÉMICOS DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. La información de la evolución del Índice los dos años anteriores a la suscripción del contrato. 2. La comprensibilidad por el consumidor del funcionamiento del Índice y de los elementos de comparación con otros Índi-

CES. 3. TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD. 4. ¿ERA EN AQUEL MOMENTO ABUSIVA LA CLÁUSULA IRPH CAJAS?—VIII. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS POR LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 38 DE BARCELONA (C-655/2020) Y NÚMERO 3 DE IBIZA (C-79/2021).—IX. LOS AUTOS DEL TJUE DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2021.—X. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 42, 43 Y 44/2022 DE 27 DE ENERO.—XI. EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE FEBRERO DE 2022.—XII. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 38 DE BARCELONA DE 20 DE ENERO DE 2022.—XIII. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

1. LA SITUACIÓN ACTUAL

Entre la STS 669/2017 de 14 de diciembre, del Pleno de la Sala Primera hasta sus Sentencias núm. 42, 43 y 44/2022 de 27 de enero, han mediado más de cuatro años de debate, a menudo innecesariamente forzado, que al día de hoy hemos de considerar definitivamente zanjado. No puede obviarse que, a menudo, tales conflictos habían sido alentados por una publicidad engañosa, mediante la que se anunciaban éxitos seguros que ni siquiera esbozaban la posibilidad de su, para muchos otros, previsible fracaso. Por otro lado, no siempre fue el interés del consumidor el que propició la masiva litigación pues, a la par, pronto se advirtieron planteamientos jurisdiccionales que tenían por fin no tanto atender al interés de prestatarios sino nutrir las arcas de algunos mercantilizados litigadores[1].

Analizando lo sucedido en estos años desde un primer momento debe enfatizarse que aquella inicial Sentencia de la Sala Primera, sumamente acertada —y a la que finalmente también se ha reconducido la doctrina del TJUE— se vio en parte desvirtuada por la ambigua STJUE de 3 de marzo de 2020, sancionadora de la falta de transparencia del IRPH Cajas derivada de la omisión de un requisito informativo —la evolución del Índice los dos años anteriores a concertar el contrato— tan formal como irrelevante. No obstante, el Tribunal Supremo, respetuoso con el sistema de fuentes establecido, tuvo que matizar su inicial doctrina. Lo hizo en las Sentencias 595, 596, 597 y 598/2020 de 12 de noviembre asumiendo la falta de transparencia apuntada por el TJUE si bien, en ningún caso, concluyó la abusividad de un Índice sancionado y recomendado por la Administración.

Tal realidad jurisprudencial no quiso ser cabalmente entendida por los Juzgados de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona y núm. 3 de Ibiza, anclados en un entendimiento del tema impermeable a cualquier

decisión ajena a la por ellos propiciada, y tras «amenazar» con acudir al TJUE activaron de nuevo su ideario planteando las cuestiones prejudiciales C-655/2020 y C-79/2021. A ellos se debe, y es de agradecer, que finalmente el TJUE haya disipado cualquier duda si bien no en el sentido esbozado en las cuestiones prejudiciales sino, justamente, en sentido contrario: el ya expresado en la Sentencia de 14 de diciembre de 2017 que abre este comentario.

Lo hizo el TJUE en los detallados Autos de 17 de noviembre de 2021[2], resolutorios de las cuestiones prejudiciales C-655/2020 y C-79/2021, donde reconduce su doctrina a pautas ya ciertas de las que nunca debió apartarse y que eran las contenidas en la inicialmente referida sentencia de nuestra Sala Primera del año 2017. El lapso de cuatro años entre uno y otro pronunciamiento, alimentado por la inicial ambigüedad del TJUE, ha generado litigios infinitos, a menudo interesadamente propiciados por sus promotores, abocados fatalmente a un anunciado fracaso que una publicidad engañosa no asumía, pero que al día de hoy permiten concluir, inequívocamente, que el problema está zanjado: la utilización del IRPH Cajas era transparente, en ningún caso abusiva y, cerrando el círculo, si todo ello no resultara suficiente para decidir su virtualidad, su hipotética claudicación determinaría la aplicación del IRPH Entidades de Crédito que de poco serviría al consumidor. Todo ello como respuesta a las nuevas cuestiones prejudiciales planteadas desde nuestros mediterráneos Juzgados de Primera Instancia.

Lamentablemente se observa que al menos el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona no acepta tal respuesta y en la Sentencia de 20 de enero de 2022 persiste, renuente, en su reafirmación de un ideario frontalmente contradicho por el TJUE. Para su titular el Índice IRPH está falto de transparencia, es abusivo y debe sustituirse por el Euribor. El TJUE, cuando no conviene a su discurso, no debe ser tomado en cuenta pues se equivoca inducido por la Sala Primera.

Junto con todo lo anterior causaliza estas reflexiones el conocido intento, tan esperpéntico como obsceno, de mantener abierto ficticiamente un conflicto ya inexistente representado por la actuación de una entidad asociativa de litigación que, tras interponer en su momento diversas querellas contra los Magistrados de las Audiencias de Barcelona, Madrid, Cáceres, Sevilla y Alicante, amenazó —sin éxito—a la Sala Primera con elevar su queja criminal hasta esta última instancia en términos que al parecer ha materializado. Quizás lo ha hecho para, por el momento, evitar las razonables iras de una masa de clientes hoy defraudados y en su día engañados por una publicidad objetivamente dolosa.

El tema está al día de hoy zanjado como paso a analizar detallando a tal fin el *iter* acaecido hasta llegar a ello.

2. El pretérito conflicto

La polémica sobre la virtualidad del Índice IRPH Cajas fue objeto de decisión por la apuntada Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 669/2017 de 14 de diciembre que, ante la resistencia a admitir su lógica por parte de algún Tribunal nacional, obligó de nuevo al TJUE a pronunciarse en la Sentencia de 3 de marzo de 2020 (C-125/2018).

Tras su dictado se confirmó la legalidad del Índice por parte de las Sentencias del Pleno del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2020 (Sentencias 595/20020, 596/2000, 597/2020 y 598/2020[3]) que asumen la validez de la cláusula —condición general— donde se contenía la utilización de este Índice para la revisión de los intereses de préstamos hipotecarios por no considerarlo en ningún caso abusivo a la vez que, previamente, se concluye su muy discutible falta de transparencia al no haberse integrado por la entidad de crédito un presupuesto informativo reglamentariamente establecido[4] que el TJUE, a mi juicio equivocadamente, magnificó.

En ese momento, por mor de lo indicado por el TJUE, el Tribunal Supremo se vió obligado a valorar la omisión de tal presupuesto ordenancista con la consecuencia de concluir la falta de trasparencia de la cláusula, de lo que finalmente el TJUE también ha renegado en sus Autos de 17 de noviembre de 2021. En todo caso desde la doctrina que pudiéramos llamar consumerista se aferraron a la declarada falta de transparencia a la que se anudaba su abusividad pues al carecer de la necesaria información precontractual no era posible establecer la comparación con otros Índices más utilizados. Argumento que a mi juicio partía de una premisa errónea: la falta de información se vinculaba, exclusivamente, con no haber proporcionado la evolución del índice en los dos años anteriores a la concertación del préstamo, pero no derivaba del resto de cuestiones habitualmente alegadas como causantes de ese déficit informativo y que el TJUE rechaza: conocimiento del funcionamiento del índice, cuadros comparativos con otros índices, etc. Por ello la abusividad va a precisar de un control autónomo específicamente derivado del contraste con el desequilibrio de prestaciones y la eventual buena fe del predisponente.

En este sentido fue un dato incuestionable el que la gran mayoría de comentaristas[5] se pronunciaron, universal, apriorística y a menudo interesadamente, proclives a todas las tesis favorables al consumidor. Era evidentemente más fácil, y amable para con la ciudadanía, adoptar tal postura. Para ello se valora la excelencia de la doctrina del TJUE, también del Tribunal Supremo, cuando, como frecuentemente ocurre, asumen las tesis *pro consumatore*. Sin embargo, cuando ello no acaece así, y el tema del IRPH ha resultado finalmente ejemplo sintomático, se abandona totalmente el respeto al principio de legalidad y al sistema de fuentes para criticar, a menudo agriamente, las decisiones de los Altos Tribunales, otras

veces enaltecidas. Y tal «militancia», entendible respecto de la que puede denominarse abogacía de consumo, resulta más criticable cuando se activa desde instancias doctrinales y jurisdiccionales. La Sentencia de 20 de enero de 2022 del Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona, a la que haremos ulterior comentario, es paradigmático ejemplo.

A efectos de describir la estructura de este trabajo parece oportuno poner de manifiesto, con cierta brevedad, los hitos jurisprudenciales básicos que han determinado la solución del tema.

II. EL INICIAL PRECEDENTE: LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO 241/2013 DE 9 DE MAYO[6]

Como es sabido la debatida Sentencia de 9 de mayo de 2013, referida a las cláusulas suelo en una acción colectiva[7], nos introdujo de lleno en la idea de la «transparencia material», entendida como conocimiento y comprensión por el prestatario de las condiciones económicas del contrato, y, paralelamente, identificó para tales casos de cláusula suelo —solo para estos debe recalcarse— la falta de transparencia material con su carácter abusivo[8]. Literalmente en su fundamento de derecho decimosegundo se afirmaba que «la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato».

Se decía a tal efecto que las condiciones generales que incluían la cláusula suelo entrañaban un elemento engañoso pues aparentaban la existencia de un interés variable «cuando realmente establecían que esto era así solo al alza provocando subrepticiamente una alteración no tanto del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación». Así lo recuerda la propia Sala Primera del Tribunal Supremo en las recientes Sentencias de 12 de noviembre de 2020 recalcando la diferencia del supuesto ahora enjuiciado con lo decidido en materia de cláusulas suelo.

En definitiva, aplicando conceptos contractuales clásicos, diríamos que frente a este tipo de cláusulas lo que realmente ocurría no era tanto que resultaran abusivas en el sentido del artículo 3 de la Directiva, sino que determinaban un error en el contratante (*ex* arts. 1269 y 1270 CC), causante de su nulidad, al no poder representarse válidamente la realidad de lo convenido: el interés variable cuando realmente se convertía pronto en fijo al llegar al «suelo». No obstante, destacaremos la frase final con que el Tribunal Supremo concluyó su previo discurso: «De forma correlativa, la

falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas» (apartado 250 de la Sentencia).

El precedente, sin embargo, resulta obvio que no servía para mantener indiscriminadamente la identidad falta de transparencia-abusividad, en función de las matizaciones establecidas tanto por el TJUE como por la Sala Primera en ulteriores decisiones, ajenas al debate sobre cláusulas suelo, de las que a continuación nos iremos haciendo eco.

III. LA ACERTADA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 669/2017 DE 14 DE DICIEMBRE: LA INICIAL VALIDACIÓN DEL IRPH

La referida sentencia, igualmente del Pleno de la Sala Primera, objeto de múltiples comentarios y airadas reacciones por parte de quienes podemos denominar especialistas del derecho de consumo[9], entendiendo por tales quienes apriorísticamente entienden que, al consumidor, sean cuales sean las circunstancias concurrentes siempre ha de dársele la razón en su confrontación con las entidades de crédito, abordó a mi juicio con gran acierto el tema planteado. Incluso creo que más certeramente que lo ulteriormente decidido en sus Sentencias de 12 de noviembre de 2020 pues por aquel entonces su sano criterio no se veía condicionado por la absurda magnificación de la falta del requisito informativo ya referido —inclusión en el folleto de la evolución del Índice los dos años anteriores— que va a aceptar el TJUE en la Sentencia de 3 de enero de 2020 y que la Sala Primera, exquisitamente respetuosa para con aquel, se ve obligada a asumir alterando su más acertado criterio.

En dicha Sentencia se parte de una afirmación que, a mi juicio, resulta difícilmente objetable en orden a concluir la falta de abusividad de la utilización de una cláusula validada por la Administración: es a esta a quien corresponde controlar que esos índices se ajusten a la normativa lo que hace que ese control quede fuera del ámbito de conocimiento de los Tribunales del orden civil.

Es también oportuno recalcar que sin duda la Sala asume que la cláusula que contiene el Índice de referencia se trata de una condición general, susceptible de control judicial, de forma que realmente lo que debía excluirse es el examen del Índice como tal, es decir que pudiera juzgarse el Índice en si (su definición y fórmula de cálculo) dado que venía determinado por la normativa bancaria: así lo precisa, para evitar equívocos el Fundamento de Derecho Tercero. 2 de la STS 597/2020. En definitiva, se afirmaba en aquella inicial sentencia (F. de D. 3) que *«no puede controlarse judicialmente el carácter abusivo de una condición general de la contratación cuando la misma responde a una disposición administrativa*». Idea esencial en la que al día de

hoy debe persistirse y que finalmente va a ser asumida por el TJUE en su Auto de 17 de noviembre de 2021 en respuesta a la Quinta Cuestión Prejudicial (apartados 56 y 57) planteada por el Juzgado núm. 38 de Barcelona.

Paralelamente resulta oportuno aclarar definitivamente que, en ningún caso, en contra de lo que se reflejó como doctrina de la Sala Primera en la militante Cuestión Prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona[10], se excluyó de la valoración judicial el control de transparencia material de la cláusula en cuestión. Se efectúa minuciosamente tal valoración en los fundamentos de derecho quinto y siguientes, de la sentencia que comentamos. Específicamente el fundamento de derecho octavo se inicia diciendo que «en consecuencia para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia habrá que ver si el consumidor era consciente de que esa cláusula se configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable». Valoración a la que se responde afirmativamente tras argumentar que «resulta fácilmente accesible para un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo de interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precio del préstamo». Ya desde un primer momento destacaré este aspecto de la Sentencia que, a mi juicio resulta decisivo: la diligencia del buen padre de familia, pauta esencial de comportamiento conforme a nuestro Código Civil, se entiende necesariamente persistente, con una formulación actualizada, aun cuando estemos ante un consumidor. Incluso diríamos que cuando se trata del elemento básico del contrato oneroso —el precio— es razonable exigirle un plus de previsión que se describe, conforme a que el propio TJUE afirma, como la del consumidor «normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz».

Dicha sentencia efectúa un pormenorizado análisis de los elementos informativos que debiera proporcionar la entidad de crédito —cuestionando por ejemplo que debiera ofrecerse la comparación con otros índices—para concluir, en el fundamento de derecho decimocuarto, tras una motivada argumentación que se desgrana a través de los fundamentos precedentes, que «la cláusula controvertida superaba el control de transparencia».

Es oportuno resaltar, con las consecuencias que ulteriormente iremos exponiendo, que el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona que plantea la cuestión prejudicial, al discrepar frontalmente de la doctrina de la Sala Primera, contenía una exhaustiva referencia (Segunda Cuestión Prejudicial punto 2.2.) a la información que, a su juicio, el prestamista debiera proporcionar al consumidor entre las que se encontraba (i) la explicación de cómo se configuraba el Índice…pues los datos proporcionados no son públicos en comparación con el otro habitual, el Euribor. Asimismo, la entidad de crédito debía (II) «explicar cómo evolucionó en el

pasado[11] y podía evolucionar en el futuro, informando y publicitando aquellas gráficas que expliquen de manera clara y comprensible la evolución…».

IV. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 3 DE ENERO DE 2020 (ASUNTO C-125/18, GÓMEZ DEL MORAL GUASCH)

La sentencia que da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona, lo hace sin duda en términos que no eran los pretendidos por el titular de dicho Juzgado. Con más claridad se va a advertir esta conclusión con motivo de la nueva cuestión judicial planteada sobre el tema y resuelta por los Autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021. En todo caso debe subrayarse que la Sala Primera, con objetiva razón, en las Sentencias de 12 de noviembre tuvo que salir al paso del distorsionado planteamiento efectuado en la cuestión prejudicial en términos a los que me remito[12].

Antes de entrar en la valoración de esta importante decisión resulta de interés un breve comentario sobre sus antecedentes.

1. Las observaciones del Reino de España

Sin entrar en otros detalles debe destacarse que las observaciones del Reino de España, fechadas el 7 de junio de 2018, ponen sobre aviso de una cuestión, en la que hasta entonces no se había reparado, pero que resultaron de gran trascendencia —a mi juicio equivocadamente— en el futuro devenir del tema.

De esta manera en el punto 18 de tales Observaciones se hace referencia a la prescripción reglamentaria derivada de la Orden de 5 de mayo de 1994, desarrollada en este punto por el Anexo VII de la Circular del Banco de España 5/1994 de 22 de julio, en cuya virtud el folleto informativo de los préstamos hipotecarios sobre viviendas concertados por personas físicas cuya cuantía no superase los veinticinco millones de pesetas debía contener «su evolución durante al menos los dos últimos años naturales, así como el último valor disponible»[13]. Y quizás con una cierta imprevisión afirma en el punto 86 que tal aspecto «debió cumplirse por la entidad bancaria porque venía exigida por la normativa española». Concluyendo en el punto 87 que «habrá que comprobar si se respetaron dichas disposiciones por la entidad bancaria». Debe mencionarse que la omisión de tal exigencia informativa no había sido alegada ni por tanto cuestionado su cumplimiento por la actora en el pleito del que traía causa la cuestión prejudicial. Tampoco había sido considerada relevante por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 al

plantear la cuestión prejudicial, exhaustiva en materia de información que debiera proporcionarse.

2. Las conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar[14]

Como cuestiones de relieve destacaremos que en el punto 107 *in fine* apunta la necesidad de que el Tribunal entre a valorar la trasparencia material de la cláusula discutida, es decir «las consecuencias económicas que se deriven para el consumidor». Poco después el Abogado General va a acceder a una conclusión quizás no esperada[15] en cuya virtud la utilización del IRPH por las entidades de crédito, y no solo de la afectada por el litigio, cumplía los estándares de trasparencia material en términos que se van a argumentar diáfanamente por comparación con las hipotecas multidivisas. A tal efecto después de transcribir las exigencias de información que a juicio del Tribunal remitente debía proporcionar la entidad de crédito (punto 111) concluye que «la carga económica que se derivaba del préstamo podía ser prevista y valorada por el consumidor que estaba en condiciones de valorarla antes de la celebración del contrato…», reiterando en los ulteriores puntos esa comprensión de la carga económica y rechazando que «la entidad bancaria deba emplear u ofrecer al consumidor diferentes índices oficiales» pues previamente ha dicho que no es la suya una obligación de asesoramiento. Finalmente se afirma (punto 124) que «el conjunto de consideraciones anteriores me lleva a concluir que la entidad bancaria cumplió la exigencia de transparencia impuesta por la Directiva 93/13[16].

Sin embargo, a continuación (punto 125), de forma evidentemente contradictoria, apunta, a los efectos de integrar tal exigencia de transparencia material, la necesidad de haber cumplido con la prescripción reglamentaria pues la entidad bancaria debe «referirse a la evolución en el pasado del índice de referencia escogido». A tal efecto se hace eco en la nota 93 de su informe, de las Observaciones del Gobierno español respecto del folleto y las exigencias que el anexo VII de la Circular 5/1994 precisaba —la evolución en los dos últimos años naturales—a lo que hemos hecho reiteradas menciones. Tal contradicción también va a estar presente en la STJUE de 3 de marzo de 2020 que decide la cuestión en términos que pasamos a analizar.

3. La STJUE de 3 de marzo de 2020

Sin que quepa ahora efectuar un análisis exhaustivo de dicha sentencia cabe, al menos, exponer el contenido de sus decisivos, y en alguna medida contradictorios, apartados 53 y 54, ampliamente comentados[17].

El primero de ellos, en línea con las conclusiones del Abogado General, valida con carácter general la superación del principio de trasparencia material de la cláusula IRPH, pues «los elementos principales relativos al cálculo del IRPH Cajas de ahorro resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990 publicada a su vez en el BOE. Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido Índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades.… incrementado en el 0,25%».

Tal afirmación, objetivamente existente, se quiera o no, ha sido sin embargo puesta radicalmente en cuestión desde la militancia consumerista anclada en la consideración del consumidor como un ser incapaz de conocer el «precio» a abonar por el contrato que quizás fuera el más importante de su vida y, por ende, de consentirlo válidamente. De esta manera, insistentemente, se abandona esa valoración *in abstracto* de la cognoscibilidad y, desde una perspectiva *in concreto*, se insiste en que ningún consumidor había accedido a tal información obviando que el no hacerlo derivaba, en su caso, de no haber sido «razonablemente atento y perspicaz».

Sin embargo, el apartado 54 considera que para evaluar *in concreto* la trasparencia de la cláusula controvertida es oportuna la referencia a la ya expresada necesidad de proporcionar el dato acerca de la evolución del Índice en los dos años anteriores por considerar que «constituye un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorro y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés». Afirmación esta última profundamente sorprendente desde el momento en que, previamente, el TJUE ha insistido en que no debía proporcionarse al consumidor términos comparativos con otros Índices de forma que carece de todo sentido que, a efectos comparativos, tan solo se debiera aportar, y muy parcialmente, información sobre uno de los términos a comparar[18].

El Auto del TJUE de 17 de noviembre de 2021 va a disentir radicalmente de estas sus propias y pretéritas conclusiones.

En todo caso la sentencia dejó abierta la duda de si, con tales parámetros, se estaba a presencia de un supuesto de falta de trasparencia material, aspecto sobre el que se tendría que pronunciar el Tribunal nacional y, caso de estimarse tal deficiencia, valorar las consecuencias claudicatorias que ello suponía en relación con su posible carácter abusivo.

Todo ello se va a decidir, finalmente, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2020.

V. LAS SENTENCIAS DE NUESTRAS AUDIENCIAS POSTERIORES A LA DECISIÓN DEL TJUE[19]

Tras el dictado de la STJUE de 3 de enero de 2020, y hasta la definitiva solución contenida en las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2020, se pronunciaron diversas Audiencias y Tribunales de instancia. Ciertamente estos últimos se seguían mostrando renuentes a aceptar la validez del IRPH, a pesar de lo dicho por el Tribunal Supremo y, algo más ambiguamente, por el TJUE. Sin embargo, más respetuosamente con todo ello, las Audiencias se mostraron francamente proclives a su validación aún con diversidad de soluciones. Y ello a riesgo de tener que afrontar la interposición de querellas con las que amenazó la conocida entidad asociativa de litigación. Amenaza cumplida si bien, obviamente, fueron todas ellas inadmitidas a trámite[20].

Si bien no es sede adecuada para exponer íntegramente las Sentencias recaídas si cabe la mención de las que, con mayor detalle argumental, se mostraron partidarias de una u otra tesis.

Es el caso de la Sentencia de 24 de abril de 2020 de la Sección 15 de la Audiencia de Barcelona que sentó unas pautas a las que se acomodaron no pocas y ulteriores decisiones que validaron la utilización del IRPH[21] pues con nitidez diluye el déficit de transparencia derivado de no figurar en el folleto explicativo el comportamiento del Índice los dos años anteriores que, sin embargo, va a resultar decisivo tanto para otras Salas[22] como finalmente, condicionado por el TJUE, para el propio Tribunal Supremo.

La Sentencia de 22 de mayo de 2020 de la sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, desestimatoria de la pretensión de nulidad de la cláusula IRPH Cajas resultó también de gran interés pues tiene una cierta vocación nomofiláctica ya que no solo concluye la trasparencia material de la cláusula debatida, sino que dedica notables esfuerzos hermenéuticos a aclarar lo que hipotéticamente acaecería aun considerando la falta de trasparencia de la cláusula debatida. Ello para concluir, igualmente, la superación del control de abusividad si llegara a realizarse.

En sentido contrario a la validez de la cláusula debatida se mostró la también argumentalmente ejemplar Sentencia de 14 de mayo de 2020 de la Sección Primera de la Audiencia de Álava[23]. Ciertamente esta Resolución, resultó mucho más precisa que su precedente —la SAP de Málaga de 21 de abril— pues contiene un esfuerzo hermenéutico notable con el que, desde una perspectiva —ahora si— de estricta técnica jurídica, justifica la decisión alcanzada. De esta manera, tras describir su funcionamiento con detalle, expresa inicialmente que el IRPH «es un índice de referencia complejo y ello debe tener implicaciones en materia de control de trasparencia». Refiere también que al ser aplicable tan solo al 15% de los préstamos hipotecarios

era menos conocido por el consumidor y, por ende, precisado de mayor información» concluyendo «que la atención del consumidor debiera dirigirse a la interacción entre el índice de referencia y el diferencial en relación con otras ofertas indexadas al Euribor» sin que «consten realizadas simulaciones ni aportada información de este índice de referencia ni ninguna otra prueba sobre las características económicas del IRPH» lo que determina la falta de transparencia material que, acertadamente, considera la Sala abre paso al juicio de abusividad.

Lo hace minuciosamente si bien, a mi juicio, en el fondo, de nuevo, tal control de abusividad se va a identificar con el propio control de trasparencia, es decir con la falta de información, pues «se limitó la facultad de la parte consumidora de analizar comparativamente la oferta de la entidad prestamista en la que se imponía un Índice con las características ya descritas que no era conocido por el público en general». Subyace en tal conclusión la misma idea que determinó la abusividad de la cláusula suelo, derivada fatalmente de su falta de transparencia a pesar de las diferencias entre uno y otro supuesto reiteradamente puestas de manifiesto por el TJUE —fundamentalmente en relación con las cláusulas multidivisas— como por el Tribunal Supremo.

VI. LAS SENTENCIAS DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 595, 596, 597 Y 598/2020 DE 12 DE NOVIEMBRE

El camino que venimos describiendo continúa con las Sentencias del Pleno de la Sala Primera de 12 de noviembre de 2020 que, como parece obligado, suscitaron no poco rechazo entre quienes apriorísticamente no participaban de la fatal solución que a mi juicio resultaba hace tiempo anunciada[24]: quizás desde que se expresó el Abogado General Szpunar.

Su contenido no hace sino reiterar la doctrina anterior fundada, específicamente, en la sancionada por el TJUE. Previamente a su exposición pone de manifiesto, como ya sabemos, el hecho de que su entendimiento del tema fue trasladado un tanto distorsionadamente al TJUE en la cuestión prejudicial que da lugar al pronunciamiento de este.

En todo caso es necesario destacar dos aspectos de la sentencia a la que haremos ulteriores referencias. Uno primero era el pleno respeto a la doctrina del TJUE evidenciado por la muy discutible aceptación del requisito informativo —la evolución del Índice los dos años anteriores— que la Gran Sala consideró esencial para valorar la transparencia de la cláusula IRPH.

Uno segundo, también plenamente conforme con la doctrina del TJUE, se concretaba en la necesidad de que, respecto del elemento esencial del contrato que se cuestionaba—el interés/precio—la decidida falta de trans-

parencia no implicaba un automatismo claudicatorio sino que abría paso al control de abusividad a diferencia de lo que se había decidido en materia de cláusulas suelo.

VII. LOS ASPECTOS POLÉMICOS DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A mi juicio, despejando el polvo de la paja, eran varios los aspectos esenciales del tema sobre los que persistió la polémica, si bien un tanto ficticiamente, tras la publicación de las sentencias del Tribunal Supremo. Entre ellos comentaremos la relevancia del presupuesto informativo reglamentariamente establecido, la comprensibilidad por el consumidor del funcionamiento del Índice, la vinculación entre abusividad y trasparencia y, finalmente, el juicio sobre la abusividad de la cláusula IRPH Cajas derivada de su contraste con las pautas del artículo 3 de la Directiva. Todos ellos quedaron a mi juicio definitivamente aclarados por la Sala Primera lo cual no obsta a una valoración crítica de la manera con la que se solventan pues la polémica es lo cierto que persistía.

1. La información de la evolución del Índice los dos años anteriores a la suscripción del contrato

Como ha quedado apuntado la Sala Primera del Tribunal Supremo[25], exquisitamente respetuosa con la doctrina del TJUE, asumió que la omisión de tal información precontractual en el Folleto informativo de los préstamos comercializados determinaba la falta de transparencia material de dicha cláusula. De esta manera se asume el punto 54 de la Sentencia del TJUE y la referencia del punto 55 a que deberá comprobarse si se cumplió efectivamente con las obligaciones de información, previamente detalladas, establecidas por la normativa nacional. Y tras hacerlo valorar el alcance del incumplimiento de la prescripción contenida en el Anexo VII de la Circular 9/1999 del Banco de España que preveía la incorporación a tal folleto del «último valor disponible y la evolución durante al menos los dos últimos años naturales».

Por ello, intuyo que a su pesar, dada la irrelevancia material de la prescripción reglamentaria, expresamente tuvo que afirmar la Sala (fundamento de derecho cuarto de la STS 596/2020, por ejemplo) que, «de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 bis LOPJ debemos estar a la doctrina del TJUE y debe concluirse que la cláusula no es transparente pero no por las razones que considera la sentencia recurrida puesto que el TJUE ha descartado la exigencia de que la entidad bancaria tuviera que ofrecer información

comparativa de los distintos índices, evolución futura y asesoramiento sobre el mejor préstamo posible. De acuerdo con la mencionada sentencia la cláusula no es transparente porque no consta que la entidad proporcionara a los prestatarios información sobre la evolución del Índice los años anteriores»[26].

Recordaremos que la exigencia de tal información había sido sorprendentemente introducida en el debate a través de las Observaciones efectuadas por el Reino de España (puntos 18 y 86), fue recogida incidentalmente por el Abogado General (nota 93) y finalmente asumida por el TJUE. Y ello sin que en ningún caso hubiera sido alegada por los prestatarios, acogida por las sentencias nacionales que declararon la nulidad de la cláusula debatida o incluida, como prescripción incumplida por la entidad de crédito, en la Cuestión Prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona. Fue una «cuestión nueva» determinante de que la Sentencia de la AP de Madrid de 22 de mayo de 2020 llegara a recordar, acertadamente, (fundamento de derecho tercero) que en ningún caso la actora planteó en su demanda, como déficit de legalidad relevante, el que no se hubiera incluido en el folleto informativo la evolución del Índice los dos años anteriores a la contratación —extremo tan decisivo a juicio del TJUE (punto 54 de la STJUE de 3 de marzo de 2020)— de forma que no se pudo proyectar sobre este elemento fáctico la contradicción entre partes.

Al margen de ello siempre he creído desacertada la pretérita doctrina del TJUE, de la que hoy rehúsa, si bien el Tribunal Supremo se ve obligado a asumirla *ex* artículo 4bis LOPJ —«los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea»—, aunque argumentalmente creo que ya entonces debía ser cuestionada:

1.ª. Ciertamente nadie se acordaba, muchos años más tarde, de la exigencia reglamentaria del referido Anexo que obviamente tampoco se incluía para el anhelado Euribor. Especialmente cuando tal información fue suprimida por la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre lo que evidenciaba su relativa irrelevancia.

2.ª. El incumplimiento de esa eventual obligación —al margen de sus consecuencias administrativas—siempre entendí que debiera carecer de relevancia claudicatoria suficiente pues en ningún caso cabe considerar que fuera un incumplimiento grave de las obligaciones de la entidad de crédito tal y como genéricamente precisa nuestro ordenamiento (art. 1124 CC).

3.ª. Debía ponerse en contacto tal obligación con las constantes referencias al entendimiento de la diligencia del «consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz». En este sentido es información que, de no serle proporcionada, el consumidor podría haber exigido si es que tuviera interés alguno en hacerlo. En todo caso la OM de

5 de mayo de 1994 obligaba a publicitar tal evolución que aparecía en el propio BOE lo que debe vincularse con la idea del «consumidor normalmente informado».

4.ª. Planteaba una incongruente asimetría el que se aceptara que un consumidor razonablemente informado era capaz de entender los aspectos básicos del funcionamiento del IRPH, proporcionados por el BOE, y, paralelamente que no lo fuera para hacerse con un dato objetivo y publicado como el requerido.

5.ª. Es importante destacar, como recordaron algunas de nuestras Audiencias, que a partir de la OM de 5 de mayo de 1994 tal información sobre la evolución del índice aparecía puntualmente en el BOE lo cual rendía sin duda un tanto irrelevante su inclusión en los folletos informativos que, para cumplir tal exigencia, debieran modificarse mensualmente lo que resultaba también un tanto irreal.

6.ª. Es oportuno reparar en algo a lo que no se prestó atención alguna. La Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España, que desarrolla ciertos aspectos de la OM de 5 de mayo de 1994, especificaba en su Anexo VII el contenido del Folleto informativo y a propósito del mismo indicaba inicialmente que «Salvo lo dispuesto sobre comisiones en la Orden y en la presente Circular, y lo establecido en el artículo 4.1 de la Orden sobre préstamos hipotecarios, las restantes condiciones de este folleto tienen carácter orientativo y no vinculan a la entidad». Lo orientativo no podía dar lugar a una ineficacia como la excesivamente pretendida: así creo debiera haberlo entendido el TJUE de conocer el dato.

7.ª. También resulta interesante la referencia fáctica, fundada en razones de pura lógica, expresada por la SAP de Madrid de 22 de mayo de 2020 a que el exquisito cumplimiento del deber de información, en los términos apuntados por el TJUE, en ningún caso habría evitado el desequilibrio que habitualmente se afirma causado, derivado de la comparación con un Euribor cuyos datos temporalmente paralelos no hacía falta proporcionar.

8.ª. Finalmente no resultaba despreciable el argumento que incluyó en sus Observaciones el Reino Unido en el sentido de considerar la inclusión de tal información no solo irrelevante sino incluso nociva pues como tal debe valorarse la sobreinformación reglamentaria, en la medida en que no fuera requerida por el consumidor, que de esta manera distorsionaba su conocimiento sobre las circunstancias del préstamo.

En definitiva, el hecho de no haber incorporado al folleto informativo la evolución del Índice los dos años anteriores (punto 54 STJUE) resultaba irrelevante desde el momento en que aparecían publicados por el BOE e informados por el Banco de España: cualquier consumidor razonablemente atento tenía la ocasión de acceder a su conocimiento con una mínima diligencia. Si es que le hubiera interesado conocer el dato.

Así lo va a concluir el TJUE, alterando su errado entendimiento de las cosas, en los Autos de 17 de noviembre de 2021 donde expresamente omite ahora la necesidad de «entregar al consumidor, antes de la celebración del contrato, un folleto informativo que recoja la información anterior de dicho Índice».

2. La comprensibilidad por el consumidor del funcionamiento del Índice y de los elementos de comparación con otros Índices

Como hemos venido exponiendo la principal crítica que, en su momento se efectuaba desde todas las instancias de consumo a la cláusula IRPH Cajas radicaba, por un lado, en la falta de aptitud del consumidor para entender su funcionamiento y, por otro, en la necesidad de ofrecer datos comparativos de su funcionamiento, pasado e incluso futuro, respecto de otros Índices. Se resumía todo ello con nitidez en la Segunda Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38, referida en su primer apartado (i) a la necesidad de dar una explicación de cómo se configuraba el Índice de referencia y el segundo (ii) a explicar cómo evolucionó en el pasado y podría evolucionar en el futuro explicando sus relaciones comparativas con el EURIBOR.

Todo ello quedó desechado ya en las Conclusiones del Abogado General (puntos 122 y 123) y es diáfanamente resuelto por la STJUE de 3 de marzo de 2020 (puntos 48 y sigs.) especialmente el punto 53 que concluye con la decisiva afirmación de que «los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las Cajas de Ahorro resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario…». Así los asumen también, no había otra opción *ex* artículo 4 bis LOPJ, las Sentencias de la Sala Primera de 12 de noviembre pasado al tratar específicamente el tema de «El control de transparencia según la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020» que finalizan con la afirmación de que «se pueden considerar excluidos de los parámetros de transparencia tanto la comprensibilidad del funcionamiento matemático/financiero del Índice IRPH (ningún Índice tampoco el Euribor resistiría dicha prueba)» como la información comparativa con otros Índices recordando el TJUE que la misma cuestión debiera plantearse, en su caso, con el anhelado Euribor.

3. Transparencia y abusividad

Aunque no pocas Sentencias de nuestras Salas, y también interesadas opiniones doctrinales, consideraron que, al igual que acaece en materia de

cláusulas suelo, la falta de trasparencia material aboca axiomáticamente a su abusividad, siempre he entendido que debe accederse a la solución inversa sobre la base de que control de trasparencia material y juicio de abusividad obedecen a criterios de valoración totalmente diferentes sin que la eventual falta de transparencia derivada de una deficiente información precontractual sirva, paralelamente, para concluir el malicioso desequilibrio prestacional determinante de la abusividad. No cabe refundir en uno solo lo que son dos controles perfectamente diversificados que se fundan en pautas valorativas totalmente diferentes: un interés moratorio del 0%, aún falto de transparencia formal o material, no es abusivo.

Y toda vez que quizás sea en este punto donde la doctrina consumerista y algunos Tribunales[27] se mostraron más reticentes a asumir los postulados del TJUE[28], resulta oportuno reiterar lo que este ha expresado sobre el particular: la falta de trasparencia material de uno de los elementos esenciales del contrato no determina, *per se*, su nulidad, sino que abre paso al específico control de abusividad. De esta manera, al ser condición general predispuesta sobre la que teóricamente no se habría producido un consentimiento válido, el legislador se ocupa de que sean los Tribunales los que valoren tal equilibrio al igual que ocurre con los elementos accidentales del negocio, donde consentidos o no debe contrastarse la condición general accesoria con las pautas de la buena fe y equilibrio de prestaciones. La alternativa de asumir la nulidad de la cláusula, por otro lado, conllevaría la total nulidad del contrato y la restitución de prestaciones ante la inviabilidad de su integración.

De esta manera frente a la equiparación falta de transparencia-abusividad[29] baste referir la doctrina reiterada del TJUE[30] en cuya virtud una vez que se ha declarado la falta de trasparencia se abre la posibilidad del control de abusividad de otra manera vedada al afectar a un elemento esencial del contrato[31]. En definitiva, la falta de trasparencia en ningún caso eximía de realizar el ulterior juicio de abusividad, a efectos de declarar la nulidad de la condición general, sino que precisamente amparaba el que tal control se proyectara sobre los elementos esenciales del contrato, de otra manera vedado (STJUE de 26 de enero de 2017, Asunto C-421/14, Banco Primus).

Planteado de nuevo el tema en las últimas cuestiones prejudiciales el TJUE, en los Autos de 17 de noviembre de 2021, expresamente confirma lo ya sabido y de lo que los Tribunales de instancia, autores de las nuevas cuestiones prejudiciales, persistían en renegar.

4. Era en aquel momento abusiva la cláusula IRPH Cajas?

Como venimos exponiendo tras la STJUE de 3 de marzo de 2020 y a la vista de su valoración contenida en las Sentencia del Pleno de la Sala

Primera del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2020, el problema se reconducía al análisis de la eventual abusividad de la cláusula IRPH valorando si concurría o no en la entidad bancaria la conducta contraria a la buena fe causante de desequilibrio entre las posiciones de las partes. Es, lo cierto que los argumentos de la Sala Primera no aplacaron a los insistentes peticionarios de forma que el problema, una vez más, se puso en conocimiento del TJUE a través de las nuevas cuestiones prejudiciales con las que habían amenazado el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona al que se unió el número 3 de Ibiza.

Y antes de exponer el resultado de los últimos pronunciamientos resulta oportuno reproducir el debate entonces planteado.

A tal efecto debe ponerse de manifiesto, desde un primer momento, que las más argumentadas decisiones que concluyeron su abusividad realmente identificaban transparencia y abusividad pues no surgía esta última tanto de un eventual desequilibrio en perjuicio del consumidor —a valorar en el momento de concertación del contrato[32]— como del déficit derivado de la defectuosa información precontractual que, como hemos apuntado, tan solo debiera servir para acceder a su falta de transparencia.

De esta forma, como reflexión general, debe ponerse de manifiesto que todas las decisiones y opiniones que hacen derivar de la falta de información precontractual también el carácter abusivo del Índice realmente consideran que la falta de información relevante no es la que mencionaba el TJUE y hubo de asumir la Sala Primera —evolución de los dos años anteriores— sino la mucho más ampliamente expresada por la cuestión prejudicial en orden al funcionamiento del Índice, las simulaciones, comparaciones y evolución pasada y futura, etc. Se pensaba que era la omisión de toda esa información precontractual —innecesaria según el TJUE— la que determinaba la abusividad de la cláusula al no poder establecerse la comparación con otros índices más conocidos.

Era significativo el ejemplo de la SAP de Álava de 14 de mayo de 2020. En su Fundamento de Derecho Noveno, parte de que «no constan realizadas simulaciones ni aportada información de este índice de referencia ni ninguna otra prueba sobre las características económicas del IRPH» lo que determinaba la falta de transparencia material que, acertadamente, considera la Sala de Álava que abría paso al juicio de abusividad. Lo hace minuciosamente si bien, a mi juicio, en el fondo, de nuevo, tal control de abusividad se va a identificar con el propio control de trasparencia, es decir con la falta de información, pues «se limitó la facultad de la parte consumidora de analizar comparativamente la oferta de la entidad prestamista en la que se imponía un Índice con las características ya descritas que no era conocido por el público en general». Previamente se parte de la afirmación, un tanto voluntarista, de que en el marco de una negociación individual tratado de una manera

leal y equitativa el consumidor no habría aceptado una cláusula indexada al IRPH» para, a propósito del desequilibrio prestacional, incidir de nuevo en la falta de información al expresar que «desconociendo los aspectos que eran negativos para el prestatario se privó al consumidor de la posibilidad de efectuar una correcta comparación de la oferta con respecto a préstamos que estuvieran referenciados al índice habitual, el Euribor». Persistentemente se margina en tal discurso, a mi entender, la afirmación del TJUE sobre la validada accesibilidad al funcionamiento del IRPH contenida en el insistentemente referido punto 53 de su Sentencia de 3 de marzo de 2020 donde igualmente nos recordaba que no era necesario ofrecer el funcionamiento de otros Índices. Tal abusividad da pie a aplicar el índice subsidiario pactado que era el Euribor con un diferencial de un punto si bien es evidente que tampoco se había ofrecido información alguna sobre el Euribor que permitiera en aquel momento valorar sus ventajas e inconvenientes lo cual debiera llevar, por las mismas razones, a anular su aplicación y a la búsqueda de otro Índice. De nuevo, en la solución alcanzada por la Sala de Álava, late en el fondo la realidad acaecida para justificar la aplicación del índice subsidiario: una más favorable evolución posterior del Euribor que, de otro modo, nunca sería admitido por el consumidor como índice de aplicación alternativo.

Precisamente por todo ello es necesaria una reflexión adicional sobre el juicio retrospectivo acerca de lo que hubiera hecho el consumidor, si se le hubiera dado la información comparativa entre IRPH y Euribor respecto del cual habitualmente se asume el argumento[33] de que, sin duda, habría elegido el segundo. Al margen de la ya destacada irrelevancia del tema a la hora de decidir la abusividad/desequilibrio que deriva de su pasada concertación tal conclusión creo que debe ser muy matizada. Y no solo porque depende de la fecha del préstamo, sino porque la larga duración típica de los préstamos hipotecarios hacía imposible cualquier profecía fundada sobre el resultado final de las variaciones de los tipos de interés[34]. El IRPH es, en el fondo, un tipo intermedio entre un interés fijo y uno puramente variable pues en su cómputo, aunque se suela olvidar incluso por los que defienden su no abusividad, se incluyen los préstamos a interés fijo. Por eso, podía llegar a ser menor que el Euribor en caso de subida rápida y radical de este. La distorsión de la prospección es evidente: aunque dice valorarse la previsión de su resultado por referencia al momento en que se concertó es incuestionable que se hace conociendo un dato decisivo que entonces era imprevisible: el derrumbe del Euribor como consecuencia de la crisis económica. Precisamente por ello la hipotética abusividad de la cláusula IRPH en ningún caso puede derivar de la falta de información precontractual, sino que, constatada esta, debiera analizarse si, en contra de la buena fe, se produjo en el momento del pacto un desequilibrio en las obligaciones de una y otra parte[35].

En resumen diríamos que las prospecciones sobre la hipotética conducta del consumidor debían tener en cuenta múltiples elementos fácticos y partir del desconocimiento en el momento de concertarse sobre la evolución de los Índices pues no cabe una simplificación de este factor probabilístico fundado en el conocimiento de lo luego acaecido: el hecho, por ejemplo, de que el IRPH incluyera los préstamos a interés fijo le hacía hipotéticamente más seguro frente a una subida insospechada del Euribor. Las variables eran infinitas e impredecibles. Por ello las Sentencias de la Sala Primera de 12 de noviembre de 2020 insistieron en que el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato y que en su desenvolvimiento posterior el préstamo resulte más caro que otros no suponen desequilibrio determinante de abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios. A ello añade que el TJUE había descartado que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible.

En definitiva, la referida abusividad exigiría la razonable acreditación de que la inserción de la cláusula resultaba objetivamente perjudicial para el consumidor, en función de las circunstancias económicas específicamente pactadas en aquel momento, sin que pueda fundarse en una valoración meramente presuntiva acerca de lo que el consumidor hubiera hecho de haber conocido la ulterior evolución del Índice o de su comparación con el Euribor. Por ello la Sala Primera del Tribunal Supremo va a considerar, por un lado, que la cláusula no implicaba desequilibrio económico alguno entre las prestaciones de las partes en el momento de concertarse el contrato[36] y, por otro lado, que superaría el test de expectativas contractuales que el consumidor pudiera llevar a cabo en relación con el pacto suscrito.

Adicionalmente, tal y como sancionan las Sentencias de la Sala Primera de 12 de noviembre de 2020 en términos ampliamente argumentados en la precedente STS 669/2017 de 14 de diciembre de 2017, hay un dato decisivo que arrumbaba apriorísticamente la posible abusividad de la cláusula y que, como veremos, va a ser plenamente asumido por el TJUE al resolver las últimas cuestiones prejudiciales planteadas. No puede considerarse contraria a la buena fe contractual la utilización de un Índice que incluso era recomendado por la Administración encargada de supervisar la actividad de las entidades de crédito[37], es decir por el Banco de España. Y, por la misma razón, no puede considerarse apriorísticamente desequilibrada una cláusula que no hace sino seguir las recomendaciones de tal Administración a la que, en su caso, de haber llegado a posibilitar con la recomendación de utilizar el IRPH Cajas un resultado perjudicial para el consumidor debía responsabilizarse y no a las entidades que asumieron

sus recomendaciones. En aquel momento al realizar la Sala Primera del Tribunal Supremo el juicio de abusividad de acuerdo con los parámetros del TJUE, consideró que el ofrecimiento por la entidad bancaria de un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, no podía vulnerar por sí mismo la buena fe. Idea que va a tener un reflejo evidente en la ulterior doctrina del TJUE y que, por ello, se va a recoger en los pronunciamientos finales de la Sala Primera contenidos en las Sentencias 42, 43 y 44/2022 de 27 de enero.

Finalmente, la Sala Primera también recordó que no se había justificado que el índice IRPH, fiscalizado como estaba por la Administración pública, fuera más fácilmente manipulable que el resto de los índices oficiales. De hecho, el Euribor, índice cuya aplicación solicitaban los prestatarios, y que a pesar de ello de nuevo va a asumir el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número 38 en su Sentencia de 20 de enero de 2022, se calcula por una entidad privada (EMMI)[38] siendo cierto que en los últimos años la Comisión Europea ha impuesto fuertes sanciones por la manipulación tanto del Euribor como del Libor.

VIII. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS POR LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 38 DE BARCELONA (C-655/2020) Y NÚMERO 3 DE IBIZA (C-79/2021)

Mediante Autos de 2 de diciembre de 2020 y 5 de mayo de 2021 los Juzgados de Primera Instancia número 38 de Barcelona y número 3 de Ibiza, plantean diversas cuestiones prejudiciales con las que ya se había amenazado tras los últimos pronunciamientos de la Sala Primera.

De esta manera, por referencia al primero de ellos es lo cierto que su titular reitera determinadas cuestiones por considerar que persistían dudas sobre la aplicación del Derecho de la Unión que, a su juicio, la STJU de 3 de marzo de 2020, recaída en el mismo asunto principal Gómez del Moral Guasch, no había diluido.

Resumidamente expresadas tales cuestiones prejudiciales tenían el siguiente contenido: (1) ¿Resulta conforme al derecho de la Unión que el contrato no incorpore la definición completa del IRPH, así como un folleto que recoja su anterior evolución? (2) La publicación del IRPH ¿salva su transparencia? (3) Es contrario al efecto disuasorio que tras la falta de transparencia se efectúe un juicio de abusividad. (4) Es contrario a la Directiva que el juez nacional, declarada la abusividad de la cláusula, no ofrezca al consumidor optar por la nulidad del contrato o por integrar la cláusula. (5) Es contrario a la Directiva que declarada la nulidad de la cláusula IRPH Cajas se sustituya por el IRPH entidades de crédito.

(6) Es contrario al derecho de la Unión el que declarada la nulidad no se reintegren al consumidor la totalidad de las cantidades indebidamente percibidas.

Realmente resultaba de interés la respuesta a las cuestiones primera a tercera pues las restantes contenían una petición de principio ya que partían de la nulidad de la cláusula IRPH. No obstante, las respuestas del TJUE a algunas de ellas tienen también gran interés.

El planteamiento del Juzgado de Ibiza contenía hasta dieciséis cuestiones prejudiciales, todas ellas resueltas también mediante Auto de 17 de noviembre de 2021, si bien la solución dada se fundaba en las mismas consideraciones que las referentes a las del Juzgado de Barcelona por lo que analizaremos específicamente estas.

En todo caso es oportuno reseñar que, a la vista de tales planteamientos la Sala Primera, decidió la suspensión de la tramitación de los recursos que afectaban al IRPH a la espera de la nueva decisión del TJUE.

IX. LOS AUTOS DEL TJUE DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2021

A mi juicio los referidos autos despejan definitivamente toda duda sobre la virtualidad de la utilización del IRPH Cajas si bien lo hacen dentro del ámbito de decisión que corresponde al TJUE, respetuoso a su vez con la singular competencia del Tribunal nacional a la hora de valorar la transparencia y abusividad por referencia al caso concreto para lo que, sin embargo, ofrece pautas aclaratorias. Tal margen de decisión sigue siendo utilizado, como veremos, para continuar afirmando lo que el TJUE no afirma, es decir para obviar las pautas a las que el tribunal nacional debiera atenerse conforme a los autos que pasamos a comentar.

En este sentido, a la hora de responder a las dos primeras cuestiones nos dice el TJUE en el punto 53: «De lo anterior se deduce que procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que el artículo 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que *permiten al profesional no incluir en tal contrato la definición completa del índice de referencia* que sirve para calcular un tipo de interés variable o *no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice*[39], por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial…». Tal precedente resulta determinante para concluir que ello debe permitir a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender el funcionamiento del modo de cálculo de tal índice.

En este punto cabe hacer un inciso: la pauta de diligencia que tradicionalmente asumía el ordenamiento jurídico español, constituida por la del buen padre de familia, fundamentalmente encaminada a la tutela del grupo familiar y a sus relaciones personales, hace tiempo que se ha sustituido por una diligencia alternativa específicamente encaminada a valorar los aspectos patrimoniales de su actuación obviándose la caduca referencia familiar. Es desde esta nueva perspectiva —estamos en el siglo XXI— desde la que debe apreciarse la diligencia de quien concierta el contrato más relevante de su vida patrimonial.

Respecto de la cuestión Tercera, en la que insistentemente se había enrocado el Juzgado de Barcelona, se concluye (punto 37) que la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere, por sí sola, carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13. Es preciso ulteriormente el control de su abusividad.

La respuesta a la cuestión Quinta es a mi juicio decisiva. En los puntos 56 y siguientes se diluye, ya sin duda alguna, el carácter abusivo de la cláusula IRPH al decir el primero de ellos lo que desde un primer momento nos venía argumentando la Sala Primera del Tribunal Supremo. Se afirma en este punto 56: «De ello se deduce que, en la medida en que el órgano jurisdiccional remitente confirme que el IRPH Entidades se basa en una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio en el sentido de esta jurisprudencia, dicho índice está comprendido en la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 y, por tanto, queda fuera del ámbito de aplicación de esta». En definitiva, axiomáticamente diríamos no cabe valorar la hipotética abusividad del Índice refrendado por una disposición del Derecho nacional, como era el caso.

Ratifica el punto 57 que una cláusula contractual que incorpore un índice de este tipo no puede ser objeto de control respecto a su carácter supuestamente abusivo, ya que «refleja un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos establecido por el propio legislador (véase, en este sentido, la Sentencia de 9 de julio de 2020, Banca Transilvania, C-81/19, EU:C:2020:532, apartado 27)».

Finalmente, el punto 58 concluye la posibilidad de sustituir el índice abusivo —en el supuesto de que lo fuera— por otro índice legal siempre y cuando «el índice sustitutivo refleje efectivamente una disposición supletoria de carácter legal». Ello determinaría, en último caso, la aplicación del IRPH entidades de crédito en los términos que ya había asumido el TJUE en su Sentencia de 3 de marzo de 2020.

La respuesta a la hipotética cuestión prejudicial sexta reitera la posibilidad de sustituir la cláusula hipotéticamente nula «por una disposición supletoria de Derecho nacional».

X. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 42, 43 Y 44/2022 DE 27 DE ENERO

Como no podía ser de otra manera las primeras sentencias del Tribunal Supremo recaídas tras los Autos del TJUE de 12 de noviembre de 2021, confirman que la inclusión de la cláusula de revisión del interés de los préstamos hipotecarios referenciada al IRPH Cajas resultaba, por un lado, transparente y, por otro, se concluía que era apriorísticamente imposible considerar su abusividad dada la intervención de la Administración en su aplicación. Lo hace con fundamento en las matizaciones introducidas en tal sentido por los referidos Autos del TJUE y que, en definitiva, acogen todo el caudal argumental precedente que hemos ido exponiendo en las anteriores páginas. Ello hace que no tenga sentido reiterar una argumentación ya efectuada y que se nutre de cuanto ya se expuso en las previas sentencias de la Sala.

De esta manera, tras subrayar que una hipotética falta de trasparencia —que no era el caso— abriría necesariamente el paso a un juicio de abusividad, la Sala Primera rescata los dos parámetros de transparencia de este tipo de cláusulas, contenidos en la anterior STJUE de 3 de marzo de 2020. Según el primero de ellos, la publicación del IRPH en el BOE permitía al consumidor medio comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, de modo que esa publicación salvaba, para todos los casos, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del IRPH en los términos apuntados por los Autos de 17 de noviembre de 2021.

El segundo parámetro de transparencia establecido por el TJUE consistía en analizar la información que la entidad prestamista hubiera facilitado al prestatario sobre la evolución pasada del Índice. Recordemos que la omisión de la información sobre la evolución del Índice los dos años anteriores a la suscripción había sido inconsistente causa de obviar la transparencia en la STJUE de 3 de marzo de 2020.

En este sentido recuerda la Sala Primera que esta obligación de información ha sido matizada de forma significativa por los autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021 —diluyendo la absurda exigencia reglamentaria que anteriormente sirvió para considerar la falta de transparencia— de forma que tal y como se apuntaba en el punto 34, anteriormente transcrito, se acepta que la entidad de crédito no hubiera entregado al consumidor, antes de la celebración del contrato, un folleto informativo que recogiera la evolución anterior de ese índice. Y ello por la sencilla razón de que la información relativa al mencionado índice había sido objeto de publicación oficial fácilmente accesible a un consumidor razonablemente atento.

Adicionalmente, aún en la hipótesis de que se siguiera considerando que la ausencia de información directa sobre la evolución pasada del IRPH pudiera determinar su falta de transparencia, ello no suponía su nulidad automática, como insistentemente pretendía la cuestión prejudicial planteada y en su momento la comentada SAP de Álava de 14 de mayo de 2020, sino que abría el paso al ulterior control de abusividad. Y en este sentido, ante el ofrecimiento por la entidad bancaria de un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, se concluye tal y como apuntaba el TJUE que tal proceder no podía vulnerar por sí mismo la buena fe. Máxime cuando el Gobierno central y varios Gobiernos autonómicos habían venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación de viviendas de protección oficial, por lo que resulta ilógico considerar como actuación contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a préstamos concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial. Ello determinaba que por aplicación del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 fuera tema que quedaba al margen de su valoración como abusivo.

Se reconocía igualmente que, desde el punto de vista del desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, a valorar en el momento de suscripción del contrato, la evolución más o menos favorable del índice durante la vida del préstamo no podía tener relevancia alguna a estos efectos. Es decir, el hecho de que en su desenvolvimiento posterior el préstamo resultara más gravoso que otros no suponían el desequilibrio determinante de abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios y el TJUE había descartado reiteradamente que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible.

Finalmente, la Sala Primera también argumentaba que no existía justificación alguna de que el índice IRPH, fiscalizado en todo caso por la Administración pública, concretamente por el Banco de España, fuera más fácilmente manipulable que el resto de los índices oficiales.

XI. EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE FEBRERO DE 2022

El Auto de la Sala Primera del pasado 15 de febrero resuelve un recurso de revisión formulado contra la imposición de costas derivada del desistimiento de un recurso de casación que se había interpuesto por el prestatario consumidor a propósito de una sentencia de la Audiencia de Tarragona afectante al IRPH. Dictadas las conocidas sentencias de la Sala era evidente

que el recurso estaba abocado al fracaso lo que legitimaba la exoneración de las costas impuestas con ocasión de tal desistimiento.

La relativa relevancia de tal Auto deriva de que parece haber sido el detonante de la interposición de una querella contra los magistrados de la Sala, impecables en su quehacer tanto en esta como en anteriores actuaciones vinculadas con el tema, pues su obsceno mentor ha llegado a afirmar que ello supone «incentivar de forma masiva a todos los consumidores a no presentar recursos de casación contra el IRPH». Supone, ciertamente, el fin del «negocio» de forma que el esperpento de su conducta es infinito pues la queja deriva de la exoneración de costas al consumidor: la alternativa incentivadora de tales recursos sería para el querellante que en todo caso le fueran impuestas las costas al consumidor. En todo caso la disparatada querella debiera ir dirigida ahora contra el TJUE y contra los mentores de su Sentencia de 3 de marzo de 2020 así como los autores de los Autos de 17 de noviembre de 2021.

XII. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 38 DE BARCELONA DE 20 DE ENERO DE 2022

El titular del Juzgado número 38 se adelanta al dictado de la sentencia del Tribunal Supremo y, como era de esperar, efectúa una particular lectura del Auto del TJUE de 17 de noviembre de 2021. Lo hace en su Sentencia de 20 de enero de 2022 recaída en el procedimiento en el que se planteó la cuestión prejudicial resuelta por el TJUE en el referido Auto de 17 de noviembre de 2021 dimanante de un procedimiento ordinario cuya demanda se había planteado en abril del año 2017.

Toda vez que, previsiblemente, habrá sido objeto de Recurso de Apelación, no es esta sede propicia para interferir en tal debate por lo que me limitaré a efectuar una serie de apreciaciones sobre el contraste entre su argumentación y la vigente doctrina del TJUE.

La sentencia decide que la cláusula no supera el control de transparencia, por considerar que así lo había dicho la Sala Primera del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 12 de noviembre de 2020 —argumento ciertamente insólito conocido su rechazo a cuanto emana de dicha Sala— y porque no se había informado al consumidor sobre la evolución del IRPH en los dos años anteriores a la firma. A tal efecto reinterpreta la STJUE de 3 de marzo de 2020 y descarta la relevancia de la publicación del índice en el BOE unida a la ausencia de otras informaciones. Me limitaré a concluir que, por no convenir a su discurso, margina las aclaraciones que el propio TJUE hace en el Auto de 17 de noviembre de 2021, a él dirigidas pues trae causa de su planteamiento de las nuevas cuestiones prejudiciales. Basta con

contrastar tal argumentación con el anteriormente y transcrito punto 34 del referido Auto[40].

Posteriormente, tras concluir la falta de transparencia, realiza el juicio de abusividad basado en la ausencia de buena fe de la entidad prestamista al no informar al prestatario de acuerdo con la normativa entonces vigente teniendo en cuenta además que su aplicación ha llevado a que el índice sea siempre superior al del mercado. De ello se extrae la consecuencia de que el índice pactado es esencial y su eliminación implica que no pueda subsistir el préstamo, por lo que el juez debe sustituir la cláusula por otra supletoria de derecho nacional. Para su sustitución es necesario el beneplácito previo del consumidor y, en caso de que no se alcance acuerdo entre las partes, no es posible aplicar la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 porque no era esa la voluntad del legislador al dictarse la norma. Por esta razón la sentencia sustituye el IRPH por el Euribor.

Y alcanza esa conclusión, pese a la claridad del punto 66 de la STJUE de 3 de marzo de 2020, luego ratificada por el Auto de 17 de noviembre de 2021, en cuya virtud se decía: «En este contexto, en el supuesto de que el juzgado remitente constatara, en primer lugar, el carácter abusivo de la cláusula controvertida; en segundo lugar, que el contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal no podría sobrevivir sin tal cláusula, y, en tercer lugar, que debido a la anulación del contrato el demandante en el litigio principal quedaría expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio».

Efectivamente, en el punto 67 del referido Auto, le dijo el TJUE: «Pues bien, en el presente asunto, la premisa en la que se basa la sexta cuestión prejudicial es precisamente que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no puede subsistir sin la cláusula controvertida que fija el tipo de interés variable y determina la remuneración del préstamo. Sería contradictorio con esta premisa considerar que ese contrato de préstamo hipotecario pudo producir sus efectos durante todo el período anterior a la adopción del índice sustitutivo en el año 2013 sin que el préstamo fuera remunerado mediante intereses. El reemplazo previsto por la jurisprudencia antes citada implica, por tanto, que la cláusula abusiva inaplicada quede sustituida por la disposición nacional supletoria en la fecha de celebración del contrato».

Y se concluye afirmando en el punto 68: «Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la sexta cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación en la que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva

y la anulación del contrato en su conjunto deja al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, el juez nacional puede subsanar la nulidad de dicha cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional, debiendo producirse la aplicación del tipo resultante del índice sustitutivo desde la fecha de la celebración del contrato».

XIII. CONCLUSIONES

I. Tras más de cuatro años de incesantes y numerosísimos conflictos, alentados por una acrítica publicidad engañosa, el debate está concluido si bien algunos de sus interesados autores parecen querer llevarlo aún más lejos. Ello ocurrirá, a mi juicio, ahora ya al margen de toda razonabilidad jurídica. La utilización de la cláusula que contenía para la revisión de los intereses en préstamos hipotecarios el IRPH Cajas no es contraria al derecho de la Unión. Así lo había concluido el TJUE en su Sentencia de 3 de marzo de 2020 que ha matizado, abundando en esa misma línea, en los Autos de 17 de noviembre de 2021. A resultas de ellos se han dictado las Sentencias de la Sala Primera de 27 de enero de 2022 que cierran el paso a cualquier polémica ulterior.

II. De esta manera debe concluirse que el IRPH supera, en el sentir del TJUE, los dos niveles de control que deben valorarse para considerarlo acomodado al derecho de la Unión. Por un lado, el control de trasparencia material que se extrae, axiomáticamente nos dicen, de su constante publicidad accesible para comprender su funcionamiento por cualquier consumidor razonablemente atento y perspicaz que quisiera consultarlo. Por otro, en parecida línea, se concluye que no puede imputarse un déficit de buena fe a las entidades de crédito que no hicieron sino utilizar un Índice con publicidad y pleno refrendo por parte de las Administraciones nacionales competentes y que, precisamente ante el hecho de su incorporación al derecho nacional, debe quedar al margen del control de abusividad (art. 1, apartado 2, de la Directiva 93/13).

III. Todo lo demás resulta accesorio para la solución finalmente adoptada si bien, una vez, mas, debe ponerse en valor el proceder de la Sala Primera, siempre tuitiva del consumidor cuando los derechos derivados de las Directivas europeas se quebrantan, que no era el caso como ya intuyó en la Sentencia de 669/2017 de 14 de diciembre. Y en esta línea es de subrayar el pleno respeto de la Sala a los ulteriores condicionantes surgidos del TJUE —que otros operadores solo aceptan cuando a su discurso conviene— que obligaron a rectificar parcialmente su inicial pronunciamiento en materia de trasparencia del Índice. Este, como sabemos, fue desvirtuado por la STJUE de 3 de marzo de 2020 aunque finalmente tal conclusión, fundada en la

irrelevante Orden de 5 de mayo de 1994, ha quedado totalmente diluida, por olvidada, en los Autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021 donde este se ha hecho eco de cuanto, en un momento inicial, mucho más adecuadamente, la Sala Primera ya había sancionado.

IV. En este momento final debe también resaltarse la paradoja propiciada por el hecho de que tal rectificación haya venido alentada por el Tribunal nacional que frontalmente se ha venido oponiendo a cuantas decisiones emanaban de la Sala Primera y que, en este momento final, de distinta manera a como siempre procedió la Sala, ha evidenciado en su último pronunciamiento un escaso respeto por el TJUE en quien tan ilusoriamente confiaba.

De las mercantilizadas entidades de litigación, así como de su postrera y desbocada huida hacia adelante, mejor ya no hablar.

BIBLIOGRAFÍA

BALLUGERA, C. Los recursos de casación del Supremo sobre el IRPH generan serias dudas y apuntan a que el TJUE tendrá que resolverlas, *Confilegal*, 16 de noviembre de 2020.

FENOY PICÓN, N. El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del TJUE, de la doctrina científica española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *ADC*, 71, 2018.

PANTALEON PRIETO, F. Transparencia material y cláusulas accesorias predispuestas, *Almacén de Derecho* de 23 de febrero de 2020; La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la cláusula IRPH: 12 comentarios a vuelapluma, *Almacén de Derecho* de 4 de marzo de 2020; De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, *Almacén de Derecho* de fechas 22 de marzo, 6 de abril y 19 de abril de 2020; Implicaciones económicas de la cláusula IRPH, *Almacén de Derecho* de 26 de septiembre de 2020.

— en el *Almacén de Derecho*.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. Las cláusulas abusivas por defecto de transparencia, Thomson-Aranzadi 2004. También del mismo autor *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*», 2.ª ed., Tirant lo blanc 2017 y, recientemente El devenir de la cláusula IRPH tras la STJUE de 3 de marzo de 2020, *Diario La Ley* de 4 de septiembre de 2020.

PLAZA PENADES, J. Luces y sombras de la Sentencia del Tribunal Supremo sobre la validez del IRPH: *Diario La Ley* 21 de diciembre de 2017.

SEGURA MOREIRAS, A. y SUÁREZ DE PUGA, E. *Almacén de derecho*, 22 de noviembre de 2020.

NOTAS

[1] Hemos de considerar dramático para los consumidores que se haya constituido, o esté en trámites de hacerse, una «Plataforma de Afectados por A. Asociados» quienes dicen desconocer las condiciones de las hojas de encargo en su día suscritas. Y ello por su falta de transparencia y abusividad ya declarada por la SAP de Segovia de 21 de enero de 2020.

[2] El punto 34 de tal Auto expresamente omite ahora la necesidad de «entregar al consumidor, antes de la celebración del contrato, un folleto informativo que recoja la información anterior de dicho Índice».

[3] Todas ellas comparten un Voto particular individual. A mi juicio, respetuoso para con el disidente, no debiera haberse emitido tal voto pues además de resultar escasamente solidario con el sentir de la abrumadora mayoría en un tema tan sensible priva a la sentencia de la deseable unanimidad alentando la persistencia de un debate sin duda ya cerrado. Por otro lado, como más adelante exponemos, no añade argumentalmente nada nuevo a lo ya dicho en términos que pudieran justificar su existencia.

[4] Como veremos se trata de que, conforme al anexo VI de la Circular 8/1990, entre los elementos mínimos que debían figurar en los folletos de préstamos sobre los préstamos hipotecarios, con relación al Índice de interés variable, debiera estar «su último valor disponible y la evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales».

[5] Para discrepar de las argumentaciones que criticaban la solución del Tribunal Supremo es imprescindible la lectura de las numerosas entradas de PANTALEÓN PRIETO, F. en el *Almacén de Derecho*. En cuanto vinculadas con el tema que nos ocupa me limitaré a señalar «Transparencia material y cláusulas accesorias predispuestas», 23 de febrero de 2020; La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la cláusula IRPH: 12 comentarios a vuelapluma, 4 de marzo de 2020; también las tres entradas sobre «De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente», de fechas 22 de marzo, 6 de abril y 19 de abril de 2020 y finalmente «Implicaciones económicas de la cláusula IRPH» de 26 de septiembre de 2020. No es posible tener una opinión cabal e informada del tema sin su lectura. Apuntaré finalmente que es quien con minucioso y estudiado detalle ha reforzado gran parte de la argumentación que finalmente sostiene la solución propiciada por la Sala Primera.

[6] En el mismo sentido, también referidas a cláusulas suelo SS. Tribunal Supremo 138/2015 de 24 de marzo, 222/2015 de 29 de abril, 334/2017 de 25 de mayo y 367/2017 de 8 de junio.

[7] Mas cabalmente la STS (Pleno) 171/2017 de 9 de marzo, recondujo, como era lógico, la valoración de la transparencia material —comprensión por el prestatario de las consecuencias económicas del contrato—a un análisis individual de las circunstancias concurrentes en la concertación del préstamo. Solución teóricamente adecuada pero que en la práctica determinó la caótica realidad de los Juzgados de cláusulas suelo imposibilitados de valorar contradictoriamente, con plenitud probatoria, los miles de supuestos planteados y donde se estiman, tardíamente —de aquí la persistencia de la oposición a las demandas por las entidades de crédito—, la totalidad de las demandas presentadas. Para ese viaje hubiera sido mejor no utilizar alforjas.

[8] Sobre este tema, y la identidad falta de transparencia-abusividad, puede verse ampliamente, en un primer momento, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. *Las cláusulas abusivas por defecto de transparencia*, Thomson-Aranzadi 2004. También del mismo autor *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, 2.ª ed., Tirant lo Blanc 2017 y, recientemente El devenir de la cláusula IRPH tras la STJUE de 3 de marzo de 2020, *Diario La Ley* de 4 de septiembre de 2020.

Verdaderamente ilustrativo resulta el trabajo de FENOY PICÓN, N. El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del

TJUE, de la doctrina científica española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *ADC*, 71, 2018.

[9] Básicamente se fundan en los argumentos del Voto particular entonces emitido, con continuidad/identidad, por ejemplo, en el comentario sobre «Luces y sombras de la Sentencia del Tribunal Supremo sobre la validez del IRPH: el voto particular» de PLAZA PENADÉS, J. *Diario La Ley* 21 de diciembre de 2017.

[10] Efectivamente el apartado 28 del Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona distorsiona la realidad de lo dicho por el Tribunal Supremo afirmando, a propósito de la procedencia de valorar el que deba «ser en todo caso comprensible para el consumidor» y que por tanto «no le es aplicable la excepción del artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE» que «en sentido contrario resuelve recientemente el Tribunal Supremo en fecha 14 de septiembre de 2017».

[11] Es oportuno recalcar que la detalladísima exposición argumental que ofrecía el Auto de 16 de febrero de 2018 sobre la información a proporcionar por la entidad de crédito, si bien hacía referencia a la necesidad de explicar el funcionamiento pasado y el previsible funcionamiento futuro, en ningún caso hacía específica mención a la necesidad de que el folleto incorporara la información de la evolución en los dos años anteriores a la concertación del préstamo que luego sirvió al TJUE para, tras esbozar su eventual incumplimiento, apuntar a una eventual falta de transparencia material en la concertación de estos préstamos.

[12] La Sala Primera (F. de D. TERCERO.1 de la STS 597/2020, por ejemplo) considera, y detalladamente justifica, que «la cuestión prejudicial antes mencionada trasladó erróneamente al TJUE el sentido de la jurisprudencia de la Sala…».

[13] Exigencia desaparecida, como es sabido, en la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, de trasparencia y protección del cliente de servicios bancarios que reguló la FIPRE (ficha de información precontractual) y la FIPER (ficha de información personalizada) por considerar sin duda irrelevante tal información.

[14] No me extenderé en las observaciones de la Comisión, suscritas en calidad de agentes por D. Napoleón RUIZ, D. Julio BAQUERO y D.ª Celine VALERO, partidarios de soluciones drásticas —nulidad total de la cláusula de intereses— pero que, ante los perjuicios que pudiera dar lugar al consumidor la obligada nulidad de un contrato sin precio, apuntan una irrisoria solución: que las partes, de buena fe, en negociación individual —cientos de miles de negociaciones— «se pongan de acuerdo sobre un índice sustitutivo y con plena restitución de las cantidades impagadas». Criterio que va a asumir la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona de 20 de enero de 2022.

[15] Quizás este Abogado General había tomado conciencia de donde conducían los excesos en el entendimiento de los mantras de nuestro tiempo —la trasparencia material y sus colaterales—. Lo apreció cuando la Gran Sala le recordó en la STJUE de 26 de marzo de 2019 como debe valorarse la continuidad de los contratos de préstamo hipotecario tras la supresión de la cláusula nula de vencimiento anticipado, en la cual fue frontalmente desautorizado.

Sobre el tema puede verse mi entrada en el *Almacén de Derecho* de 13 de septiembre de 2019 titulada «El Informe Szpunar sobre el IRPH».

[16] En la misma línea se manifiestan las Observaciones del Reino Unido en el punto 17 donde se concluye a propósito de la cláusula discutida que «se puede asumir de forma razonable que el consumidor medio comprende los efectos del interés variable y las consecuencias económicas que supone para él en lo que respecta a la amortización del préstamo hipotecario». Y añade, sin que le falte razón, que «un mayor grado de detalle no ayudaría al consumidor de forma eficaz y significativa y podría aturdirlo y confundirlo en el momento de tomar la decisión…». En esta línea la propia Circular del Banco de España 5/1994 de 22 de julio, apunta con carácter general que «4. Las tarifas se recogerán en un folleto que se redactará de forma clara, concreta y fácilmente comprensible para la clientela, evitando la inclusión de conceptos innecesarios o irrelevantes».

[17] La valoración crítica de la sentencia puede verse en el «Comentario de Javier ORDUÑA a la STJUE de 3 de marzo de 2020: un paso más hacia la consolidación de la transparencia como principio o valor general de la contratación predispuesta», autolaudatorio de su voto particular, incluido en el Dosier de Thomson Reuters, marzo de 2020 titulado «Francisco Javier Orduña analiza la sentencia del TJUE sobre el IRPH». Difícilmente rebatibles son, sin embargo, en sentido contrario, la mayoría de los comentarios de PANTALEÓN PRIETO, F. «La sentencia del Tribunal de Justicia… *cit.*, *Almacén de Derecho* de 4 de marzo de 2020.

[18] Esta referencia a la «ausencia de información» sirve al voto particular de las Sentencias de 12 de noviembre para asumir tanto la falta de trasparencia como su abusividad.

[19] Trato con cierta exhaustividad tales pronunciamientos en mis entradas de el *Almacén de Derecho* sobre «Nuestras Audiencias y el IRPH tras la STJUE de 3 de marzo de 2020», I y II de los días 19 de mayo y 9 de junio de 2020.

[20] Concluye el Auto núm. 66/2020 de 14 de julio, de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Cataluña diciendo que: «A los mencionados efectos, consideramos que la forma de actuar del bufete de abogados querellante constituye una instrumentalización intolerable del proceso penal en general y de la acción popular en particular que conculca las reglas de la buena fe procesal y degrada a la Administración de Justicia, al lanzar una infundada y frívola acusación por prevaricación contra los tres integrantes de una Sección de la Audiencia Provincial de Barcelona con el propósito de prevenir el efecto que pudiera tener su sentencia en otros procesos similares pendientes o futuros, según se adivina por la tendenciosa difusión pública de su acción penal propiciada directamente por el bufete de abogados querellante». Por ello se impone una multa de 3000 € —hay otros dos autos del TSJ Cataluña con la misma multa— al querellante que el Auto de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid eleva a 6000 € por considerar que «su actuación ha conculcado las reglas de la buena fe procesal incurriendo en un manifiesto abuso de derecho».

[21] Por ejemplo, Sentencia de 23 de abril de 2020 de la Sección 5.ª de la Audiencia de Sevilla; Sentencia de 11 de mayo de 2020 de la Sección 3.ª de la Audiencia de Granada y Sentencia de 4 de mayo de 2020 de la Sección 2.ª de la AP de Huelva.

[22] Sentencia de 30 de abril de 2020 de la Sección Octava de la Audiencia de Alicante y Sentencia de 11 de marzo de 2020 de la Sección Primera de Audiencia Provincial de Tarragona; Sentencia de 1 de junio de 2020 de la Sección 9 de la Audiencia Provincial de Valencia.

[23] Su precedente constituido por la SAP de Málaga de 21 de abril de 2020, apenas razona la solución a la que un tanto apodícticamente accede.

[24] Desde el ámbito consumerista se escucharon numerosas voces que propiciaban la necesidad de acudir de nuevo al TJUE como hicieron los titulares de los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona núm. 38 e Ibiza núm. 3, objeto de ulterior comentario. Se cuestionaba la comprensibilidad por el consumidor «razonablemente atento y perspicaz» del funcionamiento del Índice; se afirmó (BALLUGERA, Carlos) que el Tribunal Supremo debiera haberse limitado a asumir la nulidad de la cláusula ya decidida con efectos ultra partes por la Sentencia del Juzgado Mercantil 1 de Vitoria el 11 de marzo de 2016; que imperativamente el diferencial del IRPH debiera ser negativo conforme a la Circular 5/1994; que resulta «esperanzador» el voto particular emitido, etc., etc. Todo ello se refleja con detalle en la entrada «Los recursos de casación del Supremo sobre el IRPH generan serias dudas y apuntan a que el TJUE tendrá que resolverlas» *Confilegal*, 16 de noviembre de 2020.

[25] No me cansaré de comentar que la Sala Primera resulta siempre mucho más acertada en la aplicación a la realidad española de las reglas de consumo a como lo hace el TJUE, aunque se le deba a este el respeto que el artículo 4 bis LOPJ obliga.

[26] Como veremos tal conclusión va a ser utilizada por el Juzgado de primera Instancia núm. 38 de Barcelona en su reciente Sentencia de 20 de enero de 2022, si bien se valora aisladamente sin tener en cuenta el conjunto argumental en que se inserta.

[27] Fungibilizó con absoluta claridad uno y otro requisito en la falta de información la SAP de Valencia de 1 de junio de 2020 de igual manera que el salto desde la falta de trasparencia a la nulidad está presente en la SAP de Tarragona de 11 de marzo de 2020 obviando que, como paso intermedio, es preciso el juicio de abusividad.

[28] Significaremos que en general, al igual que ocurría con las cláusulas suelo, se justifica esa identidad en «la alteración subrepticia del acuerdo que creía haber alcanzado a partir de la información precontractual incompleta o en una privación de la posibilidad de comparar correctamente la oferta del mercado» (PERTÍÑEZ, F. El devenir de la cláusula… *cit*), criticado por PANTALEÓN PRIETO, F. Implicaciones económicas… *cit.*), pues, efectivamente, con ello si bien se habla de dos presupuestos para acceder a la nulidad (falta de trasparencia y abusividad) en realidad se refunden en uno solo derivado de la falta de información precontractual. No debe olvidarse nunca el decisivo argumento, puesto de manifiesto también por el propio TJUE de que las mismas deficiencias, incluso aumentadas, se proyectarían sobre el Euribor. Lo recoge PANTALEÓN PRIETO, F. La Sentencia del Tribunal de Justicia… *cit.* En su comentario tercero: «a nadie sensato se le ocurre que el TJUE fuera a incurrir en el monumental absurdo de imponer para la cláusula IRPH requisitos de transparencia material que no estaría cumpliendo, para empezar u coetáneamente, la cláusula Euribor».

[29] Es oportuna la referencia a la muy argumentada SAP de Álava de 14 de mayo de 2020 que, acertadamente, tras valorar la falta de trasparencia sobre unos parámetros más reales que los decididos por el TJUE y que este deriva de la irrelevante falta de integración de la conocida prescripción reglamentaria sobre la evolución del Índice los dos años anteriores, analiza la eventual abusividad de la cláusula IRPH Cajas.

[30] SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler; 20 de febrero de 2015, C-143/2013 Matei; 20 de septiembre de 2017, C-186/16, Andriciuc y 14 de marzo de 2019, C-118/2017, Dunaiy 5 de junio de 2019, C-38/17, GT.

[31] Así lo recogen las Sentencias de la Sala Primera de 12 de noviembre como ya hizo, la Sentencia 241/2013 de 9 de mayo y las ulteriores 538/2019 de 11 de octubre y 121/2020 de 24 de febrero.

[32] Expresa la STS 595/2020 (Fundamento de Derecho Séptimo.4) que la STJUE de 26 de enero de 2017 (C-421/14 Banco Primus) estableció como método de determinación de la abusividad de una cláusula de intereses remuneratorios la comparación con el interés legal, y a tal efecto nos recuerda que «el IRPH contractual estaba en la fecha del contrato en el 4,08% mientras que el interés legal estaba en el 4%».

[33] Así lo expresa la Sentencia de 14 de mayo de 2020 de la Sección Primera de la Audiencia de Álava.

[34] Resultan de gran interés las reflexiones de PANTALEÓN PRIETO, F. Implicaciones económicas… *cit.*, especialmente las contenidas en el epígrafe «Sobre la racionalidad económica de elegir el Indice IRPH en vez del Euribor». La autoría de las ideas que transcribo se nutre miméticamente de sus consideraciones.

[35] Al igual que no pocos autores, ya mencionados, y asimismo de conformidad con alguna Sala de nuestras Audiencias, el voto particular discrepante de las Sentencias de 12 de noviembre de 2020 se aferra a la misma idea: la falta de información determina no solo la falta de trasparencia sino la abusividad a la que se accede «a partir de la información sorpresiva que creía haber alcanzado a partir de la información precontractual, que resultó incompleta privándole de la posibilidad de comparar las ofertas de mercado. A la vez la falta de información sobre la evolución de tal Índice, establecido por la Administración, entiende que es determinante de la mala fe de la entidad de crédito. Tales razonamientos son a mi juicio falaces: esencialmente porque, como ya advirtió la Audiencia de Madrid en su Sentencia de 22 de mayo de 2020, el conocer la evolución del Índice en los dos años anteriores, tan solo esto exige el TJUE, para nada habría determinado una representación diferente de lo contratado y mucho menos que tras conocer tal dato pudiera compararlo con la evolución de otros índices que no se le debían proporcionar. Si no había tenido la

elemental prevención de conocer/preguntar por la evolución del Índice que iba a contratar mucho menos la tendría para conocer la evolución de Índices alternativos. En definitiva, la mínima falta de información determinaba no solo el déficit de transparencia material sino un *deficit* «formal» de buena fe y un perjuicio para el consumidor con lo que, en definitiva, se identifica absolutamente falta de transparencia y abusividad mimetizando la solución que, por otras razones, acaeció en materia de cláusulas suelo.

[36] A propósito de tal desequilibrio se apuntó (SEGURA MOREIRAS, A. y SUÁREZ DE PUGA, E. *Almacén de derecho*, 22 de noviembre de 2020) que no era posible controlar el eventual desequilibrio de derechos y obligaciones en relación con la cláusula litigiosa, solo posible en el marco de las prestaciones accesorias pues ante la libertad de mercado no hay derecho supletorio que ampare tal contraste poniendo igualmente de relieve la inviabilidad de realizar un contraste de precios por parte de los Tribunales. El argumento, un tanto efectista, no resulta admisible para los críticos de la solución dada por la Sala Primera pues, sin acudir a derecho dispositivo alguno, el contraste —imposibilitado por la falta de transparencia— debiera efectuarse con otros índices.

[37] Por ello nos dijo la Sala Primera, que «tanto la Administración General del Estado como diversas Administraciones autonómicas han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación protegida destinada a la adquisición de viviendas de protección oficial, en el que el grado de intensidad de protección del consumidor se incrementa en atención al ámbito subjetivo de los beneficiarios que pueden acceder a dicha financiación. Por lo que resulta ilógico considerar como una actuación contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a contratos de préstamo hipotecario concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial».

[38] No está de más recordar que el IRPH resultaba mucho más comprensible que el Euribor. El Euribor (acrónimo de Euro Interbank Offered Rate), refleja el tipo de interés al que un prime bank estaría dispuesto a prestar fondos a otro prime bank. Este índice se calcula a partir de las cotizaciones proporcionadas por un grupo o panel de bancos contribuidores y su gestión/administración se lleva a cabo por la European Money Markets Institution («EMMI»). El Euribor no responde, pues, a transacciones efectivas sino a variables mucho más complejas y mucho más alejadas del control por los consumidores y por los Tribunales.

[39] El subrayado es nuestro.

[40] Recordemos su contenido: «*…deben interpretarse en el sentido de que permiten al profesional no incluir en tal contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular un tipo de interés variable o no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice».*

(Trabajo recibido el 31 de diciembre de 2021 y aceptado para su publicación el 4 de abril de 2022)

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

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

por

IÑIGO MATEO VILLA

Registrador de la propiedad. Doctor en Derecho.
Profesor de la Universidad internacional de La Rioja

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

---

* Este trabajo constituye la segunda 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 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), concedido por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada. El artículo originalmente premiado ha sido partido y reducido para adaptarlo a las exigencias editoriales, enriqueciéndose con reflexiones, propias y ajenas, posteriores

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. *RES DUBIA IURIDICA*.—II. OBLIGACIÓN O FACULTAD.—III. INHIBICIÓN.—IV. REGISTRADORES TITULARES, SUSTITUTOS, INTERINOS, EXCEDENTES Y JUBILADOS.—V. CONCILIACIÓN COLEGIADA.—VI. CONCILIACIÓN POR MEDIADOR.—VII. SOLICITUD: 1. Legitimación. 2. Contenido y forma. 3. Certificación de firma. 4. Presentación y diligencias. 5. Calificación.—VIII. DESARROLLO: 1. Oficio al destinatario. 2. Respuesta. 3. Negociación: *A) Abogado y procurador. B) Actividad desplegada por el*

---

a la concesión del premio. Puede contactar con el autor por e-mail en imateovilla@gmail.com, *Twitter*: https://twitter.com/inigo_mateo y *LinkedIn*: 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. (Segunda parte)». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. número 790, págs. 751 a 813.

registrador. C) Pruebas. D) Medidas cautelares. E) Deber de confidencialidad.—IX. TERMINACIÓN: 1. Acta. 2. Conservación. 3. Diligencias. 4. Responsabilidad del registrador.—X. CONCLUSIONES.—XI. RESOLUCIONES.—XII. BIBLIOGRAFÍA.

I. *RES DUBIA IURIDICA*

Son requisitos para que una desavenencia resulte conciliable por el registrador los siguientes: que exista una (i) relación jurídica previa a la conciliación que constituya fuente de la obligación reclamada, (ii) que la obligación reclamada conceda *actio* (*res dubia iuridica*) de manera que, de ejercerse judicialmente, resultaría admisible a trámite y, por último, que afecte a (iii) derechos disponibles[1].

La relación jurídica preexistente consiste en «una situación, relación o derecho existente» (AGUILERA, 2016: 1741-1742) sin la que no puede nacer la obligación ni la *actio* dirigida a obtener su satisfacción. Puede surgir de la ley, contrato, *cuasi* contrato, actos y omisiones ilícitos o de cualquier género de culpa o negligencia (confróntese art. 1089 CC). Es posible que la tramitación de la conciliación se solicite por razón de obligaciones de cumplimiento futuro pero que dan lugar a un litigio de presente, como es el caso de la interpretación de cláusulas dudosas, de manera que el procedimiento se dirige a su aclaración y, con ello, las partes «evitan la provocación de un pleito» (art. 1809 CC).

Para lo que haya de entenderse por *res dubia iuridica* existen dos teorías: la subjetiva, que entiende por tal la desavenencia o duda así percibidas por una o ambas partes y que, además, sea susceptible de judicializarse (*iuridica*); la objetiva, en cambio, defiende que es la incertidumbre sobre el resultado de un litigio judicializable. Aún podría sostenerse una tercera teoría, procesalista, que la equipara al litigio ya judicializado. Como cuestión previa, entiéndase por «cuestión jurídicamente dudosa» aquella que resulta incierta en su interpretación legal o en su aplicación *de facto*, al litigio de que se trate: ejemplos del primer supuesto son el alcance del derecho de transmisión (art. 1006 CC), de la fiducia *cum creditore* o del (mal llamado) derecho de retención; del segundo, los concretos bienes que deban adjudicarse en una partición a un comunero sin discusión de su derecho a una cierta cuota.

Analicemos estas teorías a la luz del procedimiento de conciliación y, más concretamente, a la vista de la calificación que haya de hacer el registrador para decidir si admite o no a trámite la que se le solicite. La teoría objetiva y, más aún, la procesalista, se presentan *a priori* como las más fiables, al no depender de la particular percepción jurídica de los litigantes pero, lo cierto, es que presenta problemas no menores. En cuanto a la primera,

(i) por falta de competencia: no corresponde al registrador identificar las normas supuestamente aplicables a un litigio sino encauzar a las partes para que alcancen un acuerdo; (ii) por imposibilidad: tanto para decidir si un precepto es jurídicamente dudoso o no —lo que exigiría una suerte de vademécum jurídico—, como para anticipar la sentencia del juez —en primera o sucesivas instancias—, lo que lleva, precisamente, a sostener que todo litigio es dudoso por serlo el contenido de la sentencia que eventualmente lo resuelva; (iii) nuevamente por incompetencia: pues aún dando por cierto que el registrador hubiera identificado la norma aplicable al litigio, interpretado esta de manera coincidente con el juez y anticipado la sentencia concreta que se dictara — ya de por sí imposible—, continúa sin ser labor del tercero auxiliar decidir el litigio sino que son las partes quienes lo hacen por sí mismas; (iv) porque mientras la tesis objetiva distingue según el litigio sea dudoso/indudable, la conciliación —en realidad, todo PERC— distingue entre litigable/no litigable, esto es, accesible o no al circuito judicial, lo que nos lleva a un argumento procesal: (v) que el hecho de que una norma no sea dudosa en su interpretación jurídica o en su aplicación práctica no impide la interposición de la demanda: así sucede habitualmente en las particiones, en que los comuneros conocen su cuota legal pero no se ponen de acuerdo en los bienes concretos que deban adjudicarse o cómo valorarlos; (vi) la necesidad de que exista duda en la interpretación legal de la norma o en su aplicación fáctica no viene exigida por ninguna norma reguladora de los PERC; (vii) porque los litigios por dudas jurídicas interpretativas son los que precisamente deberían pasar por el cedazo del circuito judicial para aclararlas, en interés de las partes y del Estado, de manera que en el futuro ya no lo sean y no constituyan un problema añadido para la resolución del litigio que exija acudir (nuevamente) al circuito judicial (sobre este asunto nos pronunciaremos en MATEO VILLA, 2022b); y ello a pesar de que los litigios jurídicamente dudosos son igualmente conciliables. En conclusión, la tesis objetiva debe descartarse por no resultar operativo el concepto de «incertidumbre» y porque, aún siéndolo, no correspondería a los registradores la competencia para su valoración. En todo caso, obsérvese que aún verificándose que no existe «incertidumbre», el litigio sería igualmente judicializable y, por ende, conciliable.

En cuanto a la teoría procesalista, o sea, la necesidad de que el litigio esté judicializado para ser considerado *res dubia*, podría apoyarse en el artículo 28 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Pero el argumento es endeble porque (i) este precepto tiene alcance exclusivamente tributario y, dentro de este, probatorio, a fin de evitar el fraude, de manera que el declarante no pase por transacción lo que, en realidad, no lo es (VIOLA DEMESTRE, 2003: 109); (ii) abundando en la última parte del argumento anterior, porque la

judicialización sería indiciaria del litigio pero no evitaría, la posibilidad de judicializaciones fraudulentas, en perjuicio de tercero; (iii) porque la exigencia de la judicialización resultaría disfuncional al (iii.a) discriminar a aquellos litigantes con menores rentas que no pudieran soportar los costes procesales o a los que no interesara litigar, comparados estos mismos costes con el valor de la acción reclamada (asunto que abordaremos en MATEO VILLA, 2022b), funcionando entonces como un «requisito de procedibilidad» extrajudicial en el sentido del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal y (iii.b) por producir el efecto exactamente contrario al perseguido por la legislación sobre PERC, a saber: la desjudicialización o, mejor aún, la no-judicialización de los litigios. En conclusión, el registrador no puede exigir como prueba indiciaria de la existencia de la desavenencia su previa judicialización.

En cuanto a la subjetiva, exige indagar en el fuero interno de las partes —su genuina creencia de que existe una desavenencia— y, por tanto, la calificación registral no le alcanza. La calificación del registrador no se dirige a la psique del solicitante —ni del destinatario— sino a su solicitud, de manera que debe limitarse a verificar que se declare la fuente de la relación que une a uno y otro, la obligación reclamada y la juridicidad de ambas. Esta postura es consistente con la práctica, así: ¿cómo prueban los comuneros que no se ponen de acuerdo en la manera de partir? De ninguna; se deduce de sus declaraciones concurrentes —por ejemplo, de la demanda presentada y su contestación— y de que la partición sigue pendiente; a contrario, ¿cómo se sabe que se han puesto de acuerdo? De la misma manera: expresando este acuerdo ora en sede judicial ora en extrajudicial. Por añadidura, no se prueba el desacuerdo, sencillamente se alega aportando la fuente jurídica de la prestación discutida: no es causa de inadmisión de la demanda la falta de prueba de los títulos alegados, cuestión que se ventilará en juicio como parte de este. Por analogía, tampoco puede calificarse negativamente la solicitud de conciliación por la falta de prueba irrebatible de la fuente o del incumplimiento de la prestación ahora reclamada. Sostener la contraria crearía una distinción no injustificada y no deseada por el legislador, donde podría admitirse la demanda judicial pero no la solicitud de conciliación. La LEC nos dice que la reclamación deberá «fundarse», esto es, razonarse, basarse, ampararse por declaración pero no probarse, rechazándose solo cuando fuera «manifiestamente infundada» —cfr., por todos, su artículo 399.3 en donde el subjuntivo «que se aporten» referido al título de las obligaciones, debe entenderse como «que el demandante considere oportuno aportar»—; tampoco es necesaria esta prueba en el allanamiento (art. 21 LEC) ni en la transacción judiciales: basta que una parte se allane para asumirse que admite la veracidad y legalidad del título jurídico alegado por la otra y su mayor razón para ganar el pleito,

fijándose como único límite el que se haga «en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero» —valoración en todo caso muy limitada si consideramos que el juez no conoce a todos los terceros posibles, quedando entonces referida a los que hubieran tomado parte del procedimiento—. Aún podemos seguir con la analogía: para la formalización de acuerdos —incluido el conciliatorio y el de transacción—, al notario simplemente se le exige recoger la voluntad declarada —véanse los artículos 17.1 párrafo II.º, 17 bis 2 a—, limitándose a comprobar («dar fe») «que el consentimiento ha sido libremente prestado» (49.1.º, 50.2 *in fine* —«se recabará de las partes su consentimiento»—, 52.3 —«recoja la prestación del consentimiento matrimonial»—, 54.1 —«prestar su consentimiento ante el Notario»—, etc.), que las partes declaran la existencia de la desavenencia y limitándose a incorporar los títulos de la fuente alegada como «exponendo», dando por cierta su existencia por simple manifestación si la otra parte así lo reconoce. DÍAZ FRAILE (2016) defiende esta teoría cuando nos dice que «esta controversia basta que sea "subjetiva", entendida como pretensión o planteamiento contradictorio entre las partes, aun carente de base jurídica objetiva (esto es, aunque resulte previsible que no vencerá en juicio lo que ya supone su judiciabilidad), según lo ha interpretado la jurisprudencia (STS de 16 de mayo de 1991 y de 13 de octubre de 1997)».

¿En qué fundamento de hecho —recuérdese que la solicitud es el único documento del que dispone el registrador para calificar— o de Derecho se amparará el registrador para sostener que la desavenencia no existe? ¿En que las partes no se han expresado con suficiente vehemencia? ¿En que existe desavenencia pero cada parte alega una distinta o no son capaces de expresarla en términos jurídicos precisos? ¿En que la desavenencia, de existir, es fácilmente solucionable? Aún podríamos ofrecer a este registrador un argumento más sobre las declaraciones recogidas: el de que el interés legítimo para solicitar certificaciones registrales —materia más grave por afectar a Derechos fundamentales cualificados— simplemente se alega, no se prueba, y, más aún, se hace con el simple rellenado de opciones limitadas. Y no se prueba porque es imposible demostrarlo (v. gr., el deseo de adquirir un inmueble o de servirse de él como garantía), de ahí que la calificación registral queda limitada a la existencia y contenido de la alegación para el caso de que el interesado rellene la casilla «otros» y siempre limitada a la solicitud presentada. Cuestión distinta de la prueba indubitada es la necesaria alegación más o menos sucinta pero en todo caso suficiente de la fuente del litigio en la solicitud de conciliación, alegación que resulta no solo necesaria sino, además, calificable por varias razones: para (i) determinar a su vez el carácter verdaderamente jurídico de la *res dubia*, para (ii) informar de ella al oficiado, para (iii) hacerla constar después en el eventual acuerdo tanto para (iii.a) establecer la conexión entre las acciones renunciadas y el derecho

a que se refieren o, en su caso, con la (iii.b) interrupción de la prescripción, pues esta alcanza únicamente a los derechos que se reclamen. En conclusión, no es necesaria la prueba del litigio —ni exigible por el registrador— sino simplemente su alegación[2].

Existe *res dubia* cuando la misma desavenencia a que se refiere la solicitud formulada ante el registrador se está tratando de resolver simultáneamente en otro PERC, incluso con otra conciliación, y ello pese a la dicción aparentemente indubitada del preámbulo LJV (VIII) («lógicamente, en todos los supuestos en los que se establece una competencia concurrente entre varios operadores jurídicos, iniciada […] una actuación por uno de ellos no será posible la iniciación […] de otro expediente con idéntico objeto ante otro») y que se refleja en el artículo 6.1 LJV sobre «tramitación simultánea o posterior de expedientes o procesos» por el que «cuando se tramiten simultáneamente dos o más expedientes con idéntico objeto, proseguirá la tramitación del que primero se hubiera iniciado y se acordará el archivo de los expedientes posteriormente incoados». Sostenemos nuestra postura contra el texto legal pero de acuerdo con el espíritu de la norma con los siguientes argumentos: (i) desde el punto de vista subjetivo, nada impide a las partes iniciar tantos PERC como consideren oportunos para superar el litigio, simultáneos o sucesivos; es, precisamente, el supuesto del artículo 36 LA en donde el acuerdo se alcanza sin la participación necesaria del árbitro y donde la formalización del acuerdo mediante laudo solo se justifica por un principio de economía procesal y formal, de manera que, aprovechando la existencia del arbitraje, se conceda al acuerdo la mayor fuerza jurídica posible (cfr. arts. 517 y 522 LEC); (ii) desde un punto de vista objetivo, el impedimento ha de buscarse en la racional gestión de los recursos públicos de manera que se inicie un solo procedimiento para un mismo conflicto. Efectivamente, los citados preceptos de la LJV están, en realidad, referidos a las conciliaciones judiciales y no a las registrales —recuérdese lo que se dijo en sobre el cambio de última hora en el principio de alternatividad (MATEO VILLA, 2022a: 61-65)—, si bien de una interpretación literal del precepto resultaría la imposibilidad de tramitar la segunda conciliación al amparo del citado artículo 6 LJV. Finalmente, también es conciliable el litigio sobre el que haya recaído sentencia que no sea aún firme (art. 1819 párrafo II.º CC)[3].

En cuanto al requisito de que la *res dubia* sea, además, *iuridica*, responde a la máxima «litigio judicializable, litigio conciliable» y viceversa, siempre en el ámbito de los derechos transmisibles. No es, pues, causa de calificación negativa de la solicitud que el registrador estime que el litigio sea jurídicamente sencillo de resolver: esta es la única postura sostenible a la luz no solo del artículo 1809 del Código Civil sino, también, de la LJV (arts. 139.1 LJV: «alcanzar un acuerdo con el fin de evitar un pleito»; 103

bis.1 LH: «alcanzar un acuerdo extrajudicial»; y, por último, 81.1 LN «alcanzar un acuerdo extrajudicial»), LM (art. 1: «solución de controversias»), LA 1988 (art. 1: «las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir») y de los anteproyectos LM y de Ley de medidas de eficiencia procesal. El objetivo de la tramitación de la conciliación es superar el litigo y no que el registrador valore la dificultad de este. De todo lo anterior resulta que no son tramitables como conciliación los asuntos en que objetiva —por inexistencia de la fuente jurídica, de la obligación reclamada o por existir laudo, sentencia o acuerdo transaccional— o subjetivamente no exista desavenencia —asunto de imposible prueba—, esta no sea jurídica o, siéndolo, no conceda acción —como quiera que resultara posible— y, por ende, no resulte judicializable. Tampoco podrá el registrador tramitar la conciliación cuando el solicitante persiga un fin inmediatamente distinto a la resolución del litigio, por mucho que se encuentre más o menos conectado con ella, como «la obtención de datos para iniciar el proceso, lo que es materia propia de diligencias preliminares […] [ni] para efectuar una simple notificación […] y ello aun cuando la jurisprudencia admite que el acto de conciliación puede utilizarse como acto de requerimiento […] [ni] para que los requeridos admitan hechos, ya sean hechos inocuos, o delictivos o infracciones administrativas que no están relacionados con el fin de la conciliación, que es servir como medio para evitar un proceso civil […] [o para] requerir por esta vía la exhibición de un documento en lugar de utilizar las diligencias preliminares» (FERNÁNDEZ GIL: 2016, 463). Existen, empero, dos supuestos dudosos: el de renuncia unilateral de acciones en que se tramita el procedimiento para comunicársela al destinatario y el de la oferta innegociable, supuestos en ambos casos caracterizados por esta innegociabilidad que, en todo caso, es aparente: si el destinatario no está de acuerdo con la oferta y, además, se le impide negociarla, simplemente la rechazará de manera que no habrá acuerdo. La transacción no exige negociación pero sí mutuas concesiones donde una de ellas debe consistir en la renuncia a la acción para satisfacer la causa de la transacción. Ni pueden exigirse a las partes más obligaciones que las expresamente previstas (cfr. art. 1089 CC) de manera que la falta de negociación no puede ser empleada para lograr la nulidad del acuerdo, ni siquiera como un indicio de la falta de desavenencia. Por añadidura, la negociación no añade necesariamente nada más al acuerdo, de suerte que lo que interesa a la LJV es el segundo y no la primera. Es significativo en este sentido que ni el artículo 36 LA, ni el 103 *bis* LH, ni los 81 y 82 LN se detengan en la negociación, que ni siquiera la mencionan, ni, especialmente, la mas detallada regulación de la judicial (cfr. art. 145 LJV); tampoco el preámbulo ni la «justificación» exigen la negociación como contenido mínimo de la conciliación. Por su parte, en la LM, son las partes las que deciden por sí mismas el contenido y alcance de

la fase negocial y, por extensión, si desean o no negociar. Parece pues que el argumento de la (aparente) innegociabildiad no impide la tramitación de la conciliación pero, en cambio, sí la falta de prestaciones recíprocas. No es, en cambio, menos cierto que sin la primera actuación del solicitante, no resultará posible al destinatario ofrecer una contraprestación a cambio de la que el solicitante le haga. Podría entonces sostenerse que el registrador debería tramitar este tipo de conciliaciones y que, además, resultan funcionales en orden a estimular la respuesta del destinatario que lleve a alcanzar un eventual acuerdo que supere el conflicto, donde con la notificación será como, precisamente, «tratará de avenirlos» (art. 103 *bis*.2 LH) al acuerdo. Por su parte, del preámbulo LJV se deduce que la notificación unilateral y la oferta cerrada son medios válidos en Derecho sustantivo y procesal para poner fin al conflicto y evitar con ello su judicialización en provecho de todos los agentes implicados, lo que, a su vez, constituye un interés jurídicamente relevante y, por ende, protegible, que justifica la actuación de la Administración pública; por último, el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal ha recogido la «oferta vinculante confidencial» que simplemente se acepta o rechaza pero no prevé el legislador que se negocie (confróntese art. 14.3). La oferta innegociable parece, pues, una cuestión resuelta en favor de la tramitación de conciliación. La renuncia unilateral de acciones plantea un problema distinto pues la innegociabilidad no es subjetiva —por voluntad del oferente— sino objetiva —consecuencia necesaria de la renuncia—, de manera que el procedimiento no serviría para alcanzar un acuerdo sino para notificar la decisión unilateral de renuncia a la acción sin, además, contraprestación alguna. En favor de sostener la tramitación de la conciliación tenemos el argumento de que la notificación cumpliría con el fin último de la conciliación, a saber, impedir el recurso al circuito judicial; en contra, que el de conciliación no es trámite para la simple notificación que no conlleve acuerdo, tarea para la que existen otras vías procesales. No podemos, pues, resolver definitivamente esta cuestión[4].

En cuanto a que el litigio lo sea sobre derechos transigibles y disponibles por las partes, la cuestión ha quedado suficientemente resulta por la doctrina para la transacción. Basten aquí, pues, unas sucintas reflexiones: «transigibles» se refiere a los litigios de la libre disposición de las partes, es decir, aquellos en que las partes pueden arreglarse por sí mismas por no tratarse de un desavenencia que exija la intervención del Estado o materias especialmente excluidas como concurso (art. 103 *bis* LH) o «estado civil, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros» (art. 1814 CC). Son en cambio transigibles las desavenencias de Derecho civil, mercantil y urbanístico (art. 103 bis LH y preámbulo LJV, *vid. supra*; «asuntos civiles o mercantiles» nos dice artículo 2 LM y el propuesto artículo 398bis.1 LEC en el Anteproyecto LM; «controversias sobre materias

de libre disposición conforme a derecho», artículo 2.1 LA, y, mejor aún, el igualmente propuesto artículo 6.1 LM por el mismo anteproyecto que por su interés transcribimos[5]:

«a) Medidas que se adopten con ocasión de la declaración de nulidad del matrimonio, separación, divorcio o las relativas a la guarda y custodia de los hijos menores o alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, así como aquellas que pretendan la modificación de las medidas adoptadas con anterioridad.

b) Responsabilidad por negligencia profesional.

c) Sucesiones.

d) División judicial de patrimonios.

e) Conflictos entre socios y/o con los órganos de administración de las sociedades mercantiles.

f) Reclamaciones en materia de responsabilidad extracontractual que no traigan causa de un hecho de la circulación.

g) Alimentos entre parientes.

h) Propiedad horizontal y comunidades de bienes.

i) Derechos reales sobre cosa ajena.

j) Contratos de distribución, agencia, franquicia, suministro de bienes y servicios siempre que hayan sido objeto de negociación individual.

k) Reclamaciones de cantidad inferiores a 2.000 euros entre personas físicas cuando no traigan causa de un acto de consumo.

l) Defectos constructivos derivados de un contrato de arrendamiento de obra.

m) Protección de los derechos al honor, intimidad o la propia imagen.

n) Procesos arrendaticios que hayan de ventilarse por los cauces del juicio ordinario».

En cuanto a «derechos disponibles», no coincide con renunciable y sí con transmisible, pues puede predicarse lo primero pero no lo segundo de los patrimoniales personalísimos. Ahora bien, «en cuanto a derechos disponibles» exige determinar a cuál de los posibles ha de exigirse la transmisibilidad, si al litigioso o al que se da, promete o retiene como medio para alcanzar la transacción. Y en la medida en que se transmite el segundo (aunque no sea necesariamente litigioso) y no el primero (que es el litigioso), la transmisibilidad debe predicarse de aquel; por tanto, «transigibles» se refiere al litigio y «derechos disponibles» al que se transmita para conciliar. Cabe plantearse la renuncia de un derecho intransmisible (litigioso o no) como medio para alcanzar la conciliación con el argumento de que renunciar no es transmitir, aunque indirectamente se produzca el mismo efecto. El argumento podría rebatirse sosteniendo que la renuncia al derecho intransmisible se hace a cambio de la de la acción, constituyendo contraprestación,

perdiendo entonces el carácter de verdadera renuncia y adquiriendo el de transmisión. Podría alegarse entonces que el mismo efecto se lograría si las partes realizaran estos mismos negocios pero sucesivamente, de manera que aparenten estar desconectados entre sí; pero en este caso estaríamos ya fuera de la conciliación al no ser necesario el acuerdo mutuo para cada una de estas operaciones. Llegamos a la conclusión entonces de que no podemos resolver definitivamente este problema. Trayendo la cuestión de la disponibilidad a la calificación registral, resulta que el registrador debe llevar a cabo esta al tiempo de iniciar la tramitación (nosotros somos partidarios, por lo que se dirá, de que se le dé entrada a la solicitud y solo después se califique) y controlar de legalidad el acuerdo. Y por analogía con los restantes PERC y las escrituras públicas para el caso de que la certificación del acta de acuerdo contenga derechos inscribibles, el registrador, ahora sí, competente territorialmente para su inscripción, deberá extender su calificación a la «transigibilidad» del litigio y a la «disponibilidad» de los derechos transmitidos en el acuerdo (art. 18 LH: «los registradores calificarán, bajo su responsabilidad […] la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos») incluso en el caso de títulos judiciales de conciliación en que se debería expresar la transigibilidad del litigio[6].

En conclusión, podemos afirmar que la *res dubia iuridica*, de la que depende su conciliabilidad, está referida a un aspecto subjetivo y a otro objetivo. Por el primero, exige la percepción de desavenencia, la convicción de que una obligación no ha sido o no será satisfecha conforme a como se espera que debía o debe serlo. Por el segundo, exige que el litigio nazca de una relación preexistente, que esta relación sea, además, jurídica, que se refiera a la exigencia de cumplimiento presente o futuro de una obligación que conceda *actio*, y esté referida a derechos disponibles por renunciables.

II. OBLIGACIÓN O FACULTAD

Analizamos en este epígrafe si la competencia de tramitación de la conciliación constituye una obligación de los registradores o, por el contrario, una facultad. El ejercicio de las competencias atribuidas a los funcionarios públicos no solo es irrenunciable —confróntese artículo 8 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público— sino que, además, debe ejercerse, en tanto que «la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación» —artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas—. Un funcionario solo puede negarse a tramitar un procedimiento por las causas tasadas legalmente. Este principio general no queda suspendido por

la LJV a tenor de los artículos 142.1 —presentada que sea la solicitud de conciliación, «el Secretario judicial o Juez de Paz […] dictará resolución sobre su admisión y citará a los interesados»— y 82.1 LN —«podrá realizarse ante Notario la conciliación», donde «podrá» debe interpretarse conjuntamente con el artículo 2 LN por el que «el Notario que requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial negare sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad a que hubiere lugar con arreglo a las leyes»—. Trayendo la cuestión a la práctica registral, la negativa de un registrador a tramitar la conciliación solicitada deberá hacerse motivadamente y siempre después de asentada la solicitud en el Libro de Entrada —no Diario—, ordenándose en hechos —basados en el texto de la solicitud— y fundamentos de hecho. Así resulta de los artículos 18—«los Registradores *calificarán*»— y 249 LH —«los asientos del Diario *se extenderán* por el orden con que se presenten los títulos» (en ambos casos las cursivas son nuestras)—. *A contrario*, el registrador solo tiene obligación de calificar las conciliaciones asentadas, no siendo esta una conclusión propia de la conciliación sino general de cualquier procedimiento registral —esto es, de la «función registral» (MATEO VILLA, 2022a: 68 y 70)—. Si bien más adelante estudiaremos la calificación del procedimiento y el control de legalidad del acuerdo por el registrador en cada fase del procedimiento, baste aquí decir que solo debe denegar la presentación en el Libro de Entrada de los títulos que *formalmente* adolezcan de algún defecto *evidente* que impida su tramitación; *ergo*, los sustantivos, evidentes no, y los formales no evidentes, ameritan una calificación, lo que exige su previa presentación.

Por último, la actuación irregular del registrador en esta materia impidiendo u obstaculizando la presentación de conciliaciones en el Libro de Entrada, no calificándolas o calificándolas sin arreglo a Derecho dará lugar a responsabilidad —cfr., artículos 18 párrafos I.º y VI.º *in fine*, 19 párrafo IV.º. 5.º segundo párrafo, 99, 100, 213 párrafo I.º, 222.5, 283 párrafo I.º y, especialmente, 296, todos ellos de la LH y 98 y siguientes RH; como norma general, *vid.* artículo 32 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público—[7].

III. INHIBICIÓN

Las causas de inhibición —llamadas «de abstención» por el artículo 219 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y sin perjuicio de otras disposiciones como los artículos 119 y siguientes LOPJ y 99-106 LEC—, aplicables no solo al juez sino, igualmente, al letrado de la Administración de Justicia (art. 100.2 LEC), pueden ser (i) objetivas o (ii) subjetivas: las primeras son, a su vez, (i.a) territoriales —la

competencia para resolver el litigio corresponde *ex lege* a un tribunal en un territorio distinto de aquel en que se interpuso la demanda por lo que el que la recibió se inhibe, esto es, se abstiene de actuar, trasladándola, si procede, al competente (*vid. supra*) — y (i.b) materiales —ídem del anterior pero por razón del contenido del litigio—; las segundas pueden deberse a la (ii.a) relación personal que el juez guarde con alguno de los litigantes o con el (ii.b) objeto del litigio. Como hemos defendido más arriba, los registradores no están sujetos en el ejercicio de sus funciones de conciliación a competencia funcional ni territorial alguna, de ahí que no podamos razonar por analogía con las judiciales objetivas expuestas. En cuanto a las subjetivas, el dicho artículo 219 —aplicable a jueces y magistrados— recoge un elenco de relaciones personales, jurídicas o económicas previas del juez con las partes o el litigio que podrían entenderse, a su vez, aplicables al registrador si no fuera porque están previstas para un tercero que decida el litigio y no para uno que simplemente auxilie a las partes para que alcancen un acuerdo. Por añadidura, el registrador se rige por su legislación especial, esto es, los artículos 102 y 103 RH, no modificados por la LJV y por los que, existiendo causa de inhibición, deberá el registrador afectado presentar en el Libro de Entrada las solicitudes de conciliación formuladas por «ellos, sus cónyuges o parientes, dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad o sus representados o clientes, por razón del asunto a que tales documentos se refieran, tengan algún interés en los mismos a estos efectos se considerará como interesados a los Notarios autorizantes» (art. 102 párrafo I.º RH) pero correspondiendo al registrador de la propiedad del cuadro de sustituciones no solo la calificación de la admisibilidad y tramitación del procedimiento sino, además, la de certificación del acta de acuerdo (art. 103 RH en relación con el 103 *bis*.2 LH). Para los registros desempeñados por dos titulares el régimen aplicable será el del artículo 485 RH. En cuanto a la presentación de solicitudes de conciliación por oficiales, auxiliares y dependientes del propio registro de presentación no puede considerarse como causa de inhibición por la lectura conjunta de los artículos 40, 102 y 103 RH.

En cuanto a si las causas de inhibición de los artículos 102 y 103 son excusables, si bien el «se abstendrá» del 100.1 LEC parece no dejar lugar a dudas para los jueces, en el caso de los registradores la solución no resulta tan evidente al existir, como se dijo, libre elección del registrador-tramitador y sin que podamos usar la LH por analogía como veníamos haciendo hasta ahora, pues para la función de inscripción sí existe causa de inhibición pero conectada con la competencia territorial, *ergo*, referidas a la inscripción, no a la conciliación; en contra podría sostenerse que los dichos artículos son normas de Derecho público y, por tanto, inderogables. También podría sostenerse en favor de la excusabilidad que la inhibición no está prevista

para los restantes procesos de conciliación. Pero el argumento resulta débil al no poder responder cuál es el mayor peso que consideró el legislador en estas normas, si su faceta conciliadora o de inscripción, de manera que en el segundo caso, los dichos artículos 209, 210 y 217 deben coordinarse con los 102 y 103 RH. Por su parte, quienes sostengan que existe competencia territorial para la conciliación, deberán acogerse entonces a la inexcusabilidad por las razones expuestas[8].

Hemos dicho que el registrador competente para tramitar la conciliación en caso de concurrir causa de inhibición es el del cuadro de sustituciones pero podría dudarse entre el de «sustituciones de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles para el desempeño de las interinidades por los registradores titulares respectivos para el caso de registros vacantes» o el de calificación sustitutiva del artículo 19 bis LH, desarrollado este último por el Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el derecho de los interesados para instar la intervención de registrador sustituto. Las Normas (2017) resuelven la cuestión remitiendo al cuadro de calificaciones sustitutorias del artículo 19 bis LH; nosotros, en cambio, creemos que debe aplicarse el de interinidades por dos argumentos: (i) por el fuerte de que el cuadro de calificación sustitutiva exige como condición previa para ser usado que «el registrador competente no califique el título correspondiente en el plazo máximo legalmente establecido o lo califique negativamente» (art. 1 *in fine*), lo que no concurre en este caso pues estamos ante un supuesto de inhibición y no de retraso en el cumplimiento de sus obligaciones; (ii) porque la de inhibición es una situación semejante a la de falta de registrador o registro vacante (cfr. art. 490 RH), lo que la acerca a la interinidad y no a la sustitución. Podría, no obstante, sostenerse que el registrador que se deba inhibir pueda, a su vez, designar al accidental (art. 549 RH), pues su situación es semejante a la de la ausencia; pero mientras que esta última es voluntaria, la de inhibición no, lo que la acerca nuevamente a la interinidad. En todo caso, el legislador que resulte del cuadro cede nuevamente ante la circunstancia tan repetida de la libertad de elección del conciliado, de suerte que si el del cuadro no satisface a una o ambas partes en litigio, podrían rechazarlo. Sobre la excusabilidad aún han de resolverse dos posibles situaciones: si concurriendo causa de inhibición en el registrador, las partes insisten, sin embargo, (i) en que sea ese y no otro quien tramite el procedimiento y (ii) el registrador se negara además a ello. Y así como la excusabilidad del registrador no parece cuestión pacífica, tampoco nos lo parece, por los mismos argumentos, la negativa del registrador a tramitar la conciliación cuando exista causa de inhibición, de manera que, ahora sí, entendemos que nos encontramos ante una laguna legal irresoluble con el estado actual de la legislación[9].

Concepto más amplio pero menos concreto que el de la RH es la tacha de parcialidad del registrador-tramitador. No la regula la LH pero a ella se refiere la LM en sus artículos 13.4 y.5 y 17.1 como causa que impide iniciar la labor mediadora u obliga a abandonarla y donde «imparcialidad» se entiende según el artículo 7, esto es, «sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas». El artículo 13.5 LM —que sería para el mediador lo que la causa de inhibición para el juez o registrador— declara inicialmente que «no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación» pero inmediatamente después nos dice que «podrá aceptar o continuar la mediación […] siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente»; es decir, que la tacha de parcialidad puede eximirse para el mediador y a la misma conclusión se llega de la lectura conjunta de los artículos 17 LA y 1255 del Código Civil. Este argumento podría venir en defensa de la competencia territorial del registrador —dejando a un lado la manera de determinarla— en el ámbito de la conciliación, pues si las partes tienen ya asignado el que les corresponda, la probabilidad de tacha resultará menor —como sucede para la inscripción—. Pero, a su vez, contraviene la idea de confianza de las partes en el tercero auxiliar, imprescindible para alcanzar un acuerdo y común a todo PERC. La tacha de imparcialidad es entonces, a nuestro juicio, dispensable por los mismos motivos que lo es la del mediador. Pero el registrador prudente debería considerar, además de los artículos 102 y 103 RH, el concepto más amplio de «imparcialidad» de la LM, comunicando a las partes inmediatamente, desde que la conozca, cualquier circunstancia que a su juicio «pueda afectar tal imparcialidad, señalando el hecho y la relación de causalidad que afecta a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses» (art. 13.5 LM) aunque no tenga la condición de causa de inhibición[10].

IV. REGISTRADORES TITULARES, SUSTITUTOS, INTERINOS, EXCEDENTES Y JUBILADOS

Como toda conciliación tramitada por el registrador debe ser presentada en el Libro de Entrada (no Diario) y, además, el acta con el acuerdo o desacuerdo conservarse en el archivo de legajos (cfr. arts. 148 LJV y 17.1 párrafo IX.º LN), solo los registradores en activo y con un registro a su cargo —en la situación administrativa que sea— podrán tramitar conciliaciones, no bastando entonces con la sola condición de registrador. Queda así descartada la tramitación de expedientes de conciliación por los registradores jubilados (art. 291 LH), en excedencia (art. 290 LH *a contrario*) o, por último, aspirantes (arts. 277 y 284 párrafo III.º LH).

V. CONCILIACIÓN COLEGIADA

La conciliación colegiada podría plantearse como sucesiva o simultánea si bien solo la segunda es un verdadero caso de tramitación colegiada. La primera se produciría como consecuencia de la sucesión de registrador titular del registro en que se tramite, por «muerte, jubilación, excedencia, renuncia, traslación voluntaria o forzosa y destitución del titular que los sirva» (art. 489 RH), abstención (arts. 102 y 103 RH) o, por último, por calificación sustitutoria. Será entonces el nuevo registrador encargado del registro el responsable de la tramitación y sin perjuicio de que los interesados retiren la solicitud y la presenten posteriormente al registrador tramitador inicial en su nuevo registro por la mayor confianza que tengan en él.

En cuanto a la segunda, hemos de plantearnos si verdaderamente es posible que una misma conciliación sea tramitada simultáneamente por varios registradores, es decir, si el ordenamiento jurídico permite expresa o tácitamente su tramitación colegiada. En favor de esta posibilidad tenemos la (i) interpretación por analogía de los restantes PERC y del (ii) principio de Derecho privado de que lo no prohibido está permitido (cfr. art. 1.089 CC). Así, para el primero, es posible la pluralidad de terceros el arbitraje (arts. 11.*bis* ter.2, 12 y 15.1 párrafo II.º LA) y la mediación (art. 18 LM); para el segundo, nada se prohíbe en la medianería. El caso de los PERC judiciales —incluido el allanamiento— resulta más dudoso si consideramos que se resolverán en primera instancia —órganos unipersonales— y que la legislación se refiere constantemente a «el» letrado de la Administración de Justicia (cfr. arts. 456 a. y c. LEC y 140.1, 142.1 y 144.4 LJV). Nada puede decirse en cambio de la LJV, que parece prever la unipersonalidad pero quizá más por simplificar los supuestos de hecho que para impedir su alternativa. En cambio, si el problema se enfoca desde la LH, la conclusión resulta ser la contraria: contestando al (ii) anterior, porque siendo la LH una norma de Derecho público, no resulta de aplicación el principio de que solo puede hacerse lo permitido; por añadidura, no existen en la LH supuestos de calificación para inscripción plural o conjuntas que aplicar por analogía, sino solo individuales, pues la responsabilidad por los perjuicios económicos que resulten es igualmente individual; el único caso cercano a una calificación colectiva —pero que, en realidad, sigue siendo individual—es la del artículo 18 párrafos V-VIII —que tras la entrada del artículo 103 *bis* LH debe entenderse referido ya no solo a calificar «para inscribir» sino controlar de legalidad «para conciliar»—, aplicable solo a los registros con más de un titular —actualmente, los mercantiles—, de manera que si uno de ellos calificara negativamente denegando la presentación o ulterior tramitación de la conciliación, deberá comunicarlo al resto; y

para el caso de que al menos uno de ellos estuviera dispuesto a extender el asiento de presentación o tramitarla, lo hará bajo su responsabilidad. La apariencia de calificación colectiva resulta del texto del precepto citado por el que «en la calificación negativa el registrador a quien corresponda deberá expresar que la misma se ha extendido con la *conformidad* de los cotitulares» (las cursivas son nuestras), si bien debe entenderse en el sentido de que ninguno de los registradores acceda a practicar la inscripción —en nuestro caso, a tramitar la conciliación—. De esta misma opinión son las *Normas de régimen interior sobre conciliación registral* (2017: 9); defiende, en cambio, la tramitación simultánea por varios registradores AGUIRRE (2017) con los argumentos de que no está esta prohibida por la LJV y de que la oposición a esta posibilidad en las *Normas* está basada en la defensa que hacen de la competencia territorial, que el autor precisamente rechaza. Se deduce entonces que la calificación para extender el asiento de entrada, admitir la conciliación a trámite, notificarla a su destinatario y extender y firmar el acta, así como para archivarla y certificar de ella, corresponde en todo momento a un solo registrador, el mismo cuando se trate de registros con varios registradores responsables, pues este «conocerá de todas las incidencias que se produzcan hasta la terminación del procedimiento registral» (art. 18 LH), por analogía con la inscripción de los artículos 9.i) y 207 LH y 13 párrafo I.º, 51 décima, 52 cuarta RH, 37.1 1.º Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, RRM) en relación con su 4.º que precisamente nos dice «firma del Registrador»; también artículos 40 y 61 *bis* RRH ambos sobre actas; y en cuanto a que la actuación es «del registrador» y no «de los registradores», véanse los artículos 19.3, 22, 58.1, 59, 64.2, 68, 70, 71.1, 76.1, 323.3, todos ellos del RRH, por citar algunos pocos ejemplos. Ahora bien, firmando cada acto un solo registrador, ¿es posible que cada uno sea diferente del anterior? Esto nos lleva nuevamente al supuesto de tramitación sucesiva, no simultánea, de un mismo procedimiento registral, asunto que ya hemos analizado.

Cuestión distinta es la de que, respetando lo dicho sobre unipersonalidad de la tramitación administrativa, las partes solicitaran y los registradores afectados accedieran a que una pluralidad de estos *asista a*, no tramite, la fase de negociación por considerar aquellas que así se facilitará el acuerdo. Nosotros entendemos que la solicitud podrá ser realizada y libremente aceptada por los registradores —pues no constituye obligación— si bien sin reflejo en el expediente de conciliación ni mucho menos en el acuerdo —es decir, que los registradores no tramitadores no deberán en ningún caso firmarlo— por ser su participación, si se quiere decirlo así, informal.

VI. CONCILIACIÓN POR MEDIDADOR

En cuanto a la compatibilidad de los registradores para ser mediadores, la LH no establece la incompatibilidad por no ser el de mediador «empleo o cargo público» (cfr. arts. 281 LH y 11 LM que remite para el ejercicio del cargo al estatuto profesional). Por su parte, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, de aplicación al caso que nos ocupa de acuerdo con su artículo segundo 1.e), tampoco resulta la incompatibilidad entre ambas labores. Finalmente, como argumentos menores, en favor de la compatibilidad se ha posicionado el notariado español, y lo mismo se deduce para el arbitraje, pues la incompatibilidad de los registradores para ejercer como árbitros fue eliminada de la LA 1988 (art. 12.4) por la de 2003 (cfr. art. 15.1). De la misma opinión es Conviventia, la asociación de mediación de los registradores. Por lo que diremos al final de este epígrafe sobre la superior eficiencia de la conciliación sobre la mediación, el debate no tiene, a nuestro parecer, mayor trascendencia práctica[11].

Cuando el registrador tiene, además, la condición de mediador por acreditar la formación prevista en el artículo 11.2 LM, ¿*quid* de la solicitud que se presente en su registro: será de conciliación o mediación? Debe optarse por la primera (i) por el principio de rogación, porque la solicitud, al hacerse a un registrador por su condición de tal, es de conciliación, sin que quepa su taumaturgia procesal ni, mucho menos, que la decisión de tramitarlo de una u otra manera corresponda al registrador, (ii) porque el registrador, en su condición de tal, solo tiene atribuida la función conciliatoria y no la mediadora, por cercanas que sean la una a la otra; y, por último, (iii) porque conciliación y mediación no se confunden: su legislación especial es distinta —LJV frente a LM—, en la segunda no hay ni calificación de la solicitud, ni control de legalidad del acuerdo para el caso de que el mediador no sea jurista, ni recursos contra la calificación, ni el documento que la recoja será título público —esta simple formalización pública se adquiere, como sucedía con anterioridad, y si se desea asumir su coste mediante elevación a escritura pública, *ex* artículo 17 LN lo que hace al 25 LM redundante— aún cuando el mediador fuera funcionario público, pues no actúa en su condición de tal por la razón expuesta. Aun podría plantearse ¿*quid* si se presenta en el Libro de Entrada solicitud (i) sin identificación del tipo de procedimiento —conciliación o mediación—, (ii) pidiendo que se tramite una mediación o, incluso, que se tramite (iii) una conciliación y una mediación simultáneas? En cuanto a (i), si el registrador solo puede actuar en su condición de tal como conciliador, debe presumir que la solicitud presentada es de conciliación; por analogía, los títulos presentados en Diario se presumen para su inscripción, sin necesidad de declaración expresa —al

contrario que, por ejemplo, en el Derecho suizo en que se exige solicitud expresa en documento separado que es objeto de calificación propia—; (ii) el registrador debe calificar negativamente la solicitud de mediación —después de haberse presentado en el Libro de Entrada— por falta de competencia y sin que pueda, *motu proprio*, convertirla en conciliación; y, por último, (iii) debe rechazarse igualmente por imposibilidad de resolver la mediación y donde el registrador tramitador tanto puede dar por no solicitada la segunda, calificarla negativamente tramitando no obstante la primera, o calificar ambas al entender que se trata de una sola solicitud. Nosotros somos de la opinión de que la segunda opción protege mejor al usuario al recibir una calificación justificada.

Una última cuestión: ¿*quid* si el registrador que hubiera actuado como mediador en un litigio en que no se haya alcanzado acuerdo fuera después requerido para tramitar su conciliación o viceversa? Sobre la posibilidad o necesaria inhibición se pronuncia el artículo 22 de las *Normas* (2017) por el que «salvo acuerdo en contrario de las partes, el conciliador, […] no podrá actuar como mediador […] en una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio ni en otra controversia que surja a raíz del mismo contrato o relación jurídica o de cualquier contrato o relación jurídica que guarde con aquella una conexión directa e inequívoca». Pero tal prohibición, en un sentido u otro, no resulta de la LM, que permite la dispensa (cfr. art. 9) ni de la LJV. Más ajustado a Derecho y a la prudencia sería considerar que el registrador o mediador, según los casos, debe declarar esta circunstancia al tiempo de iniciarse cualquiera de ambos procedimientos y que sean entonces los usuarios del servicio los que decidan si conviene o no su participación.

Y ¿qué conviene al usuario: solicitar conciliación o mediación? Como tendremos oportunidad de justificar en otro lugar (MATEO VILLA, 2022b), existen, en los que aquí interesa, dos tipos de PERC, según el número de fases procesales que exijan para lograr un título sustantiva y formalmente equiparable en términos de mercado al de su alternativa judicial, esto es, la sentencia. La mediación, aún la tramitada por registrador de la propiedad —pues este, repitámoslo, no actuaría como tal por el 103 *bis* LH sino como mediador por el 11.2 LM— que quiera alcanzar esta equiparación, deberá, después de finalizada, incurrir en los gastos de simple formalización del artículo 25 LM, lo que no sucede en la conciliación, en donde tanto el control de legalidad del acuerdo como la forma pública del documento que lo recoja se producen automáticamente.

VII. SOLICITUD

1. Legitimación

Puede solicitar la conciliación toda persona con un interés legítimo alegado —interés que será objeto de calificación una vez presentada la solicitud en el Libro de Entrada, tal y como veremos en el párrafo siguiente—; más concretamente, (i) cualquiera de las partes en conflicto o (ii) ambas conjuntamente. Tienen interés legítimo los titulares de los derechos litigiosos o sus representantes voluntarios o legales (cfr. arts. 1809 y sigs. CC: «bienes y derechos *de* los hijos», «derechos *de la persona* que tiene en guarda» y «enajenar *sus* bienes» [las cursivas son nuestras]), esto es, quienes serían parte procesal en un eventual ulterior pleito judicial. Presentando ambas conjuntamente la solicitud de conciliación, no será precisa su notificación al destinatario. En el mismo sentido, el artículo 3 LJV sobre legitimación y postulación, señala que «podrán promover expedientes de jurisdicción voluntaria e intervenir en ellos quienes sean titulares de derechos o intereses legítimos […], sin perjuicio de los casos en que el expediente pueda iniciarse de oficio». Aún es posible que la solicitud de conciliación se formule por (iii) un tercero distinto de los dos anteriores, siempre que justifique —y no solamente que alegue— interés legítimo, concreto, directo e inmediato, en la superación del litigio; sobre este particular, entendemos —a fin de evitar la presentación por terceros completamente ajenos a los litigantes— que la valoración sobre el «tercero con interés legítimo» debe ser restrictiva. No es posible, en cambio, una solicitud formulada por el (iv) registrador en su propio registro, *ex* artículo 102 RH. En cuanto a los (v) «oficiales, auxiliares y dependientes del registro», en tanto que la dicción del artículo 40 RH admite la posibilidad de que presenten títulos para su inscripción en el registro de la propiedad en el que trabajen «cuando estén comprendidos en los tres primeros apartados del artículo seis de la Ley» y, precisamente, en el caso de que «tenga[n] interés en asegurar el derecho que se deba inscribir» que, *mutatis mutandis*, podría entenderse que «tenga[n] interés en asegurar el derecho que se deba transaccionar», creemos que pueden solicitar conciliación en su propio registro. Por añadidura, a diferencia de para la inscripción, no existe prohibición expresa de presentación por aquellas personas para la conciliación; este supuesto no está previsto como de inhabilitación por los artículos 102 y 103 RH; por último, en la conciliación el registrador no toma decisión alguna respecto del acuerdo —a diferencia de la calificación para inscribir—.

El interés legítimo es objeto de calificación registral por analogía con la solicitud de anotaciones preventivas de derecho hereditario (art. 46 párrafo I.º LH), purga de cargas (210 Octavo LH) y publicidad (art. 222.3);

precisamente de este último precepto resulta que el interés legítimo debe expresarse «de forma sucinta […] no obstante, si el registrador entendiera que no ha quedado acreditado de modo suficiente dicho interés legítimo, podrá solicitar que se le complete este [es decir, que además de alegarlo, lo pruebe]. En todo caso, el registrador deberá notificar al solicitante […] si […] deniega el acceso, […] de forma motivada». De donde resulta que (i) el interés primero se alega y solo cuando a juicio del registrador no resulte suficientemente legítimo, deberá aportarse ulterior (ii) explicación e, incluso, medio de (iii) prueba[12].

2. Contenido y forma

El contenido mínimo de la solicitud debe ser el siguiente: (i) identificación completa del solicitante —nombre y apellidos, número de documento nacional de identidad (léase también, en lo sucesivo, número de identificación de extranjero), datos de contacto para su notificación— y del destinatario —nombre y apellidos, datos de contacto para su notificación—, (ii) interés legítimo para la solicitud, (iii) fuente de la obligación —legal, contractual, cuasicontractual o extracontractual— de la que resulte el litigio —sucinta pero suficientemente explicada—, acompañada, si así lo desea y lo hubiera, de su título formal —documento privado o público—, (iv) identificación de la desavenencia — sucinta pero suficientemente explicada— de manera tal que permita calificar su juridicidad, judiciabilidad y transigibilidad —léase, disponibilidad—, (v) solicitud de tramitación de la conciliación, admitiéndose la tácita si del escrito se deduce, y, por último, (vi) firma del solicitante.

La solicitud se presentará en folio de papel común —con el consiguiente ahorro de costes procesales— y se firmará ante el registrador con exhibición del original del documento nacional de identidad.

3. Certificación de firma

El registrador certificará la (i) firma de la solicitud de conciliación con indicación de que la misma se ha extendido ante él previa (ii) identificación del firmante a partir del original de su documento nacional de identidad que le ha sido exhibido, (iii) fotocopiará el documento nacional de identidad del solicitante, certificando que se ha realizado a partir del original exhibido al registrador y adjuntará y conservará esta fotocopia en el expediente junto al original de la solicitud, firmada por el solicitante y certificada por el registrador y, finalmente, (iv) calificará la capacidad del solicitante para la solicitud, considerando para ello su capacidad jurídica general y su le-

gitimación respecto del litigio, sin atender a la capacidad para un eventual acuerdo —incluso aunque se presente oferta para la resolución del litigio— pues este aún no se ha alcanzado, por lo que no es el momento procesal oportuno para calificar la existencia o inexistencia de capacidad jurídica[13].

Ya preexistían en la Ley hipotecaria y su reglamento —con anterioridad a la LJV— numerosos supuestos en que el registrador debía certificar la firma, identificar al firmante, calificar la capacidad jurídica y conservar del documento cuya firma había certificado, por lo que su aplicación a la conciliación no ofrece ninguna novedad jurídica ni práctica, así: la del heredero único acompañada de testamento y los restantes complementarios y que «bastará para inscribir directamente a favor del heredero los bienes y derechos de que en el registro era titular el causante» (art. 14 párrafo III.º LH), la de anotación del crédito refaccionario (art. 59 LH), la de cancelación de la inscripción de hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso (art. 156 LH), la de los procedimientos de georreferenciación en los que no solo debe identificarse al sujeto sino además, certificar su capacidad jurídica general y la específica para la presentación de alegaciones (art. 199 LH), la del procedimiento de doble inmatriculación (art. 209 LH), la de liberación de cargas y gravámenes (art. 210 LH), la de errores en las inscripciones (art. 217 LH,) la solicitud de complemento de circunstancias personales (art. 110 RH), la de cancelación de anotaciones preventivas extendidas también mediante documento privado para lo que «dispondrá el Registrador que el renunciante se ratifique en su presencia, y se asegurará de la identidad de la persona y de su capacidad y poder dispositivo para ejercitar el derecho de que se trate» (art. 208 RH), la solicitud del artículo 216 RH por el que «los interesados podrán acordar la distribución [de responsabilidad hipotecaria de cada finca] en solicitud dirigida al Registrador firmada o ratificada ante él […] la misma norma se aplicará a las inscripciones de censos y anticresis», la de acreditación del cumplimiento de la condición suspensiva o el nacimiento de obligación futura garantizada con hipoteca, de forma que «presentará cualquiera de los interesados al Registrador […] solicitud firmada por ambas partes, ratificada ante el Registrador […] pidiendo que se extienda la nota marginal y expresando claramente los hechos que deban dar lugar a ella» y, por último, en el cumplimiento de la condición resolutoria (arts. 238 y 239 RH).

En cuanto al orden de actuación, el registrador procederá a la identificación del sujeto por medio del original de su documento nacional de identidad, la extensión de la firma ante el registrador, forma de su documento nacional de identidad y la incorporación al expediente de ambos documentos. La calificación de la capacidad jurídica general y la legitimación para la solicitud debe hacerse una vez presentado al Libro de Entrada la solicitud, asunto sobre el que trataremos enseguida.

4. Presentación y diligencias

Certificada la firma en la solicitud y unida la fotocopia del documento nacional de identidad a partir del original, se procederá inmediatamente a su presentación —para evitar alteraciones de su contenido—, momento en el que el registrador calificará la solicitud. Aún podría plantearse la posibilidad de certificar la firma para una presentación ulterior no inmediata con conservación de la solicitud con firma certificada en el archivo de legajos; pero esta posibilidad decae porque el archivo del documento exige su previa presentación y esta, a su vez, la calificación de su contenido.

Como se dijo, la calificación para la presentación —esto es, para decidir si la solicitud resulta o no presentable; de la calificación de la solicitud de conciliación ya presentada nos ocuparemos en el apartado siguiente—, debe quedar limitada a aspectos formales evidentes y, en concreto, a si la solicitud que se quiere presentar está o no firmada y, además, a si la firma está o no certificada por el registrador. La calificación jurídicamente sustantiva y la formal no evidente deben reservarse a nuestro parecer para después de la presentación.

La presentación de la solicitud se hará en el Libro de Entrada de acuerdo con las reglas generales (arts. 248 LH y 416 RH) y no en el Diario porque (i) se trata de un negocio en formación, no perfeccionado, (ii) es un documento privado —donde la certificación registral alcanza solo a la firma y no a su contenido— y, por último, (iii) porque es posible que ni litigio ni acuerdo alcancen, de la manera que fuere, finca alguna y, aunque alcancen fincas registrales e, incluso, a derechos reales que se fueran a constituir sobre ellas, no contiene derechos reales perfeccionados —véase (i)— y, de llegar a perfeccionarse no necesariamente deberán ser inscritos o, por último, de querer inscribirse, pueden afectar a fincas radicantes en otras demarcaciones registrales. A la solicitud se acompañarán los documentos complementarios que el interesado estime oportunos, complementarios que, por el hecho de serlo —además de por los argumentos expuestos—, no serán objeto de presentación en el Libro Diario sino como complementarios de la solicitud, esto es, en el Libro de Entrada.

El contenido del asiento del Libro de Entrada será como sigue: (i) identidad del solicitante —que por la inmediatividad de su presentación debe coincidir con el presentante (en contra, *Guía de conciliación registral* [2019: 4-5])—, (ii) naturaleza formal y sustantiva del documento presentado —indicando que se trata de una «solicitud de conciliación firmada en documento privado, en folio de papel común con firma legitimada ante el registrador»— y fecha del documento —tomando el de la legitimación de la firma—. Presentado el documento, se le atribuirá un número correlativo de expediente —atribución que debe hacerse tan pronto como sea posible

por una elemental norma de prudencia en la identificación y orden de documentos obrantes en la oficina; empero, no existe norma al respecto ni otra en que apoyarse pues este extremo no está previsto por el legislador— y se le debería abrir una carpeta para conservar en ella todos los documentos de la solicitud y los restantes futuros que se presenten, así como para hacer constar en ella todas las diligencias del procedimiento empezando en este mismo momento por extender dos: de (i) presentación de la solicitud con los datos de identificación del Libro de Entrada y (ii) el número de expediente que le haya atribuido el registrador. Estas diligencias, no pueden extenderse en el Libro de Entrada —pues este no tiene más función que la de atribuir número para la posterior y correlativa extensión de asientos en el Diario— y recogerán en lo sucesivo todas las vicisitudes del procedimiento: desde la presentación de la solicitud en la Entrada hasta el cierre del procedimiento por las causas que se dirán. Puede discutirse qué es objeto de archivo por el registrador: si el expediente en su totalidad o solo el acta —del acuerdo, desacuerdo o incomparecencia— pero de conservarse ambos, deberán quedar unidos bajo el mismo expediente. En nuestra opinión, el registrador debería conservar el expediente en su totalidad, pues el acuerdo es resultado de la tramitación por él de la conciliación, de manera que aquel solo se entiende por relación con este; por añadidura, únicamente la conservación del expediente permite la fiscalización de la actuación del registrador, en particular, en orden a justificar la tramitación. Creemos que el registrador debería digitalizar el expediente registral de conciliación —incluido en todo caso el acuerdo— y certificar mediante firma electrónica su contenido expresando que la digital es copia fiel del original.

En cuanto a la duración del asiento de presentación de la solicitud de conciliación, nada nos dice la LJV ni la LH. Para resolverlo podemos (i) aplicar la analogía, sosteniendo que para la conciliación el Libro de Entrada funciona como el Diario y, por tanto, hacer uso de los sesenta días hábiles de los artículos 17 y 66 LH, así como el 109 RH; (ii) considerar que el asiento subsiste mientras lo haga también el interés del solicitante por su solicitud, de manera que retirada esta se cancele el asiento —un comportamiento distinto tiene, empero, el Libro Diario en el que la retirada del documento no implica la finalización de la vigencia del asiento salvo desistimiento, por lo que la analogía no sería posible—; (iii) ídem del anterior mientras subsista la tramitación, lo que sucederá al menos hasta que se oficie a su destinatario y transcurra un plazo prudencial para la contestación —asunto del que trataremos más abajo—, momento en el cual se dará por finalizado el expediente; por último, (iv) podría optarse por mantener el asiento de Entrada *sine die* —léase, un tiempo superior a los dichos sesenta días—, bajo el argumento —sostenido por AGUIRRE (2017) — de que «a nadie perjudica que el procedimiento de conciliación

esté abierto durante un largo periodo de tiempo. Solo las partes deben estar legitimadas para ponerse topes temporales de duración». Descartamos esta última opción y cualquier otra superior a seis meses por varias razones: (i) no existen en Derecho español supuestos de pendencia *ad perpetuam* de procedimientos administrativos, (ii) tampoco de prórroga *ad libitum* de las partes ni mucho menos del registrador —como parecen proponer las *Normas* (2017, art. 9)—, (iii) porque el plazo de seis meses, contado desde la última notificación sin que se haya realizado actividad alguna por los interesados, es el que fija la LJV en su artículo 21 para dar por terminado el procedimiento, siendo aún más breves los previstos en la LH (cfr. arts. 18 y 199 LH), (iv) porque debe estimularse a las partes a que negocien, para lo que el incentivo de tener que reiniciar el procedimiento aunque sea solo mediante presentación de nueva solicitud, puede ayudar a este fin; (v) porque conservar abierto el expediente sí tiene consecuencias —frente a lo sostenido por AGUIRRE—, (v.a) ya sea de acuerdo con el artículo 6 LJV, ya sea aunque entendamos —como hacemos nosotros— que se pueden mantener dos PERC abiertos, pues obliga a realizar acciones administrativas e incurrir en gastos, como los de notificación, (v.b) ya sea porque una vigencia *ad perpetuam* o simplemente prolongada del asiento de presentación supone por igual plazo una interrupción de la prescripción, lo que no es sostenible (cfr. arts. 143 LJV y 4 LM) —y nos parece este el argumento definitivo—; (vi) porque no se puede incentivar a las partes a que la apertura de un procedimiento no tenga coste alguno para ellas, pues precio cero estimula demanda infinita, con el consiguiente riesgo para la financiación de las oficinas registrales, lo que perjudicaría innecesariamente el servicio público registral y, en particular, aquellos supuestos en que las partes verdaderamente tengan interés en alcanzar un acuerdo. De todo lo anterior resulta que las opciones más razonables son la (ii) y (iii) —pues la analogía de la primera no nos convence, especialmente por la falta de juego de la prioridad en el ámbito de la conciliación, que es la base del Diario—, y en donde la primera de ellas que se produzca —retirada del documento, contestación negativa del oficiado o ulterior incomparecencia de este— será causa para cerrar el expediente. En conclusión, la cuestión de la duración del asiento de Entrada se reconduce a resolver el plazo que pueda o deba concederse al oficiado-destinatario de la conciliación para contestar al oficio por el que se le informa de la presentación de la solicitud o, en su caso, el plazo posible por legal de duración de la negociación, asunto no resuelto por el legislador e irresoluble con la legislación actual —se trata, pues, de una segunda laguna legal— y sobre el que volveremos más adelante.

Finalmente, para la responsabilidad del registrador que impida u obstaculice la presentación de conciliaciones en el Libro de Entrada, no calificándolas o calificándolas sin arreglo a Derecho o que no conserve el expediente

—lo mismo puede decirse en cuanto al registrador que se niegue a certificar la firma previa la identificación conforme a Derecho del firmante—, véase lo dicho en «II. Obligación o facultad» y lo que se dirá en «4. Responsabilidad del registrador».

5. Calificación

Llegados a este momento procesal, el registrador habrá (i) calificado para presentar en el Libro de Entrada la solicitud y dispondrá de una (ii) carpeta que contenga el expediente registral con la (ii.a) solicitud de conciliación con (ii.a.1) firma legitimada y (ii.a.2) certificada por el registrador previa la (ii.a.2) identificación del firmante, y la (iii) fotocopia del documento nacional de identidad. A estos dos documentos le acompañarán en el expediente dos diligencias: (iv) la de haberse presentado la solicitud de conciliación con los datos identificativos del Libro de Entrada y (v) la del número identificativo que se haya atribuido al expediente.

Toda solicitud *ya presentada* en el Libro de Entrada debe ser objeto de calificación por el registrador a efectos de resolver si resulta o no legalmente tramitable. Esta calificación encuentra su apoyo en los artículos 18 LH y 98 RH con las siguientes especialidades: (i) debe tenerse por no puesta la referencia a la «validez de los actos dispositivos» ni a «los asientos del Registro» pues ni existe negocio por falta de perfección ni mucho menos se sabe si será *per se* inscribible (*vid*. *supra*); (ii) donde el artículo 18 LH dice por primera vez «inscripción» debe entenderse «solicitud de tramitación de la conciliación»; (iii) ídem del anterior para los párrafos III.º y los V.º-VIII.º; (iv) donde lo dice por segunda vez debe tenerse por no puesto, pues a la calificación de la solicitud seguirá la tramitación del expediente y no la inscripción; (v) el párrafo IV.º cuarto resulta inaplicable por estar exclusivamente referido a la inscripción y no a la calificación; (vi) en cuanto a la estadística del párrafo IV.º, el Colegio de Registradores de España debería habilitar los desarrollos informáticos precisos para reflejar los procedimientos conciliatorios tramitados y pueda comprobarse la utilización del recurso procesal por los potenciales usuarios con vistas a la implementación de mejoras legislativas o de otro tipo; y, por último, (vii) se aplica a la calificación de la solicitud de conciliación el plazo de «quince días contados desde la fecha del asiento de presentación» en el Libro de Entrada o desde su retirada, si bien en este último caso, dado que no puede garantizarse la integridad de la solicitud, entendemos que debe realizarse nueva legitimación de firma y procederse como se dijo más arriba. Sobre este plazo para calificar, AGUILERA (2016: 1746-1749) y MARTÍN MARCO (2019: 156-158) se deciden por el de cinco días hábiles del artículo 142 LJV pero nosotros opinamos de otra manera

porque (i) tratándose de una cuestión procesal-registral, la LH resulta más cercana que la LJV y porque (ii) el de cinco días es un plazo consistente con la legislación judicial preexistente pero no con la hipotecaria.

La calificación de la solicitud de conciliación alcanzará a los extremos siguientes: (i) elementos personales: interés legítimo para solicitarla por su relación con el litigio, constancia y suficiencia de la identificación del solicitante y del destinatario, datos para su contacto y capacidad para transigir en general —la de los negocios concretos se hará cuando se alcance el acuerdo— mediante la simple comprobación —a partir del documento nacional de identidad fotocopiado y obrante en el expediente con la indicación de que es copia fiel de su original— de que es mayor de dieciocho años (arts. 12 CE y 246 CC), el Libro de incapacitados (confróntese art. 386 RH) y el registro público de concursados regulado por Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal. (ii) Elementos reales: declaración de la existencia de la desavenencia y una descripción sucinta pero suficiente de su fuente—de dónde surge la obligación reclamada; considérese, *mutatis mutandis*, el artículo 153 *bis* b. párrafo II.º LH— y contenido —qué es lo que se reclama— que permita valorar que el litigio es jurídico, judicializable —es decir, que constituye *res dubia iuridica*— y transigible. La identificación —no la prueba— de la fuente de la obligación y de la desavenencia son relevantes pues los efectos suspensivos de la prescripción de la acción conectan —lo que se interpretará restrictivamente— la solicitud de la conciliación con la obligación reclamada que, a su vez, surge de una determinada fuente; dicho de otro modo: la suspensión de la prescripción de acciones se produce únicamente en cuanto a las obligaciones reclamadas en la solicitud de conciliación, no a toda la fuente obligacional en su conjunto pues prescriben las acciones, no la relación obligacional. Siguiendo con los elementos reales, el registrador calificará el hecho de que se declara que la relación jurídica a que la conciliación se refiere es preexistente y que la desavenencia subsiste, por no haberse resuelto ora mediante sentencia firme ora mediante PERC ya finalizado y que tampoco existe uno en tramitación y, de haberlo, que se aportan sus datos identificativos, especialmente los relativos al órgano tramitador —para eventuales comunicaciones—. Existiendo un pleito judicial o extrajudicial pendiente o finalizado —entiéndanse aquí incluidos otros PERC—, es posible que al solicitante le surjan dudas sobre si este y el que ahora se pretenda iniciar mediante solicitud de conciliación ante el registrador son *exactamente* el mismo, lo que ya es por sí causa —a nuestro juicio— para tramitar la conciliación y que el registrador se pronuncie —califique— la identidad entre ambos conflictos y, en su caso, exija las oportunas aclaraciones. En tal caso, el solicitante debería presentar la conciliación en el Libro de entrada —sin presentación no hay solicitud susceptible de calificación— exponiendo sus dudas al registrador y acom-

pañando las explicaciones y, mejor aún, la copia de la sentencia o del acta de avenencia del PERC. Si la solicitud contiene una propuesta u oferta de acuerdo, deberá el registrador calificar su legalidad para asegurarse de que es completa —v. gr., identifica el objeto (conflicto, transmisiones y los títulos correctos por los que se hacen, así como las acciones renunciadas), contiene todos los datos precisos para lograr en su caso la inscripción registral; cfr. artículo 141.1 LJV: «objeto de la avenencia»— y se ajusta a Derecho, donde «ajustarse a Derecho» se refiere exclusivamente a que no contraviene normas imperativas ni de su texto resulte evidente que perjudica ilegítimamente a tercero —*ergo*, no corresponde al registrador calificar la proporcionalidad de las prestaciones ofrecidas o aceptadas con la fuente o título alegados pues esta es cuestión que solo interesa a las partes (véase art. 1255 y, *mutatis mutandis*, 6.2, ambos del CC)—.

En cuanto a los (iii) elementos formales: firma del solicitante certificada por el registrador. Finalmente, en cuanto a (iv) elementos territoriales, por los argumentos sostenidos en otro lugar (MATEO VILLA, 2022a: 81 y sigs.), no existe competencia territorial ni funcional para la conciliación salvo norma especial como la de los artículos 113 —exhibición de libros de las personas obligadas a llevar contabilidad), 118 —convocatoria de juntas generales—, 121 —nombramiento y revocación de liquidador, auditor o interventor de una entidad— y, por último, 124.2 JV —reducción de capital social y de la amortización o enajenación de las participaciones o acciones— o material salvo en cuanto a las materias no susceptibles de calificación por tratarse de materias indisponibles —por irrenunciables o personalísimas—, laborales o concursales, todos ellos de la LJV y 209, 210 y 217 LH[14].

Si la calificación del registrador es positiva, sus efectos serán como sigue: (i) se extenderá en el expediente diligencia de admisión a trámite: es dudoso que se precise emitir una nota de despacho declarativa de que se admite trámite la solicitud —como, en cambio, sostiene MARTÍN MARCO al decirnos que debe dictarse una «resolución admitiendo a trámite la solicitud» (2019: 156-158)— pues en el caso de la función de inscripción el despacho es automático, sin que se deje constancia de que se vaya a inscribir sino que directamente se inscribe —; la extensión de la diligencia en el expediente es, a diferencia de para la inscripción, necesaria porque el Libro de Entrada no permite, a diferencia del Diario, dejar constancia de cada trámite realizado con la solicitud; (ii) no comunicará la admisión a trámite al solicitante, nuevamente por analogía con la función de inscripción —confróntese artículo 10 LH—; (iii) oficiará al destinatario —extendiendo nueva diligencia en el expediente del envío y recepción de la notificación—; finalmente, en cuanto a la (iv) prioridad: de ninguna de las maneras puede sostenerse como sin embargo sí hacen las *Normas* (2017) que la presentación de la solicitud de conciliación conlleve obtener el privilegio de

ganar la prioridad registral por los argumentos que correctamente plantea AGUIRRE (2017): porque ni es documento público que pueda acceder al libro de inscripciones —confróntese artículo 3 LH—, ni contiene derechos perfeccionados por lo que nada hay que pueda priorizarse. Por último, en cuanto al (iv) recurso: no es posible recurrir contra la calificación positiva de admisión a trámite de acuerdo con el artículo 19 LH a contrario y RDGRN de 18 de diciembre de 2014; la calificación negativa para asentar en el Libro de Entrada o de tramitación de la ya asentada exigen nota formal de calificación, debidamente ordenada en hechos y fundamentos de Derecho, notificada al solicitante y que será susceptible de recurso, como todo acto administrativo. Sobre el particular, AGUILERA (2016: 1746-1749) sostiene que «en rigor no hay una calificación de un acto sujeto a inscripción […] sino la denegación de una actuación profesional que […] puede ser asimilada a la denegación de publicidad formal por el registrador»; no nos convencen estos argumentos porque la denegación de publicidad no es simplemente actuación profesional sino administrativa y como tal, sujeta a recurso —artículos 19 *bis* párrafo II.º y 322 y siguientes LH (sobre el particular, véase RDGRN de 30 de enero de 2017) y 112 y concordantes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 19 *bis* párrafo II.º LH, 322 y siguientes RH y 20 LJV, este último más pensado para los procedimientos judiciales, si bien RAFÍ y DÍAZ REVORIO (2016: 246) entienden que es aplicable al registral—. El argumento de AGUILERA desconecta injustificadamente la función de conciliación de la actividad registral —dicho de otra manera, «expulsa» la conciliación de la LH— sin ofrecer una solución mejor fundamentada en Derecho. Recurrir a la analogía de la función registral regulada en la LH es la solución por la que igualmente optan las *Normas* (2017: art. 10), la *Guía de conciliación* (2019: 3-4), DÍAZ FRAILE (2016) y AGUIRRE (2017)[15].

Los efectos de la calificación negativa para la conciliación deberían ser semejantes a los del Diario para los títulos susceptibles de inscripción —esto es, para la función de inscripción—, pero dado que la prioridad no parece jugar papel alguno, aquellos deben reconducirse hacia la suspensión del asiento del Libro de Entrada y, con él, de la prescripción, así como a evitar tener que presentar nuevamente la solicitud mientras se halle vigente el asiento de Entrada. Para el caso de que la calificación negativa no sea recurrida ni solicitada la sustitutoria, se aplicará lo dicho sobre el plazo de duración del asiento de presentación del Libro de Entrada, cerrándose el expediente —en cuanto a la interrupción de la prescripción, debería actuarse por analogía con las demandas inadmitidas— que se conservará con todas sus diligencias en el archivo de legajos.

Se ha dicho que, en caso de calificación negativa, cabe la sustitutoria, asunto sobre el que se pronuncia MARTÍN MARCO para quien «parece

más adecuado entender que una vez calificado de procedente la tramitación de la conciliación por el registrador sustituto, sea este el que lo incoe» (2019: 156-158); nosotros, en cambio, creemos que no hay razones para sostener semejante opinión pues la sustitución alcanza solo al objeto de la calificación negativa, esto es, a decidir sobre si se tramita o no la conciliación y no a la tramitación misma, que deberá llevarse a cabo por el registrador sustituido[16].

VIII. DESARROLLO

1. Oficio al destinatario

Calificada positivamente la solicitud de conciliación, el registrador oficiará al destinatario. AGUIRRE (2017) nos dice que la comunicación procesal consiste en «requerir» siendo el «requerimiento» una comunicación dirigida a «ordenar, conforme a la ley, una conducta o inactividad» pero dado que la conciliación es voluntaria, procede más bien un «oficio» que sirve «para personarse y para actuar dentro de un plazo» —artículo 149.2.º y 4.º LEC—; por su parte, usa el término «notificar» MARTÍN MARCO (2019: 156-158).

El envío de este oficio es consistente con otras operaciones registrales como las de los artículos 199 (AGUILERA, 2016: 1746-1749), 209, 201 y 217 LH y tiene amparo en la general del 41 LPA. En cuanto al plazo para hacerlo, nada nos dice la LJV ni podemos encontrar precepto alguno de la LH en el que apoyarnos, más allá del de quince días hábiles para la calificación, del (i) artículo 18 LH al que no parece adecuado acudir pues está referido a la calificación y no a la notificación. La *Guía* (2019: 8) propone uno de diez hábiles *ex* (ii) artículo 40.2 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas —que sustituye a los artículos 58 y 59 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común a los que se remite el 322 LH—, contados desde la nota —positiva— de despacho —tramitación— de la solicitud de conciliación. Nosotros estamos de acuerdo con este plazo pues, como sucede en la inscripción, se trata de notificar la calificación positiva de la solicitud pero, en este caso, al destinatario[17].

En cuanto a la dirección a la que dirigir el oficio, será la indicada en la solicitud, no pudiendo aprovecharse el registrador de la que resulte de alguna inscripción del registro —en contra, *Guía de conciliación* (2019: 6-7)—. Deberá contener una copia certificada por el registrador de la solicitud de conciliación para evitar omitir algún extremo que la altere —cfr. artículo 51 sexta RH—, con indicación de los datos de identificación de Entrada —fe-

cha de presentación— y número dado al expediente por el registrador, así como el carácter completamente voluntario del procedimiento, su derecho a no asistir o separarse de él en cualquier momento, y una invitación al oficiado para que se ponga en contacto con el registrador antes del plazo que se dirá, a fin de que le informe y, en su caso, fije una fecha para principar la negociación. Señalan las *Normas* (2017: art. 9) y la *Guía de conciliación* (2019: 3-4) la conveniencia de emplear modelos formalizados para esta fase procesal —como ya se hace, por cierto, para la solicitud de publicad registral—: precisamente, para evitar la falta de inclusión de alguna de estas informaciones entendemos relevante la utilización de modelos normalizados.

La suspensión de la prescripción de las acciones no se produce por la recepción del oficio sino por la solicitud de tramitación de conciliación, de conformidad con el artículo 143 LJV, por lo que el oficio enviado a una dirección errónea por culpa del registrador no conllevará responsabilidad para el registrador frente al solicitante pero sí eventualmente frente al destinatario que no pudo saber de la interrupción de la prescripción y, por tanto, no pudo actuar —defenderse— procesalmente. De surgir responsabilidad —por la razón que fuera—, esta se regirá por analogía con el artículo 300 LH; en contra puede sostenerse que los supuestos de responsabilidad están tasados en este precepto, de manera que debería irse entonces a la regulación general sobre responsabilidad de los funcionarios, de suerte que todo sujeto que genere una acción irregular responda por los perjuicios efectivamente causados y cuya conexión causal quede acreditada (confróntese art. 1902 CC).[18]

En cuanto al plazo del que dispone el oficiado para contestar, el (i) artículo 17.3 párrafo II.º LJV concede uno de quince días y el 21 del mismo texto legal seis meses contados desde la última notificación sin que se haya realizado actividad alguna por los interesados; en la (ii) LH encontramos un supuesto materialmente parecido en el 199.1 párrafo II.º —sobre oposición a la georreferenciación de fincas vecinas—, con un plazo de veinte días; finalmente, el (iii) artículo 68 LPA fija uno de diez para la «subsanación y mejora de la solicitud» y otro de tres meses para la caducidad de los procedimientos que, iniciados a instancia del interesado, estuvieran paralizados (art. 95), si bien el precepto no indica cuándo deberá hacer la Administración esta advertencia, por lo que no aclara la cuestión. Creemos que por su cercanía material con lo que aquí interesa, tanto podría aplicarse el de seis meses del artículo 21 LJV —que resulta exageradamente largo, si se compara con los habituales en el procedimiento registral, por lo que lo descartamos— como el de veinte días del 199 LH e, incluso, aunque la analogía no resulte aplicable, el de quince del artículo 18 del mismo texto legal. El de cinco días del artículo 142.2 calculado desde el siguiente al de la recepción del oficio o el de diez desde el siguiente al de la solicitud, resultan a nuestro parecer excesivamente breves en comparación con otros

de la Ley Hipotecaria—en el mismo sentido se expresan las *Normas* (2017: art. 9)—. En conclusión, o se opta por el de quince días del 18 LH o el de veinte del 199 de la misma norma, pero sin que con el primero exista identidad alguna de razón y teniendo en común con el segundo el ser la contestación a un oficio del registrador resultado de una instancia de tercero —quien pretenda georreferenciar— que, a fin de cuentas, opera como conciliación pues se refiere a un eventual pleito —geofijación de los vértices de las fincas— aunque, bien es cierto, sin carácter jurídico pues no se trata de deslinde; *ergo*, son tan significativas las similitudes como las diferencias entre los supuestos de los artículos 103 bis y 199 LH sin que pueda entonces alcanzarse una solución definitiva sobre esta cuestión. Por su parte, las *Normas* prevén un plazo de treinta días naturales «a partir de la fecha de recepción de la notificación [de manera que] quien formuló la invitación podrá considerar que la otra parte ha rechazado la oferta de conciliación» (2017: art. 6) pero sin justificar su postura; descartada la posibilidad de que este plazo de contestación sea fijado *ad libitum* por el solicitante —aunque resulte inferior al de quince o veinte días defendido por nosotros e, incluso, aunque la solicitud contenga una oferta de acuerdo— podrá, sin embargo, limitar el plazo de vigencia de la oferta pero no de la vigencia del asiento de presentación en la Entrada; ídem del anterior para el registrador que pretenda fijarlo a su prudente arbitrio pues semejante competencia no está prevista en norma alguna, especialmente considerando que se trata de un procedimiento de Derecho público; finalmente, tampoco el de sesenta días del asiento de presentación es aplicable a la contestación del oficio pues este plazo es para los recursos, no para contestar; AGUILERA (2016: 1746-1749), en cambio, cree que esta es precisamente la solución. En conclusión, si bien creemos que el recurso al plazo del artículo 199 LH es el más razonable para ser aplicado a la contestación del oficio que el registrador haga al destinatario de la solicitud de conciliación, existen numerosas dudas sobre la identidad de razón entre ambos preceptos; estamos, pues, ante una laguna legal a la que no podemos contestar definitivamente ni siquiera ofrecer posibles soluciones. Fuere cual fuere el plazo de contestación y duración del asiento de Entrada, de no contestarse el oficio por el destinatario antes o después deberá procederse al cierre del expediente lo que no afectará a la suspensión de la prescripción ya operada ni a la posibilidad de presentar nueva solicitud por la misma persona y litigio.

2. Respuesta

El oficiado puede (i) atender el oficio —compareciendo ante el registrador— y (i.a) negociar o (i.b) no negociar un acuerdo y, en el primer caso,

(i.a.1) alcanzar un acuerdo o (i.a.2) no alcanzarlo— o (ii) no atenderlo —no comparecer—. La comparecencia del oficiado, de haberla, podrá efectuarse presencialmente o a distancia —teléfono, correo electrónico, videoconferencia—, pues ninguna norma de la LH lo impide; en ese momento se podrá comunicar al registrador una dirección postal o de correo electrónico distinta de la de la solicitud para notificaciones (AGUILERA, 2016: 1746-1749) y podrá el registrador-tramitador resolver las dudas procesales o sustantivas que se le planteen. Simplifiquemos nuestra exposición considerando dos supuestos que recogen el resto, a saber: acuerdo/no acuerdo. El acuerdo supone atender el oficio —léase, comparecer—, negociar y pactar; el segundo, no atender el oficio —léase, no comparecer—, o comparecer pero no negociar un acuerdo o, por último, comparecer y negociar pero no alcanzarlo. Siguiendo estos dos supuestos principales: (i) si no hay acuerdo, el registrador extenderá acta de terminación del procedimiento indicando que el mismo se cierra por incomparecencia del oficiado o por comparecencia sin acuerdo; creemos que el cierre por estas causas debería ser al menos comunicado al interesado y, lo más, notificado con expresión de la causa justificada del cierre con pie de recurso por ser recurrible como todo acto administrativo-registral. Transcurrido el plazo de recurso la decisión administrativa devendrá firme. ¿*Quid* si siendo varios los destinatarios de la conciliación no se presentan todos? Salvo que la presencia de todos ellos sea *conditio sine qua non* para resolver el conflicto, será posible continuar la conciliación con los comparecientes[19].

Si, en cambio, el destinatario (ii) comparece, el registrador responderá todas las dudas que se le planteen y le peguntará si acepta, primero, la existencia de la fuente del litigio y de la desavenencia y, segundo, comenzar a negociar para alcanzar la avenencia o, de haberla, si acepta la oferta de acuerdo formulada por el solicitante de la conciliación. Si no admite la existencia de la fuente de la relación o la de la obligación reclamada, o si se opone a negociar, lo hará constar por escrito el registrador con la firma del interesado —si el interesado se negara a firmar, lo expresará así el registrador—, finalizando entonces el expediente. En todo caso, la negativa a permanecer en la conciliación puede producirse en cualquier momento procesal, sin necesidad de expresar causa y sin un plazo de preaviso. En caso contrario, de aceptar negociar, esta se «se organizará del modo que las partes tengan por conveniente» —artículo 10.1 LM y, en el mismo sentido, 25 LA— con los límites que resulten de las necesidades organizativas del registro —v. gr., horario, local—.

Debe reflejarse en el acta o diligencia el no-acuerdo por una de las tres causas objetivas —no comparecencia, comparecencia pero no negociación, negociación pero no acuerdo—, así como las ofertas realizadas para superar el litigio. *A contrario*, no debe incluirse en el acta ni, por ende, en

el expediente, «actas intermedias con el contenido de las conversaciones» y aceptamos solo las «de haberse celebrado la reunión» pues las primeras no cumplen función jurídica alguna; en contra, FERNÁNDEZ DEL POZO (2016: 302) alude a «razones de seguridad jurídica», en realidad, de congruencia jurídica en relación con los tratos preliminares y de simple seguridad para las partes, de manera que puedan debatir libremente. Dicho de otra manera, las actas solo deben recoger la celebración de las (i) reuniones, las (ii) ofertas y los (iii) acuerdos (acta de avenencia); de la misma opinión que el autor últimamente citado son las *Normas* (2017: art. 12). Distinto de lo anterior es que el registrador o las partes tomen notas *informales* —léase, sin relevancia jurídica— para conocer el punto de la discusión en que finalizó una reunión y retomarlo en la siguiente; estas notas tienen en todo caso un carácter particular, privado, de gestión interna al modo de las notas registrales de oficina. Y si en un momento dado lo que el oferente presente como oferta no cumple, a juicio del registrador, con los requisitos jurídicos por resultar incompleta, al primero siempre le queda el remedio expeditivo de hacerla llegar al destinatario por *burofax*. Y en apoyo de nuestra tesis de que debe quedar recogida la primera y sucesivas comparecencias de las partes, pero no el contenido de lo negociado, así como que el registrador queda sujeto al deber de confidencialidad sobre este último, véase el artículo 6 del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal, transcrito en nota al pie. Por añadidura, no parece que el registrador pueda actuar como testigo en juicio por la información de que tenga conocimiento como conciliador.

3. Negociación

A) Abogado y procurador

En las actuaciones registrales no es necesaria la participación de abogado —la LH solo emplea este término, para referirse al del Estado, en su artículo 328.5.º sobre recursos contra la calificación—. Para la jurisdicción voluntaria se sigue matizadamente la misma idea a tenor de sus artículos 141.3 —«en los expedientes de conciliación no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador»— y 144.1. Que no sea necesaria no significa, sin embargo, que esté prohibida, tal y como prevé el artículo 3.2 LJV. En el mismo sentido se expresan los artículos 30.2 —si entendemos por «representante» al abogado— y 37.6 LA sobre «honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes»; por su parte, ni el artículo 1089 del Código Civil ni la LM lo exigen aunque tampoco lo prohíben; finalmente, la misma idea aparece en el artículo 6 *Anteproyecto*.

Distinto es el caso del procurador, pues su presencia no es posible en el foro registral a tenor del artículo 543 LOPJ, de los artículos 1 a 3 del Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España y de la definición que de ellos da la EM del Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales «como sujetos cooperantes con la Administración de Justicia, atribuyéndoles con exclusividad la representación de las partes en todo tipo de procesos [judiciales], salvo cuando la ley autorice otra cosa». No es casualidad que, como sucedía para el abogado, no se mencione una sola vez en la LH ni en el RH[20].

B) Actividad desplegada por el registrador.

Son límites de la actuación del registrador el (i) trato procesal igual a las partes —de manera que, parafraseando el artículo 7 LM podría decirse que «[el registrador] no participa de ninguna de las opciones en conflicto»; y, en el mismo sentido, 24 LA—, (ii) neutralidad —el acuerdo debe adoptarse por las partes y no por decisión del registrador (art. 8 LM); más que un límite es una característica de la heterocomposición— y (iii) suficiencia para que puedan adoptar la posición procesal que convenga a su derecho —que se tramite el procedimiento y sea oficiado el destinatario para que pueda comparecer—[21].

Una cuestión de cierta relevancia es la de si el registrador de la propiedad puede formular a las partes propuestas de resolución de la desavenencia. La cuestión ha sido tratada por la doctrina desde un punto de vista puramente deductivo, así: existiendo diferentes tipos de terceros, podría deducirse que se distinguían entre sí por razón de un ámbito de actuación materialmente distinto. Este planteamiento ha sido acríticamente aceptado por los juristas cuando, en realidad, debió haberse planteado un acercamiento inductivo a la cuestión, así: si los litigantes acuden libremente al PERC son igualmente libres de señalarle al tercero-auxiliar la actividad que quieren que despliegue, lo que no es sino aplicación del artículo 1255 del Código Civil; por otra, si el tercero-auxiliar no es jurista, difícilmente ofrecerá ni se le pedirán soluciones jurídicas. De ahí que en la mediación la simple «formalización del título ejecutivo» (art. 25 LM) cumple una doble función: en el caso de mediador jurista, conlleva un doble control de legalidad y la formalización en documento público; en el del no-jurista, un primer control de legalidad y, nuevamente, la formalización pública. Este planteamiento nos lleva a otro: el PERC más eficiente es la conciliación porque es el único que con un solo impulso procesal permite obtener un título equivalente al judicial

en términos de mercado a la sentencia, esto es, un acuerdo controlado de legalidad y formalizado en documento público. El siguiente paso consistirá en la comparación de costes entre los tres procedimientos conciliatorios, asunto al que dedicamos la *Tercera parte* de nuestro trabajo[22].

La formulación de propuestas de resolución del litigio va desde la identificación de cuál sea la solución prevista en Derecho a, incluso, la redacción de las cláusulas del acuerdo, sin que el registrador no incurra en ninguno de estos dos supuestos en responsabilidad porque no toma decisión alguna. Para la identificación de la solución prevista en Derecho, el registrador responderá cuando esta sea expresada por él mediante informe registral, que puede solicitarse como operación registral separada de la tramitación de la conciliación —confróntese artículo 353 RH—. La responsabilidad del registrador vendrá después, al tiempo de controlar de legalidad el acuerdo, incluidas las cláusulas aceptadas por las partes, las haya o no redactado él. No es sostenible la contraria, esto es, que ante una petición de las partes para que el registrador les informe o auxilie en la redacción de las cláusulas, este pretenda actuar como mero tercero testigo: porque el legislador quiso que un jurista funcionario público se encargara de la tramitación de la conciliación por razón de su formación jurídica, porque no tendría sentido no participar en la formación de un acuerdo para después controlarlo de legalidad y tener que declarar que no se ajusta a Derecho ni, mucho menos aún, elevar a público mediante un documento que va a transitar por el mercado con un acuerdo contrario a Derecho. Obsérvese que el registrador no asesora —«dar consejo o dictamen», esto es, «decir a alguien que algo es bueno o beneficioso para él» o «hacer que alguien vea o comprenda que otra cosa es necesaria»—, labor propia de los abogados, sino que informa: la diferencia es en todo caso sutil y la práctica muy rica, de ahí que no podamos dar una regla general para distinguir ambas actividades. En este mismo sentido se expresa el legislador cuando dice que «en ningún caso pretende esta norma encerrar toda la variedad y riqueza de la mediación, sino tan solo sentar sus bases y favorecer esta alternativa frente a la solución judicial del conflicto» (preámbulo EM III párrafo I.º LM—). En cuanto a facilitar la negociación, dependerá de la pericia psicológica de cada registrador —es precisamente ahora donde se ponen en valor las «técnicas de mediación» que no se confunden con las habilidades jurídicas—, pues nada nos dice el legislador, por lo que puede ir de la más pasiva, puramente tramitadora, hasta la más activa, animando a las partes a alcanzar un acuerdo e, incluso, a señalarles las soluciones en Derecho a su desavenencia, tal y como se expuso. Según nuestra experiencia, el planteamiento no es el propio del foro judicial en forma de réplica, dúplica, etc., sino como un diálogo constructivo. Se trata más de una conversación en la que las partes plantean —no exponen—, preguntan —no interrogan—, proponen —no accionan— y, por

último, convencen —no vencen—; sobre el particular y en apoyo de estas ideas, véanse artículos 12.1 y 13 del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal, este último transcrito en nota al pie. Más concretamente, en cuanto a cómo deban discurrir las reuniones, el registrador, de acuerdo con las partes y considerando la situación existente —principalmente emocional según nuestra experiencia—que cada una de ellas le haya expresado, es libre de decidir si las celebra conjunta o separadamente y, en su caso, trasladará a la segunda la oferta que le haga la primera y viceversa; sobre esta cuestión, *vid. infra* la «unidad de acto registral». La LM por su parte exige a las partes una «intervención activa orientada a la solución de la controversia» por ellas mismas —EM III— pero ni es esta una disposición jurídica sino desiderativa —de escasa técnica legislativa— y, además, no tiene su correlativo en la LJV[23].

¿Puede el registrador renunciar a la tramitación o negarse *motu proprio* a continuarla por, por ejemplo, observar «que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión» —cfr. artículos 22.1 y 2 LM—? Creemos que mientras se encuentre vigente el asiento de presentación, no, pues la LH no le atribuye al registrador esta facultad decidente para los títulos inscribibles —cfr. artículo 18 LH: «los Registradores *calificarán*» [las cursivas son nuestras] y, *mutatis mutandis*, «los Registradores *conciliarán*»—. Y en cuanto a las posiciones, no corresponde al registrador juzgar este extremo, por lo que deberá dejar que transcurra el plazo de vigencia del asiento de Entrada para, verificada que sea la falta de acuerdo, cerrar el expediente.

En cuanto a la duración de la negociación, bien puede tomarse nuevamente la LM, de manera que será «lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones» —artículo 20 LM— con la duración máxima del asiento de Entrada que, por lo que se dijo, entendemos de sesenta días, tras los que deberá presentarse una nueva. Podría plantearse la prórroga del asiento, pero esta solo es posible, si acudimos a las normas sobre Diario, con la retirada de la solicitud —lo que conllevaría la suspensión del procedimiento— o por calificación negativa —lo que se produciría precisamente por defectos en la solicitud que impidieran su tramitación—. Somos conscientes de que parecería más razonable —por economía procesal— prorrogar el asiento cuando hay convencimiento de que la conciliación puede finalizar en acuerdo, pero no hay precepto en el que apoyarnos, la percepción es subjetiva y, además, el límite temporal funciona como garantía de que los expedientes no permanecerán abiertos *ad perpetuam* ni se cerrarán libérrimamente por el registrador, así como por el impacto del cierre en el plazo de prescripción de las acciones, que empezaría a correr nuevamente, argumento este último principal a nuestro parecer.

C) Pruebas

Los PERC —fuera del arbitraje— no son procedimientos contradictorios sino persuasivos, basados en la fuerza jurídica del título alegado y de su probabilidad de ganar en juicio. De ahí que la prueba como dirigida a «contribuir a esclarecer los hechos controvertidos» —artículo 283.2 LEC— para así obtener «la tutela judicial» (art. 281.1 LEC) en favor del que la ofrezca no tenga lugar en el circuito extrajudicial —esto es, la conciliación—, resultándole por tanto ajena. Sí se podrá, en cambio, presentar todos los documentos necesarios para persuadir a la otra de la propia razón jurídica y, por tanto, de la conveniencia de alcanzar un acuerdo que ponga fin al litigio y ahorre los costes procesales de su judicialización. Contra nuestra opinión se expresan DÍAZ FRAILE (2016) y las *Normas* (2017: art. 16), confundiendo estas claramente conciliación con juicio o arbitraje[24].

D) Medidas cautelares

Las *Normas* (2017: art. 23) sostienen que es posible adoptar medidas cautelares con el fin de «asegurar la efectividad del eventual acuerdo o avenencia a que puedan llegar las partes en el procedimiento de conciliación». Distingamos entre medidas cautelares registrales y no-registrales. En cuanto a las primeras, el objetivo de la conciliación es negociar para alcanzar un acuerdo, por lo que este aún no existe y, por tanto, sin que pueda asegurarse nada por falta de objeto o, al menos, nada con la concreción que exige una medida cautelar pues no se sabe si habrá acuerdo y, de haberlo, cuál será su contenido, y, en cuanto a este, si tendrá o no trascendencia registral: demasiadas dudas para ser soportadas por el principio registral de especialidad. Vista la cuestión objetiva, procedería aún resolver la subjetiva, esto es, ¿quién adoptaría la medida cautelar? Sería posible pensar en el registrador pero no hay precepto que lo ampare —confróntese el artículo 42 de la Ley hipotecaria—; quizá las partes conjuntamente o por separado pero nos encontraríamos con el problema de la legitimación para la ajena —artículo 20 de la Ley Hipotecaria—, y aún nos faltaría encontrar la finca sobre la que extenderla, amén del riesgo de un acuerdo fraudulento de las partes en perjuicio de tercero. En conclusión, ni subjetiva ni objetivamente puede sostenerse la extensión de medidas cautelares por razón del procedimiento de conciliación; en el mismo sentido que nosotros se expresa AGUIRRE (2017). Y en cuanto a las segundas —medidas cautelares no-registrales—, las más típicas son la consignación en tercero y, en menor medida, las vindicias en una de las partes: estas medidas son posibles pero su eficacia cautelar resulta dudosa, pues al no constituir un derecho y, en todo caso, no uno

real —una y otra no son sino el simple traslado de la tenencia de la cosa litigiosa—, no impide que una de las partes litigantes constituya derechos reales sobre aquella que después resulten oponibles a la otra.

E) Deber de Confidencialidad

Definamos primero el objeto posible de la confidencialidad: en tanto que todo el expediente puede ser objeto de publicidad formal mediante certificación —asunto que trataremos en la *Tercera parte*—, la confidencialidad solo es predicable en cuanto a la información percibida por el registrador por sus sentidos y que, además, no se refleje en el expediente, tal y como el contenido de las negociaciones celebradas —manifestaciones de las partes— pero no trasladadas a acta alguna. Al deber de secreto se refiere el artículo 371 LEC. Si bien se trata esta cuestión en los artículos 9 LM —con alcance limitado para el caso de asuntos penales—, 24.2 LA —«los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales»— y 542.3 LOPJ —«los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos»—, nada nos dice el legislador para la conciliación tramitada por el registrador. Este asunto no aparece razonado sino simplemente enunciado en las *Normas* (2017: art. 14), a diferencia de AGUIRRE (2017). CARMONA (2016: 291), por su parte, considera que el notario queda en todo caso obligado a declarar en juicio. Por último, el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal parece apuntar por la afirmativa —aunque con posibilidad de dispensa por las partes y sujeto a un cierto régimen de excepciones— en su artículo 6 (Confidencialidad), comprendido en las disposiciones generales y, por tanto, aplicable a la conciliación, por el que: «El proceso de negociación y la documentación utilizada en el mismo son confidenciales, salvo la información relativa a si las partes acudieron o no al intento de negociación previa y al objeto de la controversia. La obligación de confidencialidad se extiende a las partes intervinientes y, en su caso, al tercero neutral que intervenga, que quedará sujeto al deber y derecho de secreto profesional, de modo que ninguno de ellos podrá revelar la información que hubieran podido obtener derivada del proceso de negociación […] La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico». Interesa sin duda que el legislador aclare este punto el estatuto profesional si bien puede decirse que en la práctica se entiende que rige el criterio de confidencialidad para las consultas diarias que recibimos en los

despachos registrales. Finalmente, la confidencialidad se predica *ad extra* pero también *ad intra*, de manera que el registrador no revelará a cada parte lo que la otra le haga saber separadamente —en este sentido se pronuncian las *Normas* (2017: arts. 13 y sigs.)—[25].

IX. TERMINACIÓN

1. Acta

Siendo la diligencia el «trámite de un asunto administrativo, y [la] constancia escrita de haberlo efectuado» (RAE, acepción tercera) y el acta la «relación escrita de lo sucedido, tratado o acordado» pero también la «certificación, testimonio, asiento o constancia oficial de un *hecho*» (ibídem, acepciones segunda y tercera; las cursivas son nuestras), parece que tanto el hecho de no alcanzarse un acuerdo —más evidentemente aún: la falta de comparecencia del oficiado— como el que se alcance con expresión de su consentimiento, precisan un acta (formal) que verdaderamente será tal en el supuesto más complejo —acuerdo de conciliación y su contenido— y que no pasará de simple diligencia en el más sencillo —falta de acuerdo o de comparecencia— resultando dudoso si ha de procederse formalmente mediante acta o simple diligencia en los supuestos intermedios —negociación infructuosa—. Aún podría sostenerse —y resultaría a nuestro parecer razonable— que en todo caso se extienda un acta formal con independencia de que su contenido sea más o menos sencillo. Acta o diligencia, *toda* conciliación ha de finalizar motivadamente con su reflejo formal en el expediente. En un sentido similar se expresa AGUIRRE (2017). Empero, no procede extender una «certificación» como erróneamente afirma el 103 *bis* y como acertadamente apunta DÍAZ FRAILE pues «una certificación es una copia o traslado fehaciente de un documento original» (2016) y en el momento procesal que estudiamos en este epígrafe estamos, precisamente, creando el documento —el acta comprensiva del acuerdo o desacuerdo— a partir del cual se certificará en lo sucesivo.

En cuanto a si existe unidad de acto registral tanto para la negociación como para la firma del acuerdo o para hacer constar el desacuerdo, o sea, sobre si es necesario reunir a ambas partes al mismo tiempo para que se pongan de acuerdo, RODRÍGUEZ ADRADOS (2009) nos dice para la escritura pública que:

> «—el "acto uno", en expresión de GIMÉNEZ-ARNAU—, consiste en la concurrencia simultánea (inmediación) de todas las personas antes indicadas y en la simultaneidad de sus actuaciones

> en el documento, especialmente las declaraciones de voluntad de los otorgantes, consignadas en un único texto (otorgamiento) y la dación de fe del notario (autorización)» (2009).

Y si bien la unidad de acto ha sido criticada «por incompatible con la agilidad del tráfico, siempre creciente», el autor citado la defiende pues, a su parecer, «la unidad de acto es […] la última garantía de la integridad del documento, al impedir toda modificación de este entre acto consentido y su autorización documental». Nosotros, en cambio, entendemos que esta postura supone la delegación de la fe pública del notario en las partes; el documento, entendemos, es íntegro porque así lo afirma el funcionario público autorizante —en este caso, el notario— y no porque las partes lo declaren, ni lo comprueben, ni tampoco porque se fiscalicen mutuamente. Esta unidad de acto, empero, admite relevantes excepciones que en la práctica la anulan como principio, así:

> «no se oponen a la unidad de acto los otorgamientos sucesivos, porque los otorgantes del negocio que no hayan concurrido al otorgamiento de la escritura, pueden hacerlo sucesivamente, en tiempos y lugares distintos, en la misma escritura o en otra, ante el mismo notario o ante otro (cfr. RN, art. 176), pero siempre con observancia de la unidad de acto en cada escritura o en cada diligencia, que a pesar de este nombre es también una escritura distinta, ya que «la unidad de papel no es la unidad de documento» (GONZÁLEZ PALOMINO).

Esta distinción entre unidad de papel y unidad del documento —esto es, del negocio jurídico celebrado— no es más que un requiebro bizantino dirigido, a nuestro parecer, a suplir el riesgo expuesto de la incompatibilidad: si las partes no están presentes todas ellas a la vez se rompe de suyo la «unidad del acto» pues la unidad sustantiva siempre existirá, con independencia de que las partes expresen su consentimiento simultánea o sucesivamente. A fin de cuentas, comprador y vendedor lo son siempre por razón del mismo negocio, con independencia de que expresen su consentimiento en tiempos, lugares e, incluso, formas distintas; la unidad sustantiva —«de documento» en palabras del citado GONZÁLEZ-PALOMINO— es necesaria; la de su celebración —«de papel»— es contingente, de ahí que la unidad de acto se refiera siempre a la segunda, que es variable, no a la primera, que permanece constante, invariable, de manera que admitido que la unidad de acto notarial admite excepciones y que estas excepciones no son, en realidad tales, si no que es perfectamente posible la celebración sucesiva de un mismo negocio —mediante la prestación en distintos momentos de los

consentimientos necesarios para su perfección—, la conclusión es que tal unidad de acto notarial, en realidad, no es tal. En todo caso, esta cuestión no es relevante para la LJV pues no exige en ningún momento unidad de acto ni para la presentación de la solicitud de conciliación —esta puede ser presentada por solo uno de los litigantes—, ni para la notificación a los destinatarios —pues su notificación puede hacerse por el registrador en días sucesivos, por ejemplo—, ni para la negociación —pues es posible y, en numerosas ocasiones recomendable según nuestra experiencia, no hacer comparecer a ambas partes en litigio a la vez, especialmente cuando la desavenencia estrictamente patrimonial está acompañada de otra significativamente emocional—, ni, por último, para la firma del acuerdo de conciliación. La decisión de la LJV en este sentido es consistente con el resto de PERC: no se exige para la mediación —cfr. artículo 18.2 LM—, ni para el arbitraje pues ni los árbitros están sujetos a unidad de acto para la toma de decisión sobre el laudo —cfr. artículo 35 y 37 LA— ni las partes tienen por qué comparecer a la vez —cfr. artículo 30 LA—, aunque podamos presumir que lo habitual sea que así suceda; ídem del anterior —y esto nos parece definitivo— para los restantes procedimientos de conciliación previstos en la Ley Hipotecaria —los tan repetidos 209, 210 y 217—. Por añadidura, nada aporta al acuerdo en términos jurídicos la unidad sustantiva de acto ni, por lo dicho, a la integridad —que está bajo la salvaguarda del tramitador correspondiente y su régimen de responsabilidad—, ni su inexistencia supone merma en las garantías procesales, ni en la igualdad de las partes ni, mucho menos, en la neutralidad del tramitador. Además, si el acuerdo fuera firmado electrónicamente, no podría darse la unidad de acto, sin que parezca que la ley quiera impedir una conciliación alcanzada de esta manera. Aún hay un argumento más apoyado en la legislación futura: en tanto que, como se dijo, el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal recoge la «oferta vinculante confidencial» (art. 14.3), se descarta la unidad formal del acuerdo, pues no se exige que oferta y aceptación se produzcan al mismo tiempo. En consecuencia, puede sostenerse como indubitada la opinión de que no rige para la conciliación tramitada ante el registrador el principio de unidad de acto, ni para la negociación ni para la firma del eventual acuerdo, de ahí que puedan comparecer ante el registrador y firmar el acuerdo simultánea o sucesivamente, sin que exista un plazo máximo entre la primera y la última firma[26].

Habiendo acuerdo y antes de su firma, el registrador procederá a controlarlo de legalidad y donde este «control de legalidad» significa únicamente que comprobará que (i) no es contrario a Derecho y (ii) no perjudica *per se* ilegítimamente los intereses de tercero conocido, sin que deba el registrador valorar si las prestaciones se ajustan poco o mucho a los títulos alegados ni tampoco si son proporcionales entre sí. Además, se asegurará de que el

acuerdo reúne todos los requisitos necesarios para lograr su finalidad —v. gr., identificación clara de las prestaciones y fecha de su cumplimiento, identificación completa de las fincas registrales— y que no resulta confuso. El registrador incurrirá en responsabilidad patrimonial cuando el acuerdo alcanzado sea ilegal o del que resulten daños para las partes y siempre que se den los requisitos de acción, daño y causalidad[27].

¿*Quid* si las partes exigen al registrador que levante acta de un acuerdo ilegal? En la medida en que el registrador está sujeto a Derecho y la LJV espera que su actuación sea jurídica, solo tiene dos opciones y donde ambas conllevan su control de legalidad sobre el acuerdo: (i) no formalizar el acta del acuerdo, extendiendo nota de calificación que justifique su actuación, nota de calificación recurrible como todo acto administrativo o (ii) extender el acta, pero realizando en esta las oportunas advertencias sobre su ilegalidad. Nosotros somos de la primera opinión: creemos que no procede en ningún caso levantar acta de acuerdos con tacha de ilegalidad, ni siquiera pese a hacer constar las advertencias, por las siguientes razones: (a) por deducción de los otros supuestos de conciliación registral —artículos 209 Tercera y Sexta y 217 párrafo I.º LH— en los que el registrador debe hacer una valoración jurídica de la existencia de defecto y de la procedencia de lo solicitado; (b) por analogía con la labor judicial al emitir sentencias, en que la resolución siempre se ajusta a Derecho; (c) ídem del anterior en la conciliación judicial, en que existe idéntico control de legalidad como veremos al tratar las homologaciones judiciales de acuerdos de transacción; (d) por analogía con la actividad notarial, en que el notario no puede autorizar documentos que contenga tacha de ilegalidad de acuerdo con el artículo 145 RN. No creemos conveniente que en la conciliación quepa la posibilidad de formalizar documentos públicos con advertencias pues, como se dijo, debe ser un procedimiento dirigido a obtener títulos equiparables a la sentencia, donde no caben aquellas; (e) si el preámbulo LJV sostiene que la tramitación de la conciliación se concede a «registradores […] por razón de que son operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional» por lo que se justifica compartir con ellos «con carácter general la competencia [de asuntos judiciales] para su conocimiento [dado que] estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los Jueces», no tendría sentido que estas funcionarios certificaran acuerdos contrarios a Derecho. Resulta insostenible entonces pretender que un funcionario —especialmente jurídico como es el caso del registrador—participe en su condición de tal en un negocio jurídico sin que realice la actividad en la que es especialista, en forma de control de legalidad; (f) porque si la finalidad de la norma es resolver

litigios, no tendría sentido que el acuerdo que los resuelva sea, a su vez, litigioso; (vi) porque en la medida en que estos títulos van a circular en el tráfico jurídico, no resulta defendible darles la apariencia de legalidad que les atribuye la forma cuando, sustantivamente, son ilegales; (g) porque pudiéndose decidir entre que todo acuerdo sobre el que se certifique sea legal o crear títulos más o menos legales con advertencias legales, parece más sensato que el tráfico jurídico solo pueda disponer de los primeros, reduciendo así los costes operativos de la valoración jurídica de cada título (por analogía, piénsese en la presunción de veracidad y certeza del registro de la propiedad)[28].

En cuanto al contenido del acta cuando exista acuerdo: (i) identificará a los comparecientes por los nombres, apellidos, documento nacional de identidad y domicilio, (ii) los títulos de su intervención, (iii) la fuente de la obligación somera pero suficientemente descrita, (iv) ídem del anterior para la desavenencia, (v) los concretos negocios jurídicos que se celebran para superarla indicando si las transmisiones son de presente —incluida la *traditio*— o de futuro —lo que resulta desaconsejable para evitar la posibilidad de incumplimiento y con ello nuevo litigio— y, por último, (vi) la renuncia de ambas partes a todas las acciones que pudieran corresponderles por razón del litigio. El acuerdo se firmará por el registrador y por las partes; el registrador declarará en el acta que la firma de estas ha sido puesta en su presencia previa su identificación por exhibición del original de su documento nacional de identidad —copia del cual quedará archivada junto con el acta del acuerdo para que forme una unidad; ídem del anterior para el caso de que alguno intervenga como apoderado o administrador con fotocopia del original del poder o nombramiento, inscrito en su caso en el registro mercantil— y la calificación de su capacidad —general, nuevo artículo 246 del Código Civil y específica para los negocios de que se trate, tras la consulta al Libro de incapacitados y concursal, así como al mercantil y, si es posible, su facultad de disposición para el negocio o negocios contenidos en el acuerdo (confróntese, para los negocios inscribibles, art. 20 LH) haciendo constar todas estas consultas por el registrador en el acta—. Si fuera preciso, podrá incorporarse nota simple del estado de las fincas afectadas por el acuerdo o cualquier otro documento que se estime necesario, según las partes. En cuanto a «los antecedentes de cuanto haya ocurrido a lo largo del expediente de conciliación» (DÍAZ FRAILE, 2016) no debe trasladarse al acta por carecer de relevancia jurídica y salvo que las partes lo soliciten expresamente y el registrador lo entienda jurídicamente justificado; sí que habrán de hacerse constar las diligencias procesales significativas que expliquen el desarrollo administrativo del procedimiento y, en concreto: diligencia de solicitud de conciliación, oficio al destinatario y reunión con el registrador —sin

necesidad de especificar fechas—. Incide en la idea de reducir el contenido del acta al acuerdo el hecho de que la regulación de los PERC se refiere exclusivamente a este —no al procedimiento para alcanzarlo— y, más definitivo aún, los artículos 25 LM y 9 y 10 del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal en el mismo sentido en lo que aquí interesa. Véase sobre el particular lo dicho en «E) Deber de confidencialidad». Finalmente, se incluirá la fecha y, para mayor seguridad, la hora exacta de la firma.

En cuanto al contenido del acta en caso de (i) no-comparecencia o (ii) comparecencia, seguida de la (ii.a) oposición a negociar —inicial o sobrevenidamente— o la (ii.b) voluntad de negociar pero la imposibilidad de alcanzar un acuerdo, además de lo señalado para el acta de acuerdo en lo que resulte aplicable, indicará de forma general el hecho impeditivo del acuerdo, esto es: la no comparecencia o la comparecencia pero sin acuerdo tras haber intentado no negociar, sin necesidad de mayores explicaciones. En el diseño actual de PERC en que el legislador no pena —en forma de imposición de costas— a quien no comparece, ni a quien comparece pero no formula oferta o contraoferta, bastará con indicar en el acta final lo que sucedió pero no quién lo provocó, ni la causa última. No obstante aún puede defenderse —y nosotros así lo hacemos— que las ofertas y eventuales contraofertas que se formulen deberían trasladarse al acta a fin de que quien formulara una u otra puede emplearlas en su favor en juicio para librarse de la condena en costas, alegando que las producidas no lo fueron por su culpa. Sobre el particular, véase MATEO VILLA, 2022c.

¿Debe el acta ir firmada por los comparecientes? Bien puede entenderse que bastaría la del registrador para no dudar de la veracidad de su contenido y fecha. Por analogía con la sentencia, esta parece la solución más adecuada pero lo cierto es que el expediente completo se archiva en el juzgado, expediente mucho más completo del que resultará de un procedimiento de conciliación, donde las actuaciones serán casi exclusivamente orales y secretas —las judiciales escritas y con reflejo documental de las comparecencias que las hace, si no públicas, sí publicables—, a excepción de la solicitud y el acta. Esta norma rige incluso para procedimientos judiciales semejantes o idénticos a la conciliación, donde las partes no firman el acuerdo alcanzado. Si, en cambio, usamos la analogía del procedimiento notarial, parece que en este, como sucede en el resto de las actuaciones relativas a la prestación del consentimiento, se exigirá la firma de las partes. Aún podría considerarse con más razón la analogía con el resto de procedimientos conciliatorios registrales de la LH, así: su artículo 209.1 Sexta nos dice: «Si todos comparecieran y unánimemente convinieran las rectificaciones», conveniencia que quedaría sin duda reflejada en un acta; en un sentido semejante se expresa el artículo 210 Cuarta párrafo segundo

—«Si los citados comparecieran y consintieran las cancelaciones solicitadas»— pero «si alguno de los interesados no compareciese o, compareciendo, formulase oposición en cualquier fase de la tramitación, dictará el Registrador resolución que ponga fin al expediente»; finalmente, el artículo 217 advierte que «los errores de concepto […] no se rectificarán sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del Registrador». *Ergo*, en los dos primeros procedimientos el registrador firmará el acta si acaso como tramitador dacionante de fe de lo sucedido; en el tercero debe, además, consentir. Descartada la necesidad de consentimiento del registrador para la conciliación dado su carácter heterocompositivo, solo cabe la posibilidad de que firme el acta por el mismo título que los dos primeros preceptos, posibilidad que resulta una obligación como tal tramitador. Ahora bien, ¿*quid* si una de las partes se niega a firmar el acta por, por ejemplo, no haber comparecido? Imposible que sea la obtención de su firma pero resultando cierta la tramitación del expediente, la única opción posible es que el registrador la firme y dé el expediente por cerrado sin aquella intervención. Y esta forma de proceder puede predicarse tanto en el supuesto de que no comparezca una o ambas partes. *Ergo*, el acta no precisa para su validez de la firma de los comparecientes. Sin embargo, ¿sería razonable sostener que, existiendo consentimiento, este no sea expresado directamente por las partes —dejando además formalmente constancia de él— sino por persona interpuesta —en este caso, el registrador—? Dado que la respuesta es obviamente negativa, existiendo acuerdo entre las partes o compareciendo una sola de ellas, deberá/n dejar constancia —en la forma que sea, incluso por vídeo— de su consentimiento al acuerdo o al acta extendida, haciendo constar el registrador en el expediente la causa por la que la parte no pudo eventualmente expresar por escrito —mediante firma— su voluntad e identificando el medio alternativo empleado al efecto.

Para el caso de que el acta se extienda sin intervención del solicitante de la conciliación, deberá comunicársele pero no como calificación —pues no constituye denegación de la tramitación— y se procederá mientras tanto al cierre del expediente —confróntese artículo 19 LJV; el cierre, en cambio, sí debe notificarse y es susceptible de recurso administrativo—. No es necesaria esta comunicación, el expediente se cierre por acuerdo de conciliación y, en caso de duda, bastaría con que se haga saber, al pie, que el efecto del acuerdo será, precisamente, el cierre del expediente. Por último, el expediente puede finalizar por caducidad del asiento de presentación en el Libro de Entrada (*vid. supra*), por analogía con el asiento de presentación en el Libro Diario de los títulos para su inscripción, que no es objeto de notificación al tratarse de un efecto automático, *ex lege*. Cerrado que sea el expediente y transcurrido en su caso el plazo para la interposición de recurso, puede darse por finalizada su tramitación[29].

2. Conservación

Es obligación del registrador conservar en el archivo de legajos —regulado en los artículos 400 y 410 y siguientes RH y 32 RRM— el expediente completo de conciliación tramitado, especialmente el acta —de avenencia, desavenencia o incomparecencia— que contenga el original completo del acuerdo, en aplicación de los artículos 325 párrafo III.º y 326 párrafo II.º RH —sobre, precisamente, la conciliación del artículo 314 RH relacionada con la del 217 LH— y por analogía con el expediente de georreferenciación del artículo 199 LH; en el mismo sentido se expresan FERNÁNDEZ DEL POZO (2016: 303) y la *Guía* (2019: 9-10). No procederá en ningún caso la inutilización o destrucción de estos documentos pues no existe copia de ellos (cfr. art. 414 RH) por lo que no resulta aplicable por analogía el régimen de conservación temporal del artículo 22.1 párrafo II.º LM. Recuérdese aquí lo dicho en cuanto a que solo los registradores con registros a su cargo —léase, con Libros de Entrada y archivo de legajos— son competentes para tramitar conciliaciones pues solo ellos pueden dar entrada formalmente a la solicitud y conservar el original del acuerdo o desacuerdo.

3. Diligencias

Las diligencias son el reflejo en el expediente de toda la actividad procesal del registrador durante la tramitación de la conciliación; *ergo*, la regla general es que el registrador deberá extender diligencia cada vez que realice una actuación en relación con el expediente, diligencia que se incluirá en el expediente, de manera que este forme una unidad sin necesidad de acudir a otras bases de datos con el Libro de Entrada. De la misma opinión sobre la construcción del expediente mediante diligencias o actas son, por todos, AGUILERA (2016: 1746-1749) y la *Guía* (2019: 9).

Sin ánimo exhaustivo, son diligencias que deberá extender el registrador las siguientes: de presentación de la solicitud —a partir de los datos del Libro de Entrada—, de dación de un número identificativo de expediente, de su calificación positiva o negativa de la tramitación, de las actuaciones que realice en orden a la notificación al destinatario, de la comparecencia o comparecencias de información y negociación —una diligencia por reunión, con indicación, si el registrador lo estima oportuno, de la hora de inicio y terminación—, así como del acuerdo o desacuerdo y de la incomparecencia en el plazo que hubiera señalado el registrador, de las notificaciones de las calificaciones a las partes y sus vicisitudes, de las que realice en caso de calificación sustitutoria, de cierre del expediente, de su conservación en el

archivo de legajos y, por último, de libramiento de cada certificación del expediente (acuerdo) que se le solicite.

Podrán extenderse en papel de folio común; en cuanto al plazo para su práctica, no existe regulación pero parece razonable que sea cuanto antes y la de la avenencia inmediatamente después de la última firma de las partes. Puede el registrador ir extendiéndolas sucesivamente y firmarlas una por una o extender una sola comprensiva de todas a la terminación del expediente. Si la diligencia tiene por base un documento que la respalde, se iniciará con un «certifico»; en caso contrario, se iniciará con un «declaro». Son certificaciones, por ejemplo, las de identificación de las partes —al hacerse con base en el documento nacional de identidad— para la solicitud o el acuerdo, su capacidad —ídem del anterior—, la de haberse consultado el libro de incapacitados, el registro concursal y el mercantil —si existe documento que respalde la consulta—, la extensión del asiento de presentación —pues se hace con base en el Libro de Entrada—, la de documentación original presentada que el registrador coteje y cuya copia deje archivada en el expediente, la notificación que se haga por persona interpuesta —agente de correos, con base en la certificación recibida de esta—, la de haberse alcanzado un acuerdo —extendida con base en el mismo acuerdo—, la de la calificación negativa obrante en el expediente, la de haberse interpuesto recurso o la de haberse cerrado el expediente; constituyen una declaración, en cambio, la de ponerse la firma ante el registrador, la notificación hecha directamente por el registrador —por teléfono— y la de la firma del acuerdo[30].

4. Responsabilidad del registrador

La responsabilidad patrimonial directa del registrador alcanzará a la (i) presentación de la solicitud, la (ii) calificación para su admisión, el (iii) oficio al destinatario, (iv) control de legalidad del acuerdo, la (v) conservación diligente del acta y, por último, la (vi) emisión fiel de las certificaciones. Estas son las acciones de las que puede resultar un daño, en que la causalidad puede eventualmente establecerse y de las que el registrador debe responder patrimonialmente por su acción u omisión, no tanto de acuerdo con los artículos 296 y siguientes LH —porque no han sido adaptados por la LJV—sino de acuerdo con el 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. No es responsable, en cambio, porque la solución que les proponga no sea la de Derecho material —esto es, la prevista por el ordenamiento jurídico para la situación litigiosa de que se trate— siempre

que no contravenga norma imperativa, pues se trata de un acuerdo que es aceptado por las partes como propio y no uno impuesto[31].

X. CONCLUSIONES

I. *Res dubia iuridica*. Tiene un aspecto subjetivo y otro objetivo. Por el primero, exige la percepción de desavenencia, la convicción de que una obligación no ha sido o no será satisfecha conforme a como se espera que debía o debe serlo. Por el segundo, exige que el litigio nazca de una relación preexistente, que esta relación sea, además, jurídica, que se refiera a la exigencia de cumplimiento presente o futuro de una obligación que conceda *actio*, y esté referida a derechos disponibles por renunciables.

II. Inhibición y excusabilidad. Las causas de inhibición del registrador para la tramitación de la conciliación no han sido modificadas por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Empero, creemos prudente incluir el concepto de tacha, propio de los mediadores, de manera que el registrador informe a las partes en litigio sobre las que le puedan afectar tan pronto como las conozca. Hemos reflexionado sobre la posible excusabilidad del registrador en el que concurra causa de inhibición y hemos concluido que el cuadro que debe emplearse es el de sustitución, no el de interinidad.

III. Registradores titulares, sustitutos, interinos, excedentes y jubilados. Solo los registradores con un registro a su cargo, por el título que sea, pueden tramitar conciliaciones, pues es necesario contar con un Libro de Entrada para asentar las solicitudes y con un archivo de legajos para conservar los acuerdos.

IV. Conciliación colegiada. Es posible la tramitación de la conciliación por varios registradores sucesiva pero no simultáneamente. *Ergo*, no es posible la conciliación colegiada.

V. Conciliación por mediador. La función de registrador parece compatible con la de mediación pero la tramitación que se le solicite asentándola en su Libro de Entrada es siempre de conciliación. Por añadidura, *ceteris paribus*, la conciliación es preferible a la mediación pues ofrece siempre como resultado un documento controlado de legalidad y público. La mediación no puede ofrecer *per se* un título público y solo la celebrada por mediador jurista puede garantizar el control de legalidad del acuerdo alcanzado.

VI. Solicitud. Está legitimada para solicitar la conciliación toda persona con interés legítimo, interés que debe ser objeto de calificación por el registrador. La solicitud debe ofrecer un contenido mínimo que permita identificar suficientemente a las partes y oficiarles, identificar el litigio que se pretende resolver: su fuente, existencia, juridicidad, judiciabilidad y transigibilidad.

VII. Actividad desplegada por el registrador durante la negociación: propuestas de solución y control de legalidad del acuerdo. El registrador no solo puede ofrecer soluciones jurídicas por ser jurista sino que debe hacerlo, siempre que una de las partes así se lo solicite, pues es la razón por la que el legislador le ha atribuido la competencia.

VIII. Pruebas. No tienen cabida en la conciliación pues la dinámica propia de esta no es vencer sino convencer para evitar el juicio, alcanzando un acuerdo que supere la desavenencia. Durante este las partes podrán exhibir a la otra toda la documentación que en fase judicial tenga la consideración de prueba; pero en este caso será con el objetivo de animar a la otra a pactar, mostrando la fuerza jurídica de los propios argumentos.

IX. Medidas cautelares. En el marco de la conciliación, no es posible adoptar medidas precautorias en forma de anotación preventiva por falta de objeto y de sujeto legitimado. Las cautelares extrarregistrales carecen de verdadera eficacia.

X. Acuerdo y acta. Toda conciliación debe finalizar en acta y no en certificación como erróneamente señala el nuevo artículo 103 *bis* de la Ley Hipotecaria. El acta recogerá literalmente el acuerdo adoptado y superador del litigio con identificación de las partes, fuente jurídica de la obligación reclamada (v. gr., contractual, extracontractual), la concreta que pretenda resolverse las prestaciones aceptadas para superarlo, entre las que deberá incluirse la renuncia, preferiblemente por todas las partes, a cuantas acciones les pudieran corresponder por razón del litigio que ahora se supera. El acuerdo deberá ser controlado de legalidad por el registrador, quien solo trasladará al acta los que se ajusten a Derecho, negándose en caso contrario. Conviene que el acuerdo lo sea de prestaciones de presente a fin de evitar ulteriores nuevos litigios, declarando y efectuando en el mismo negocio la tradición si resultara preciso.

XI. Diligencias. Las diligencias son el reflejo en el expediente de toda la actividad procesal desplegada del registrador durante la tramitación de la conciliación, de manera que exista unidad de expediente sin necesidad de acudir a otras bases de datos.

XI. RESOLUCIONES

- 31 de enero de 2018[32]
- 7 de marzo de 2018[33]
- 27 de junio de 2019[34]
- 24 de julio de 2019[35]

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/.

BONEL, L. (1891). *Código Civil español*. T. IV-Lib. IV. Barcelona: A. López Robert, impresor.

CARMONA, J.E. (2016). La conciliación notarial, en *Estudios sobre la reforma de la legislación catastral e hipotecaria y sobre jurisdicción voluntaria. Expedientes notariales y registrales*. S. L.: Decanato territorial de Andalucía occidental, Colegio de registradores.

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. *Mediación: resolución de conflictos con la ayuda del notario*. Disponible en https://www.notariado.org/portal/mediaci%C3%B3n-ante-notario.

CONVIVENTIA. (S. f.) Asociación de registradores para la mediación, el arbitraje y la conciliación. *Informe de compatibilidad de funciones*. Sin publicar.

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.

DIEGO, F.C. d. (1926). *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*. T. IV. Derecho de obligaciones (continuación). Madrid: Librería general de Victoriano Suárez.

ESCUDERO, J. y ZUIL. M. (2019). La barrera del «quien pierde paga»: cada vez menos gente litiga contra la administración, *El Confidencial*, 16 de febrero. Descargado de https://www.elconfidencial.com/espana/2019-02-16/costas-judiciales-contencioso-administrativo_1828498/

ESPÍN, D. (1979). *Manual de Derecho civil español*. Quinta edición. Vol. III. Obligaciones y contratos. Madrid: Editorial Revista de Derecho privado.

ESTRUCH ESTRUCH, J. (2014). *La responsabilidad del registrador*. Madrid: Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España.

FALCÓN, M. (1889). *Código Civil español*. T. IV. Madrid: Centro editorial de Góngora.

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.

FLORES, G. (2013). Teoría de juegos y Derecho: arbitraje de oferta final, en *Foro jurídico*, número 12. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13802

GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios, del Código Civil español*. Madrid: Tipografía Imprenta de la Sociedad Tipográfico-editorial.

GAVIRIA GUTIÉRREZ, E. (1980). El abuso del derecho», en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 49, 27-34.

GULLÓN, A. (1991). Artículos 1.809 y sigs., en *Comentario del Código Civil* (Paz-Ares, Díez-Picazo, *et al.* dirs.), T. II. Madrid: Secretaría general técnica. Centro de publicaciones.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. (1877). *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*. Tercera edición. T. IV. Madrid: Librería de Sánchez.

MANRESA, J.M. (1911). *Comentarios al código civil español*. Segunda edición, corregida y aumentada. Madrid: Imprenta de la Revista de legislación.

MARTÍN MARCO, J.R. (2019). La conciliación ante el registrador, en *Anuario de Justicia alternativa*, núm. 15, julio de 2019, 145-165. Barcelona: Tribunal arbitral de Barcelona.

MATEO VILLA, I. (2015). *Anuario de Derecho civil*. Tomo LXVIII, fasc. III disponible en línea en: https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2015-30109101096

— (2022a). Del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria: la conciliación tramitada por el registrador. (Primera parte). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 789, 55-111.

— (2022b). Del artículo 103 *bis* de la Ley Hipotecaria: la conciliación tramitada por el registrador. (Tercera parte). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Pendiente de publicación.

— (2022c). De la fundamentación económica de los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.* Pendiente de publicación.

MAYNZ, C. (1892). *Curso de Derecho romano*, Segunda edición. T. II. Valencia: Jaime Molinas, editor.

NAVARRO, J.J. (2011). ¿Qué es la teoría de juegos?, en *El blog salmón*. V. *on line*: https://www.elblogsalmon.com/conceptos-de-economia/que-es-la-teoria-de-juegos

NAVARRO AMANDI, M. (1880). *Código Civil de España*. T. II. Madrid: Juan Vidal, editor.

PUIG BRUTAU, J. (1988). *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*. Barcelona: Bosch.

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.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (2009). La unidad del acto formal. *El notario del Siglo XXI*, núm. 24, marzo-abril. Disponible en: http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-24/1666-principio-de-la-unidad-de-acto-formal-0-12874558393726646

SALA, J. (1877). *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*. Valladolid: Imprenta y librería nacional y extranjera de H. de Rodríguez.

SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho civil*. T. IV. Segunda edición, corregida y aumentada. Madrid: Estudio tipográfico Sucesores de Rivandeyra.

VIOLA DEMESTRE, I. (2003). *El contrato de transacción en el Código Civil*. «Colección Monografías». Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

NOTAS

[1] Cfr. artículos 19 LJV, 103 *bis* LH, 81 LN 1 LM y 22.1 LA; VIOLA DEMESTRE (2003: 99, 307 y 313), MAYNZ (1892: 625) y SALA (1877: 469-470) y, por último, RDGRN de 27 de junio de 2019.

[2] La inadmisión de la solicitud de conciliación se regula en los artículos 17 LJV —precepto semejante al 404.1 LEC— y 139 LJV —sobre conciliación judicial— para el caso de «utilización de este expediente para finalidades distintas de la prevista en el párrafo anterior y que suponga un manifiesto abuso de derecho o entrañe fraude de ley o procesal». En aplicación del artículo 8 LJV, que establece el carácter supletorio de la LEC, el artículo 403 no prevé, en lo que aquí interesa, causas de inadmisión, y el 404 fija los de incompetencia territorial, ambos inaplicables a la conciliación registral. VIOLA DEMESTRE (2003: 98) nos dice que: «el presupuesto fáctico necesario de la transacción es, pues, un conflicto intersubjetivo jurídico al que calificamos como controversia jurídica en el cual es esencial que, al menos, una de las partes afirme la juridicidad de su pretensión» y para la prueba de su existencia basta que «una de las partes [alegue] una pretensión respecto de dicha situación jurídica y la otra se manifiesta en sentido contrario» (*vid.* RRDGRN de 27 de junio de 2019 y 24 de julio de 2019), de manera que «la incertidumbre [sobre el resultado del pleito] debe entenderse como un aspecto de la controversia en cuanto que de ella deriva, pero no como requisito de esta, porque nada le añade» (VIOLA DEMESTRE, 2003: 123-124). A BONEL (1891: 824-815), MAYNZ (1892: 624-625), FALCÓN (1889: 385), DE DIEGO (1926: 260) y SALA, (1877: 469) les basta con la judiciabilidad real y objetiva del litigio para determinar su transaccionabilidad, «cualquiera que sea el fundamento con que respectivamente se contradicen o disienten, en los puntos que han de ser materia de la transacción» (SÁNCHEZ ROMÁN, 1899: 949 y 958-959) si bien —añadimos—aún debe concurrir el sentimiento de convicción de que existe desavenencia. MANRESA (1911: 97) matiza que «bastará para la validez del contrato que el derecho sea dudoso en opinión de las partes que transigen, aun cuando no lo parezca, a un tercero desinteresado y competente. En otros términos: la cuestión de saber si el derecho objeto de la transacción es o no dudoso, debe apreciarse subjetivamente»; pero, añadimos, esta percepción subjetiva sin una base objetiva por jurídica, hace el litigio inconciliable. Sobre la no-necesidad de probar pero sí alegar la fuente jurídica de la que surge la obligación litigiosa, VIOLA DEMESTRE (2003: 99-103).

[3] En el mismo sentido se expresa AGUIRRE (2017). Para los procedimientos *sub iudice*: no usamos el término «firmeza» para los laudos ni para los acuerdos de conciliación pues lo son de suyo; *vid.* artículos 43 LA y 19.3 LJV; por este último, «resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria y una vez firme la resolución, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquel. Lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquel. Esto será de aplicación también respecto a los expedientes tramitados por […] Registradores en aquellas materias cuyo conocimiento sea concurrente con el de los Secretarios judiciales». SANTOS (2016: 31-32), en cambio, sostiene injustificadamente la posibilidad de conciliación en este supuesto. Señala el EM Anteproyecto LM: «en el ámbito de la ejecución, sin perjuicio de que las partes puedan acudir a ella si así lo desean, se ha descartado regular una derivación a mediación equivalente a la que opera en el ámbito del proceso declarativo, al no considerarse proporcionada, con carácter general, cuando ya existe una decisión judicial que ha resuelto el conflicto; si bien se mantiene, por su impacto social, en algunos supuestos de ejecución hipotecaria, así como en la ejecución de procesos de familia»; empero, no es posible en este caso a mediación por falta de *res dubia* pues el litigio ha sido juzgado y decidido por sentencia firme, a la sola espera de la ejecución. La cercanía entre los métodos compositivos puede hacer que lo que se inicie como arbitraje concluya sustantivamente como transacción —aunque formalmente como laudo— a tenor del artículo 36 LAR; por su parte, es posible que

el procedimiento judicial mute en transacción o conciliación *ex* artículo 415 LEC. *Vid.* artículos 11.1 LA y 10.2 pfo. III.º LM; esta solución no se prevé para la medianería —lo que no resulta sorprendente por tratarse de una legislación antigua y asistemática— ni para la conciliación —más sorprendente, dada la novedad de la norma y el antecedente de la LA y, más recientemente, LM—. En todo caso, para esta última, no tendría sentido instar pleito cuando previamente se halla pendiente procedimiento de conciliación, por lo que entendemos aplicable la medida sobre la declinatoria.

[4] VIOLA DEMESTRE (2003: 52-56) entiende autocompositivos los actos unilaterales «como manifestaciones [de su] poder de disposición […] sobre el proceso y sus pretensiones»; es el caso de la (i) renuncia —unilateral, en que el renunciante «abandona la pretensión del derecho por el que se litigaba» y que debe ser, entendemos, objeto de requerimiento para poner fin al litigio—. Distinta de la renuncia —al derecho— es el desistimiento —a la acción— pues no impide que el litigio pueda volver a plantearse y que, entendemos, no puede ser objeto de conciliación al no ponerse fin al litigio— y del (ii) allanamiento consistente en «una manifestación de conformidad con la petición contenida en la demanda [judicial o extrajudicial, añadimos], hecha por el demandado […] constituyendo una aceptación pura y simple de las peticiones del actor y no una declaración positiva sobre los hechos alegados en la demanda».

[5] El artículo 1809 del Código Civil se refiere a «cosa» que debe extenderse a «derecho»; el 1810 a «bienes y derechos de los hijos»; el 1811 a «derechos» que debe entenderse referido a bienes de acuerdo con los artículos precedentes y siguiente; 1813 «acción civil proveniente de un delito», es decir, la acción dirigida a resarcirse del daño ocasionado por los actos y omisiones tipificadas como delito o falta en el Código Penal. En cuanto a las relaciones de Derecho público, el artículo 1814 del Código Civil nos dice que «no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros» siendo esta última una cuestión de Derecho patrimonial pero principalmente regulada como institución de protección pública. Por su parte, la LM define igualmente las materias susceptibles de mediación en general y de la LM en particular, en su artículo 2 (ámbito de aplicación) que no excluye de la mediación en general el Derecho penal y laboral, así como cuando una de las partes sea Administración pública (Derecho administrativo), sino solo de la aplicación de la LM. En cuanto al arbitraje, el ap. segundo del artículo últimamente citado contenía una letra d) relativa a la mediación en materia de consumo, pero fue suprimida por DF 7 Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (BOE núm. 268, de 4 de noviembre de 2017). Finalmente, el arbitraje regula la cuestión en su artículo 2.1 (Materias objeto de arbitraje): «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho».

[6] En cuanto a la capacidad para transigir, es decir, conciliar, la cuestión se resuelve por los artículos generales —en particular, el nuevo artículo 246 del Código Civil— y los especiales del negocio de que se trate, ya actúen las partes directamente por sí o por representante voluntario (cfr. art. 1713 CC) o legal; para los litigios por herencia futura, cfr. artículo 816 del Código Civil, asunto más propio del Derecho sucesorio que de los PERC.

[7] En el mismo sentido, *Guía de conciliación registral* (2019: 2) y RDGRN de 31 de enero de 2018. Obsérvese la diferencia de régimen jurídico entre el tramitador de la conciliación y el mediador: mientras que el primero debe dar trámite a toda conciliación, el segundo, por moverse en el ámbito del mercado y no de la función pública, puede elegir, decidiendo si acepta o no el encargo de la parte o partes (cfr. art. 13.5.c) párrafo II.º: «el mediador solo podrá aceptar o continuar la mediación») no incurriendo en responsabilidad si rechaza el encargo.

[8] En favor de la excusabilidad parece pronunciarse la *Guía de conciliación registral* (2019: 2).

[9] *Ibídem*.

[10] En este asunto de la parcialidad del tercero-auxiliar interesa hacer notar que la independencia del funcionario tramitador se presume, de ahí que sus disposiciones legales se dirijan no a fijar un principio general para lograrla sino a resolver la excepción, esto es, cuando no se dé (v. gr., arts. 281 LH, 102 y 103 RH, 140-143 del Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales) o de reparto (v. gr. art. 140 LJV) o, en su caso, de competencia territorial (art. 1.2 LH); en cambio, las normas sobre neutralidad del tercero-sujeto de Derecho privado (mediador) se dirigen precisamente a asegurarla pues no existe *ex ante*, ya sea por la vía de su elección aleatoria o por la de realizar una declaración expresa asegurando esta independencia (arts. 7, 8, 13 y muy especialmente, 13.4 y 13.5 LM)

[11] Para los notarios, *vid.* CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO; para los registradores, *vid.* CONVIVENTIA.

[12] La solicitud para la conciliación es congruente con el principio registral de rogación que, más que sustantivo, debe considerarse meramente procesal, pues no atribuye derechos, sino que simplemente fija la manera de hacerlos efectivos; en el mismo sentido AGUILERA (2016: 1746-1749), las *Normas* (2017: arts. 5 y sigs.), *Guía de conciliación registral* (2019: 3-5), y, por último, MARTÍN MARCO (2019: 156-158). Pero quién deba formalizar la solicitud no resulta tan evidente: se va del «*se podrá* intentar» (las cursivas son nuestras) del artículo 139.1 LJV, al más concreto pero insuficiente «interesados» de los 142.1 y 145.3 LJV, y 103 *bis*.2 LH, incluyendo los más procesales de «partes» de los 144.1, 146 y 147.1 LJV y 83.2 LN —que no son sino consecuencia de los anteriores, por lo que nada aclaran—, el «solicitante» de los 141.1 y 144.2 LJV, «el que intente la conciliación» del 141.1 LJV o su opuesto procesal que es «el requerido de conciliación» del 144.3 LJV; definitiva, en cambio, es para nosotros la referencia a «los otorgantes» del artículo 81 LN pues si únicamente los titulares de derechos o sus representantes pueden otorgar escrituras en que se disponga de ellos y el notario autorizarlas (cfr. arts. 145.2 y 145.3 y 164 párrafo II.º RN), también solo estos se hallan habilitados para solicitar la conciliación por su analogía con el 82 LN que se asimila al del 17.2 párrafo I.º LN que, a su vez, se sujeta a los dos anteriores artículos 145 y 164. Por su parte, nada aclara la LM que emplea el genérico «partes» (arts. 1, 2, 3, 7, etc.) sin usar nunca el de «titulares»; *ídem* del anterior para el arbitraje (arts. 2, 2-4 y 12 y sigs. LA).

[13] Como texto al pie de la firma del solicitante puede extenderse el siguiente: «Firma puesta ante mí por don […] con exhibición del original de su documento nacional de identidad. Fecha […]. [Firma del registrador]». Y al pie de la fotocopia del documento nacional de identidad: «Fotocopia hecha por mí […] a partir de su original. Fecha […]».

[14] Sobre la presentación a la Entrada o al Diario, AGUILERA (2016: 1746-1749) sostiene, en cambio, que simplemente «no es obligatoria» la de este segundo libro e, incluso, que «podrá presentarse si los interesados lo solicitan o el Registrador lo estimare procedente (art. 416 RH)»; de acuerdo con nuestra argumentación, la norma de apoyo no es la del artículo 420.1 LH como defiende la *Guía de conciliación registral* (2019: 4-5).

[15] MARTÍN MARCO (2019: 156-158) traslada, en cambio, a un momento posterior a la presentación la calificación de identidad y capacidad sin justificar cómo asegurar que el título no ha sido alterado desde la legitimación hasta la presentación.

[16] La suspensión de la prescripción de acciones a causa de la tramitación de la conciliación excede de nuestro trabajo por lo que nos limitaremos a señalar que su interrupción se produce por «la presentación con ulterior admisión de la solicitud de conciliación» (art. 143 párrafo I.º LJV) y que el cómputo se reinicia «desde que recaiga decreto del Secretario judicial o auto del Juez de Paz poniendo término al expediente» (art. 143 párrafo II.º LJV para la conciliación judicial) o, en lo que aquí interesa, desde que se extienda por el registrador el acta de avenencia, desavenencia o incomparecencia de una de las partes, finalizando así el expediente. Sin perjuicio de lo que diremos a continuación sobre el artículo 1973 del Código Civil, la solución de la LJV es similar a la de la LM

(art. 4) por el que «la solicitud de inicio de la mediación […] suspenderá la prescripción […] desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador […] [y] la suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en esta Ley». La primera y segunda parte son semejantes a la conciliación judicial, aunque sin referencia a la admisión de la mediación pues el artículo 16 LM al que remite la primera parte del 4, no establece esta fase procesal. Queda no obstante la duda de si la mera presentación y no el oficio enviado o que, además, alcance al destinatario sea lo que interrumpe la prescripción, de ahí que resulte relevante que el oficio se realice correctamente por el registrador con el contenido que se dirá más abajo —máxime si, como sostendremos en MATEO VILLA 2022c, de su resultado deberían seguirse consecuencias en el ámbito de las costas—. Por su parte, la solicitud de conciliación ya conlleva la «patente de la voluntad del titular del derecho o la acción de conservar los mismos», imprescindible para provocar la prescripción, por lo que no es precisa declaración alguna al respecto. Depende de cómo se interprete el artículo 1973 del Código Civil por el que «la prescripción de las acciones se interrumpe […] por reclamación extrajudicial del acreedor», para fijar en qué momento entiende producida y con ello interrumpida la prescripción. Existen cuatro opciones posibles: (i) entender que la prescripción constituye una anomalía en el desenvolvimiento de los derechos que surge solo por simple desinterés de su titular en ejercerlos, de manera que, expresada en general la voluntad en contrario, bastaría para interrumpir la prescripción. En este caso sería suficiente, en cuanto al contenido, una declaración incluso no comunicada al deudor para que se entendiera interrumpida la prescripción pues no sería necesario que el deudor conociera esta voluntad —a fin de cuentas, este sabe que existe el derecho del tercero, es decir, su propia obligación, y que debería haberla cumplido por lo que la comunicación nada añade salvo que ciertos actos del acreedor le permitieran creer indubitadamente que no deseaba hacer uso de sus derechos sino dejarlos fenecer— y, en cuanto a la forma, que quedara constancia de su voluntad en este sentido por lo que, en lo que aquí interesa, bastaría la presentación de la solicitud de conciliación en el Libro de Entrada como prueba, siempre que aquella identificara claramente el conflicto del que surge la acción eventualmente afectada de prescripción —de ahí la importancia esencial de descripción correcta, indubitada, precisa y completa del conflicto—; (ii) entender que no basta con declarar sino que, además, hace falta *trasladar* esta declaración al deudor, de manera que «reclamación […] del acreedor» debería sustituirse por «envío del oficio por registrador tramitador de la conciliación»; (iii) sostener que no solo es necesario que el acreedor envíe comunicación de su voluntad de reclamar los derechos sino que, además, esta debe ser *recibida* por el deudor, al tratarse de un acto recepticio; por último, (iv) defender que la interrupción de la prescripción debe, además, ser *aceptada* por el deudor, lo que descartamos en virtud del artículo 1256 del Código Civil. El de la prescripción es un asunto que, sin embargo, se ventilará en el foro judicial y no en el registral, por lo que no interesa directamente a este trabajo ni al registrador en su tramitación ni calificación; el mismo artículo 1973 establece como otra forma de interrupción de la prescripción de la acción la de su «ejercicio ante los Tribunales» sin exigirse, además, su comunicación a la otra parte. Se trataría entonces de una reclamación por sujeto interpuesto; *mutatis mutandis*, puede entenderse que la presentación de la solicitud de conciliación —presentación que de suyo conlleva una reclamación pues se pide negociar con base en ella— ante el registrador es análoga a la interposición de la demanda en cuanto que reclamación por persona interpuesta, de ahí que la interrupción se logre con la presentación de aquella, haya o no sido oficiado el destinatario; un paso más allá va PUIG BRUTAU (1988: 79-80), para quien la comunicación de la reclamación es recepticia «en el sentido de que ha de dirigirse al sujeto pasivo, pero sin necesidad de demostrar que ha llegado a su conocimiento dentro del tiempo hábil», de manera que no bastaría la presentación de la solicitud sino, además, certificación de que fue enviada a la persona, dirección y con

contenido correctos. En todo caso, es esencial la correcta y completa identificación del deudor o destinatario de la conciliación, así como del litigio que pretende resolverse, es decir, de la acción que se pretenda ejercer y, por tanto, respecto de la que se produzca la suspensión de la prescripción. En cuanto a la LJV, estamos de acuerdo en que el reinicio de la prescripción se produzca una vez concluido el procedimiento de conciliación sin acuerdo, pues es el último momento en que se constata la relación del acreedor al deudor. Más dudoso por las razones expuestas no resulta que la interrupción de la prescripción se deba solo por la presentación de la solicitud ante el, en nuestro caso, registrador y, aún más, que dependa de su admisión o no a trámite.

[17] Para la Ley 39/2015, «BOE» núm. 236, de 2 de octubre de 2015 y para la Ley 30/1992 (Derogada), «BOE» núm. 285, de 27 de noviembre de 1992.

[18] Sobre esta cuestión, *vid.* ESTRUCH (2014), obra que fue objeto de una recensión en MATEO VILLA (2015).

[19] AGUILERA (2016: 1746-1749).

[20] Para el RD 1281/2002, «BOE» núm. 305, de 21 de diciembre de 2002 y para el RD 1373/2003, «BOE» núm. 278, de 20 de noviembre de 2003.

[21] En un sentido similar, AGUIRRE (2017) y las *Normas* (2017: arts. 11 y 12) para las que deben regir los principios de «flexibilidad, operatividad, y garantía de los derechos de las partes» (art. 11) y «optimización y racionalización temporal» (art. 12).

[22] El Decreto legislativo de 4 de marzo de 2010, número 28 sobre mediación civil en asuntos civiles y mercantiles nos dice que el mediador puede formular propuestas de resolución de controversias, pero, lógicamente, añadimos, «en ningún caso […] emitir juicios o decisiones vinculantes para los destinatarios del servicio», esto es, no puede resolver el pleito (art. 1.b); su propuesta deberá ajustarse a Derecho («con respeto al Orden público y a la norma imperativa», artículo 14.2 c) lo que solo se concibe si el mediador es jurista, exigencia formativa que, sorprendentemente, no resulta de la norma citada.

[23] *RAE*, vv. «aconsejar», aa. 1.ª y 4.ª e «informar». CARMONA (2016: 290-292) sostiene que «el asesoramiento jurídico constituye una parte fundamental de [su] función […] [y] esa será la forma en que […] intentará la avenencia entre las partes […] [debiendo] orientar en todo caso a las partes dentro de la legalidad y desde el principio del proceso». Defienden también una actitud activa, entre otros, DÍAZ FRAILE (2016) y las RRDGRN de 31 de enero y 7 de marzo de 2018, y 27 de junio de 2019 cuando nos dicen que «el funcionario público que concilia *puede* aproximar las posiciones de los interesados para conseguir que lleguen a un acuerdo, incluso formulando una propuesta de resolución conforme con el ordenamiento jurídico, que podrá (o no) ser aceptada por los interesados. […] sin que la solución a dicho conflicto sea impuesta por quien concilia […] [ha] de desarrollar una labor conciliadora que procure encontrar puntos de encuentro entre las partes que faciliten el acuerdo» (las cursivas son nuestras). La LJV nos dice en sede de conciliación judicial que el tercero-auxiliador «procurará avenir […] [a las partes], permitiéndoles replicar y contrarreplicar, si quisieren y ello pudiere facilitar el acuerdo» (art. 145.1 in fine LJV), en la registral ordena «conocer de los actos de conciliación […] con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial» (art. 103 *bis* LH) y la más limitada notarial, que parece exclusivamente dirigida a la autorización de la escritura pública que contenga el acuerdo o desacuerdo (art. 82 LN). Por su parte, la LM —norma aplicable por analogía, por las razones expuestas— «pretende una intervención activa [del mediador] orientada a la solución de la controversia» con el límite de que esta debe ser aceptada «por las propias partes» y el propio de la formación del mediador. Recálese en las expresiones amplias empleadas para la conciliación judicial («procurará avenir […] [a las partes]») junto con la de mediación («intervención activa»). *Vid.* AGUILERA (2016: 1746-1749). Por su parte, el artículo 13 Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal («Funciones de la persona conciliadora») permite «e) formular directamente a las partes posibles soluciones; f) requerir a los abogados de las partes que redacten los documentos que legalmente correspondan; g) firmar en su cali-

dad de conciliador el acuerdo junto con las partes y sus abogados; h) en caso de desacuerdo, emitir una certificación acreditativa de que se ha intentado sin efecto la conciliación; i) si la parte requerida ha rehusado participar en el proceso conciliador, hacerlo constar en el certificado que emita; j) gestionar […] la recepción de la solicitud, la invitación a la otra parte, la citación para las reuniones presenciales o virtuales que se precisen. k) informar a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la conciliación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar». La LM no exige que el mediador disponga de formación jurídica sino otra indeterminada (cfr. art. 11.2 LM), por lo que es imposible que ofrezca soluciones ajustadas a Derecho y de ahí que sea preciso un control de legalidad en general y uno específico al tiempo de darle forma pública al acuerdo en particular (cfr. art. 25 LM). La formación no jurídica del mediador exige pensar que la fortaleza de este PERC no está en su juridicidad —es decir, la facultad de alcanzar acuerdos ajustados a Derecho— sino en la negociabilidad —esto es, en que el mediador despliegue capacidades que faciliten que las partes principen a negociar cuando antes no querían hacerlo—. Así resulta que la conciliación se dirige principalmente a resolver el litigio objetivo o jurídico mientras que la mediación a resolver el subjetivo o interpersonal. De ahí que la formación del primero deba ser principalmente jurídica mientras que la del segundo exige disponer de «habilidades que en muchos casos dependen de la propia naturaleza del conflicto» (EM III). Vemos entonces que la formación objetiva delimita el ámbito posible de actuación. Esta aproximación deductiva y no inductiva a la cuestión de distinguir entre mediación y conciliación ha llevado a numerosos autores a sostener posturas que no compartimos, así: AGUILERA (2016: 1741-1742) defiende que la conciliación puede versar sobre controversias presentes o futuras mientras que la mediación solo sobre presentes: pero ni del preámbulo LM, ni de sus artículos 1 ni 19.1 c) («el objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación») puede sostenerse esta postura; DÍAZ FRAILE (2016) entiende que «cualquiera que sea su denominación» del artículo 1 LM se deduce que la conciliación no es sino una modalidad de mediación. Estaríamos de acuerdo si quiere emplear el término «mediación» como sinónimo de PERC. Pero al referirse específicamente a la «mediación jurídica» de la LM, su opinión no es sostenible. Por añadidura, ha de decirse más bien que mediación y conciliación son especies de PERC. El COLEGIO DE REGISTRADORES por su parte ha defendido que la conciliación es una «mediación cualificada» (*Guía de conciliación registral*, 2019: 1), esto es, deducimos, una mediación que supera ciertos aspectos de esta. No podemos estar de acuerdo porque si lo que quiere decir es que la conciliación es una especie de mediación de las reguladas por la LM, no es así pues a esta conclusión o puede llegarse ni sistemáticamente —se trata de dos leyes distintas, sin remisión de la una a la otra— ni por la lectura de sus respectivos preámbulos; y si es que lo que quiere decir es que la conciliación es de mejor calidad que una mediación, ahora sí, de las de la LM, tampoco es sostenible pues el registrador-tramitador carece *per se* de formación en técnicas de comunicación y negociación, por lo que no podrá desplegar una labor de este tipo como, en cambio, sí puede hacer el mediador. MARTÍN MARCO (2019, 151-152) por su parte nos dice que si bien «se ha querido diferenciar la conciliación por el mayor grado de intervención del tercero neutral en cuanto que puede proponer soluciones de acuerdo o la conveniencia de la realización de determinadas pruebas para su posterior valoración. Sin embargo, sabemos que existen escuelas de mediación que defienden este mayor intervencionismo del tercero neutral sin que por ello dejemos de estar en presencia de una mediación». La existencia de escuelas y sus posiciones teóricas referidas a las técnicas (psicológicas) de mediación dirigidas a establecer cómo abordar el conflicto comunicacional, nada tienen que ver con el PERC, que son procedimientos administrativos. De una opinión semejante es MORENO CATENA, para quien las dos instituciones son distintas por razón de la labor desplegada por el

tercero pues el mediador propone soluciones que podrán o no ser aceptadas por las partes, mientras que en la conciliación simplemente aproxima a las partes, siendo estas las que resuelven el conflicto de manera. Esta diferencia relativa a la posibilidad o no de proponer soluciones solo puede ser compartida por varias razones: (i) porque el autor citado parece distinguir entre acercar a las partes y proponer soluciones cuando es posible que la forma de lograr lo primero sea realizando lo segundo; (ii) porque, además, del texto de la LM y LJV no se puede deducir tal diferencia; (iii) porque difícilmente podrá el mediador-no-jurista proponer soluciones jurídicas y lo más que podrá será acercar posturas negociales; (iv) porque el funcionario elegido para tramitar la conciliación dispone de formación jurídica, elegido para esta labor precisamente por razón de esta formación (*vid*. preámbulo LJV), por lo que difícilmente puede llegarse a la conclusión de que un funcionario nombrado precisamente por esta formación no ofrezca soluciones de la misma naturaleza; (v) porque la postura de este autor supone entonces que el tramitador es un mero observador (ni siquiera testigo, porque lo debatido en las sesiones es confidencial) y firmador del acta, de manera que si las partes llegaran a un acuerdo ilegal en el marco de una conciliación, el funcionario jurista tramitador no podría controlarlo de legalidad, no quedándole otra opción que levantar acta del mismo y emitir certificaciones que lo recojan, generando así un título público con la apariencia de legalidad por su participación pero que, en realidad, no lo es, no solucionando el litigio sino, peor aún, generando unos nuevos, precisamente lo contrario de lo que persigue la LJV. Por su parte, FERNÁNDEZ DEL POZO (2016, 204) defiende que «al decir de la mayoría la diferencia radicaría en el distinto papel que desempeña el tercero que trata de avenir a las partes para llegar a un arreglo judicial: un papel más pasivo de simple canal de comunicación de propuestas sin que se entienda que se incluye en la función del mediador la de avanzar propuestas […] y un papel más intervencionista en el conciliador en la medida en que su función está más comprometida con la persecución positiva del resultado lo que le obligaría a circular propuestas u contrapropuestas de arreglo», a lo que responde nuestro autor que resulta dudoso que la distinción tenga «fundamento en la regulación positiva de la mediación en nuestro Derecho habida cuenta el amplio concepto legal de mediación, concepto que se infiere para esta institución de la determinación del ámbito material de la Ley de mediación, especialmente de su artículo primero». Primero, no resulta dudoso sino inexistente el fundamento y, segundo, a nuestro juicio, este autor hace suya la confusión entre «técnicas de mediación» y «procedimiento de mediación». FERNÁNDEZ GIL (2016: 463) sostiene que, «en la práctica es difícil su distinción en cuanto a ambos términos se refieren a la intervención de un tercero para llegar a un acuerdo, así como la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo». Su afirmación es genérica pues puede aplicarse a todo PERC con tercero-auxiliar. SOLETO, por su parte, defiende que «se podría distinguir mediación de conciliación en cuanto que la mediación es un procedimiento en el que el mediador utiliza determinadas técnicas y sigue unas reglas, y la conciliación es la ocasión en la que las partes pueden llegar a un acuerdo, sin embargo, no entiendo que sea posible realizar una distinción jurídica absoluta, ni en el sistema español ni en general en el Derecho comparado». Este autor no resuelve los supuestos intermedios en que el tramitador de la conciliación dispone de formación en las referidas técnicas y, segundo, separa radicalmente ambas instituciones llegando al absurdo al parecer dar a entender que la mediación se limita a la aplicación de las reglas, sin referencia al acuerdo, y la conciliación a lograr este, pero sin explicar cómo ni su calidad. Las *Normas* (2017: art. 11) nos dicen que «el conciliador podrá proceder, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, a presentar a las partes una propuesta de acuerdo para un arreglo o solución de todo o parte de su controversia» y las RRDGRN de 31 de enero y 7 de marzo de 2018 y 27 de junio de 2019 por las que «el funcionario público que concilia puede […] incluso formula[r] una propuesta de resolución *conforme con el ordenamiento jurídico*» (las cursivas son nuestras).

[24] *Prontuario sobre los nuevos expedientes de conciliación registral del artículo 103 bis de la Ley hipotecaria.* Colegio de registradores-Servicio de estudios registrales. Sin fecha. Sin publicar, 6.

[25] En la conciliación judicial se nos dice que «se hará constar detalladamente en un acta todo cuanto acuerden» (art. 145.3 LJV); la notarial se expresa en similares términos (art. 82.2 LN). Las *Normas* (2017: art. 9) especialmente en relación con la primera reunión —que parece pensada para que sea necesariamente conjunta; *vid. supra*—, contienen numerosos errores de enfoque. Así defienden:

1. que se formalice un «acta de sometimiento de la cuestión a conciliación registral». Sin embargo, esta acta no es necesaria pues nada aporta al procedimiento;
2. que se ofrezca en la primera reunión toda la información del procedimiento a las partes. Nosotros, en cambio, creemos que debe ofrecerse en las oficinas registrales al tiempo de la presentación de la solicitud y en el oficio, con la notificación al destinatario, mediante la utilización de formularios que bien haría el Colegio de registradores en elaborar;
3. que se «detallará qué materia es objeto de controversia». Nosotros hemos sostenido que esta cuestión se define inicialmente al tiempo de la solicitud sin perjuicio que durante la negociación pueda eventualmente mutar;
4. que se hará «un reconocimiento por ambas partes de interrupción de los posibles plazos de prescripción y, que se mantendrá a lo largo del proceso conciliatorio». La prescripción es un efecto *ex lege* por lo que no es precisa semejante declaración;
5. que las partes deberán manifestar «su adhesión a las previsiones de las presentes Normas». El Colegio de registradores carece de facultades regulatorias en este sentido, de manera que a lo único que deben someterse las partes es a la ley. Erróneamente, las *Normas* enfocan la conciliación como un arbitraje en que el Colegio es el órgano administrador, interpretación que no se sostiene de ninguna manera; y, por último,
6. «en el caso de que el objeto de la controversia sea materia que pueda dar lugar a una inscripción u otro asiento en el Registro, y así sea solicitado por los interesados una vez firmada "el acta de sometimiento de la cuestión a conciliación registral", el registrador practicará el correspondiente asiento de presentación en el Libro Diario de operaciones del Registro». Esto es sencillamente imposible porque, como se dijo, la de conciliación se solicita por documento privado (cfr. art. 3 LH), es la fase de formación del título material y formal y, por tanto, carece de consentimiento de manera que no se trata de un negocio perfeccionado y, por tanto, resulta ininscribible. Por añadidura, fuera de los casos de los artículos 209, 210 y 217 de la Ley hipotecaria en que el acuerdo se toma para la inscripción, es posible que alcanzado el acuerdo conciliatorio este no afecte a derechos reales inmobiliarios o que, afectando, las partes no deseen inscribirlo.

Por su parte, señala FERNÁNDEZ DEL POZO (2016: 301) que «para que la conciliación registral cumpla su propósito y para que la intervención registral sea eficiente parece razonable que se exija la celebración de un acto de comparecencia a la que serán citados todos los interesados para que comparezcan por sí o por representantes». Nosotros estamos de acuerdo en lo fundamental bien entendido que la reunión puede ser, en realidad, reuniones por separado con cada una de las partes, si esta separación facilita el acuerdo. *RAE*, a. 1.ª; CARMONA (2016: 291).

[26] No podemos, sin embargo, resolver el supuesto en que previéndose e, incluso, citada la otra parte para la firma última del acuerdo, esta fecha supere la de vigencia del asiento de presentación: no parece razonable su caducidad en tal caso, ni es práctico instar por ende una nueva presentación, ni tampoco puede sostenerse su prórroga una prórroga por particular ni libre del registrador, por muy justificada que pudiera estar.

[27] Se ofrecen seguidamente algunas de las advertencias e inclusiones que podría hacer el registrador en los acuerdos de conciliación que tramite y que, si bien no resultan exigidas por la legislación registral ni judicial, parece razonable efectuarlas para que el título contenga toda la información necesaria que facilite su tráfico en el mercado y evitar así la segunda fase procesal:

1. Acreditación de la presentación. «Yo, el registrador tramitador del procedimiento de conciliación, advierto a las partes de la necesidad de acreditar la representación legal o voluntaria con la que intervienen en la presente conciliación a los efectos de lograr su inscripción registral».

2. Identificación de los medios de pago. «Yo, el registrador tramitador del procedimiento de conciliación identifico los medios de pago realizados en el marco de la presente conciliación:

a) Forma de pago:
— Metálico: requerirá solo manifestación;
— Cheque bancario nominativo a al portador: [número y cuenta de cargo o, en su caso, si ha sido a cargo de efectivo metálico del ordenante]; c. Cheque personal nominativo o al portador: [número y cuenta de emisión];
— Transferencia: [número de las cuentas de cargo y abono]; e. Adeudos/abonos en cuenta en caso de préstamos o cancelaciones: [número de cuenta];

b) Momento de pago.
— Anterior a la conciliación;
— Al tiempo de la conciliación;
— Después de la conciliación: [forma de pago con indicación en su caso de número de cuenta] [incorpórese al expediente recibo del pago que se efectué en el futuro]».

3. Titularidad real. Declaración responsable. «[Nombre y apellidos] interviene en su condición de [XXX] y le identifico por su documento de Identidad que me exhibe y devuelvo. Tiene, a mi juicio, la necesaria capacidad legal e interés legítimo para promover la autorización de la presente Acta. EXPONE que a los efectos de dar cumplimiento a lo previsto en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, respecto de la identificación del titular real del capital social de la entidad que representa MANIFIESTA ante mí, previa advertencia del alcance y consecuencias de las manifestaciones realizadas en documento público, el compareciente, tal y como interviene que: el capital social de la entidad [denominación social], que se haya fijado en la suma de [cantidad en euros], se halla representado por [nombre y apellidos] participaciones sociales, cuyos titulares reales de las mismas, de acuerdo con lo previsto en la mencionada ley, son los siguientes:

a) [Nombre y apellidos], de nacionalidad [país], titular del DNI número [XXX] es titular de [XXX] participaciones, que representan el [XXX]% del capital social;

b) […]».

4. Titularidad real. «Empresas cotizadas. Titularidad real. Hace constar el proponente de la conciliación que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.1.4 del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, no es necesaria en el presente documento la identificación del titular real a que se refiere el artículo 4 de la citada Ley 10/2010, toda vez que la sociedad se encuentra íntegramente participada por [nombre y apellidos], siendo esta una entidad domiciliada en la Unión europea, sometida a obligaciones de información que aseguran la adecuada transparencia de su titularidad real».

5. Declaración catastral. «Yo, el registrador tramitador del procedimiento de conciliación, hago saber a las partes que subsiste la obligación de declarar en el plazo de dos (02) meses la alteración catastral producida ante la correspondiente a la Gerencia territorial del Catastro y de las responsabilidades establecidas por falta de presentación de la declaración, por no efectuarla en plazo y por la presentación de declaraciones falsas, incompletas o inexactas».

6. Arrendamientos. «Yo, el registrador tramitador del procedimiento de conciliación, hago constar que las partes declaran ante mí que los inmuebles afectados por la presente conciliación se hallan libres de arrendamientos».

7. Impuesto sobre bienes inmuebles. «Yo, el registrador tramitador del procedimiento de conciliación, advierto a las partes (i) de la obligación de presentar declaración de la transmisión de titularidad en el plazo de dos (2) meses contados a partir del día siguiente a la fecha del acta con avenencia de la conciliación, (ii) de la afección del bien al pago de la deuda eventualmente pendiente por las cuotas impagadas del referido impuesto y (iii) de las responsabilidades imputables en el caso de no efectuarse debidamente la presentación de la declaración tributaria exigible».

8. Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana. «Yo, el registrador tramitador del procedimiento de conciliación, advierto a las partes a los efectos de lo previsto en el artículo 254.5 de la Ley Hipotecaria que mientras no se acredite la autoliquidación, declaración o comunicación del Impuesto sobre el incremento de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU) a las que se refiere el artículo 110.6b) de la Ley reguladora de las haciendas locales, no será posible la inscripción de la certificación del acta de avenencia de conciliación en el registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles competente».

9. Aportación de licencias. «Yo, el registrador tramitador del procedimiento de conciliación, advierto a las partes de la necesidad de acompañar a la conciliación la [licencia urbanística de obra nueva/licencia de ocupación/segregación/división] en relación con las operaciones contenidas en la presente conciliación a los efectos de lograr su inscripción registral».

[28] La labor del registrador no es, ni puede ser, la de formarse una opinión sobre cuál tiene razón jurídica y en que proporción ni, mucho menos, el concreto acuerdo que las partes tuvieran que aceptar para avenirse (en contra, DÍAZ FRAILE, 2016). Podría darse que, incluso, una de las partes funde su pretensión con un argumento jurídico inadecuado, improcedente o impropio, bastando que a ellas les parezca que el asunto puede dar lugar o haya dado lugar a una desavenencia para que la conciliación resulte legítima (GULLÓN, 1991: 1769). Sobre la posibilidad de que el acuerdo alcance bienes no directamente relacionados con el conflicto o cuyo precio no se corresponda con el del derecho reclamado por la otra parte, la afirmativa se deduce de lo anterior, de manera que si las partes están dispuestas a la avenencia con su transmisión, esta última resultará válida; es el caso de la utilización habitual de bienes o dinero privativos para facilitar la liquidación de sociedades de gananciales —por todas, RGDRN de 19 de diciembre de 2013—; lo único esencial a efectos conciliatorios es que a esta cesión de bienes o derechos la otra parte responda con la renuncia de las acciones que eventualmente tuviera por razón del litigio. A esta misma conclusión se llega para la transacción pues el «alguna cosa» del artículo 1089 del Código Civil no tiene que entenderse referida como «conectada directamente con el litigio»; finalmente, ni el artículo 36 LA, ni la LM ni el 103 *bis* LH establecen límite alguno. Artículo 145 RN: «el notario, en su función de control de la legalidad, no solo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial» cuando el negocio no se ajuste a Derecho sustantivo que provoque en perjudique la plena validez o eficacia de lo autorizado, falta de capacidad legal o de poder de representación, salvo «si el acto documentado fuera susceptible de posterior ratificación o sanación [en que] el notario podrá autorizar el instrumento haciendo la advertencia pertinente conforme artículo 164.3 de este Reglamento, siempre que se den las dos circunstancias siguientes: a) Que la falta de acreditación sea expresamente asumida por la parte a la que pueda perjudicar. b) Que todos los comparecientes lo soliciten». En un sentido similar, MARTÍN MARCO (2019: 150) y *Guía* (2019: 3).

[29] *RAE*, v. «acta», a. 1.ª.

[30] Ofrecemos a continuación algunos modelos de diligencia.

«Yo, [nombre y apellidos del registrador] con documento nacional de identidad número [XXX-X], registrador de la propiedad de [lugar], CERTIFICO: que el [fecha] a instancia de don [XXX] con documento nacional de identidad [XXX-X] he LEGITIMADO su firma para el escrito de conciliación que se dirá. En [lugar], la fecha y hora que constan al pie, en la firma electrónica».

«Yo, [nombre y apellidos del registrador] con documento nacional de identidad número [XXX-X], registrador de la propiedad de [lugar], CERTIFICO: que el [fecha] a las [horas y minutos] se ha PRESENTADO en mi registro de la propiedad con el [número] de [año] del Libro de Entrada solicitud de conciliación a la que se ha dado el número de referencia Conciliación [XXX/año]. En [lugar], la fecha y hora que constan al pie, en la firma electrónica».

«Yo, [nombre y apellidos del registrador] con documento nacional de identidad número [XXX-X], registrador de la propiedad de [lugar], el [fecha], calificada la conciliación [XXX/año] solicitada, he RESUELTO darle trámite por ajustarse a lo preceptuado en el artículo 103 bis de la Ley hipotecaria. En [lugar], la fecha y hora que constan al pie, en la firma electrónica».

«Yo, [nombre y apellidos del registrador] con documento nacional de identidad número [XXX-X], registrador de la propiedad de [lugar], CERTIFICO: que el [fecha] el destinatario de la conciliación [nombre y apellidos] cuyos datos de identidad obran en aquel, ha sido NOTIFICADO por mí. En [lugar], la fecha y hora que constan al pie, en la firma electrónica».

[31] En cuanto al RD 429/1993, «BOE» núm. 106, de 4 de mayo de 1993.

[32] «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; fecha de la descarga: 02/11/2019.

[33] «BOE» núm. 75, de 27 de marzo de 2018, 33410 a 33419; https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?lang=va&id=BOE-A-2018-4279; fecha de la descarga: 2 de noviembre de 2019.

[34] «BOE» núm. 177, de 25 de julio de 2019, 80297 a 80303; https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-10880; fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

[35] «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.

(Trabajo recibido el 9 de noviembre de 2021 y aceptado para su publicación el 13 de enero de 2022)

La incidencia del nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad en el régimen de sociedad de gananciales. A propósito de la Ley 8/2021, de 2 de junio*

The impact of the new system for the protection of people with disabilities in the regime of community of property. Apropos of the Law 8/2021 of 2 June

por

ROMINA SANTILLÁN SANTA CRUZ
Profesora contratada doctora de Derecho civil
Universidad Internacional de La Rioja

RESUMEN: La reforma del Código Civil operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, modifica sustancialmente el régimen de sociedad de gananciales en cuanto a la transferencia legal de la gestión de los bienes gananciales a

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familiae», IP. Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, y del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-105489RB-I00: «Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos», IIPP. M.ª Victoria MAYOR DEL HOYO y Sofía DE SALAS MURILLO.

uno solo de los cónyuges y la disolución judicial de la sociedad de gananciales (arts. 1387 y 1393, respectivamente). Estas modificaciones giran en torno a la figura de la curatela con facultades de representación plena, que es una de las medidas de apoyo que introduce la mencionada reforma en favor de las personas con discapacidad. El presente trabajo está destinado a la revisión y estudio de todos esos cambios que la Ley 8/2021 inserta en el régimen de sociedad de gananciales y que son propios del proceso de adaptación de las antiguas reglas al nuevo sistema de apoyos que implanta la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Pero, antes de ello, se abordan algunos tópicos generales de la reforma para establecer la relación entre discapacidad, curatela y sociedad de gananciales.

ABSTRACT: The Civil Code reform produced by Law 8/2021, of 2 June, substantially change the community property regime as regards the legal transfer to the management of community property to one of the spouses and the dissolution of the community of property (articles 1387 y 1393, respectively). These modifications are based on the figure of the curatorship with faculties of full representation, which is one of the support measures that introducing the said reform in favour of persons with disabilities. This work focuses on the review and study of all those changes that the Law 8/2021 inserts in the community of property and which are specific to the adaptation process of the old rules to new supports system introduced by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. But, prior to that, some general topics of the reform are addressed to establish the relationship between disability, curatorship and community of property.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad. Curatela. Régimen económico matrimonial. Sociedad de gananciales. Transferencia legal de la gestión de los bienes gananciales. Disolución judicial de la sociedad de gananciales.

KEY WORDS: Disability. Curatorship. Matrimonial property regime. Community of property. Legal transfer of the management of community property. Judicial dissolution of the community of property.

SUMARIO: I. ESTADO DE LA CUESTIÓN: DISCAPACIDAD, CURATELA Y SOCIEDAD DE GANANCIALES.—II. EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA LEGAL DE LAS FACULTADES DE GESTIÓN DE LOS BIENES GANANCIALES EN LA REDACCIÓN ANTERIOR DEL ARTÍCULO 1387 DEL CÓDIGO CIVIL.—III. LA NUEVA REDACCIÓN DADA AL ARTÍCULO 1387 DEL CÓDIGO CIVIL EN LA

LEY POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA: CONTENIDO Y ALCANCE.—IV. LA DISOLUCIÓN JUDICIAL DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO VÍA ALTERNATIVA A LA «TRANSFERENCIA LEGAL DE FACULTADES DE GESTIÓN».—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN: DISCAPACIDAD, CURATELA Y SOCIEDAD DE GANANCIALES

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención)[1] proclama en su artículo 12 que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y, en consecuencia, obliga a los Estados parte a establecer las medidas que resulten más convenientes en orden a garantizar su acceso al apoyo necesario para el ejercicio de dicha capacidad. Promueve, por tanto, el respeto de su dignidad, que reconoce como cualidad intrínseca a su condición de persona[2], y el goce pleno y efectivo de todos sus derechos.

Sobre la base de dichos propósitos, la Convención viene a implementar un nuevo modelo de capacidad que tiene como objeto directo provocar un cambio en el tratamiento de la discapacidad. Conduce a sostener esta idea el hecho de que la Convención reconozca plena capacidad jurídica —entendida esta en sus dos dimensiones conocidas: estática y dinámica[3]— en toda persona con discapacidad (sin reparar en las circunstancias y necesidades muy diferentes que puede presentar cada una de las discapacidades existentes: física, sensorial y psíquica, mental o intelectual), subrayando su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones[4] (BARRANCO, CUENCA y RAMIRO, 2012). Así, el modelo social de discapacidad en que se encuentra inspirada la Convención[5] motiva el paso de un «sistema sustitutivo de voluntad»[6] a un «sistema de apoyos»[7], en cuyo engranaje la autonomía de la persona con discapacidad y el apoyo como institución jurídica —que nace para facilitar esa autonomía— se constituyen en los ejes centrales de este nuevo sistema.

La ratificación de la citada Convención por parte de España, un 3 de diciembre de 2007[8], como ha interpretado el legislador nacional, imponía a nuestro Estado la obligación de revisar la normativa española y reconducir el sistema vigente, en el que durante mucho tiempo había predominado la sustitución en la toma de decisiones, hacia uno que esté basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad[9], que, como regla general, es quien debe tomar sus propias decisiones. Razón por la que,

en medio de todo este proceso de concreción de acciones dirigidas a recibir las reglas formuladas en la Convención, se concibió como una necesidad encontrar un nuevo equilibrio entre el principio de protección que es propio de los sistemas tradicionales de regulación de la capacidad y la autonomía que subraya la Convención (CUENCA GÓMEZ, 2012).

Y aun cuando es cierto que desde 2011 habían venido dándose una serie de normas para modificar los diversos cuerpos legales de nuestro Derecho interno[10], no ha sido sino hasta la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021), cuando se ha dado por fin ese paso definitivo en el trabajo de adaptación de la legislación española a las disposiciones y principios de la Convención.

La aprobación de la Ley 8/2021 supone la introducción de un bloque de reformas tanto en el Código Civil (CC) como en otros textos legislativos. La reforma más extensa y de mayor calado, sin ápice de duda, la experimenta el Código Civil. En relación con el conjunto de modificaciones que sufre este Código he de detenerme de modo muy particular, en este primer momento, en las «medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica» que están estructuradas dentro del título XI del Libro Primero rubricado «De las Personas». El apoyo, como anticipaba más arriba, es la base que sirve de soporte al nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad, tanto en sus asuntos de índole personal como patrimonial.

Este apoyo, como bien aclaraba la Observación General N.º 1 de 2014[11], es un término amplio que engloba varios tipos de actuaciones, que van desde el acompañamiento amistoso, la asistencia técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, entre otras afines, hasta la toma de decisiones producto de una delegación de facultades hecha por la propia persona con discapacidad[12]. A ello hay que añadir, como dato de suma importancia, que, aunque el apoyo no constituya, como tal, una forma de representación legal, en situaciones muy puntuales en las que dicha medida no pudiera darse de otro modo, y solo ante este escenario excepcional, tal apoyo tendría que concretarse necesariamente como una representación en la toma de decisiones[13].

Por este apoyo, en su amplia concepción, apuesta la Ley 8/2021, desmarcándose al propio tiempo de las tradicionales expresiones de «incapacidad»[14] e «incapacitación»[15], porque estas ya no responderían al enfoque que la Convención pretende dar a la discapacidad y a las personas que la presentan, cualquiera que fuere su modalidad (física, sensorial e intelectual o psíquica): las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones[16]. Aunado a ello, dicha Ley contiene en su

regulación una especial predilección por las medidas preventivas, es decir, aquellas que puede tomar el propio interesado en previsión de padecer una futura discapacidad y, por consiguiente, de necesidad de contar con apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. Con estas medidas aparece también la posibilidad de la autocuratela, pudiendo proponerse, como excluirse, en previsión de futuro, a una o varias personas para el ejercicio de la función de curador[17].

Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica que incorpora la Ley 8/2021 al Código Civil son, en específico, las medidas de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial[18]. Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son aquellas establecidas por la propia persona con discapacidad; es esta quien designa a la persona que prestará el apoyo y determina el alcance de la medida. En la guarda de hecho[19], en cambio, una persona ejerce el apoyo de otra, que padece una discapacidad, sin que existan de por medio unas medidas voluntarias o judiciales que se apliquen eficazmente[20]. En el común de los casos, ejercerá como guardador de hecho de una persona con discapacidad un miembro de la familia, sin requerir para ello una investidura jurídica formal, pues «la realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho»[21]. En los casos en que este necesitara acreditar la representación de la persona a quien asiste, podría obtener una autorización judicial *ad hoc*, previo examen de las circunstancias. No tendrá que instaurar a este efecto, dice la Ley, un procedimiento de provisión de apoyos.

Pero, entre todas ellas, la medida de apoyo que recibe una regulación más minuciosa en la Ley 8/2021 es la curatela. Esta es la principal medida de apoyo de origen judicial, siendo básicamente asistencial y continuada[22], a constituirse cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad[23]. Además, habrá casos en que sea preciso, aunque con carácter excepcional, que el curador asuma funciones representativas. Esta nueva curatela, a decir de la doctrina, concentra en una sola figura, de contenido flexible, las medidas de tutela y curatela del régimen anterior (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2019). Y aunque no se advierten del espectro de la reforma qué supuestos específicos justificarían el nombramiento de un curador, o, dicho de otro modo, qué personas pueden estar sujetas a curatela (algo que sí contemplaba la normativa anterior)[24], todo hace pensar que la medida estaría especialmente pensada para aquellas personas con discapacidad psíquica que a causa de esta pudieran verse afectadas en su capacidad natural de conocer y querer, lo que a su vez alteraría su capacidad de gobernarse a sí mismas, no pudiendo manifestar su voluntad, deseos y preferencias.

Por otra parte, en forma paralela a la curatela, se recoge la figura del defensor judicial, prevista para casos muy específicos o que se dan en forma ocasional, como son los de conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad a quien este asista, o aquellos otros en que se presente una imposibilidad coyuntural que impida a quien ejerce habitualmente como apoyo poder hacerlo. Cabe aclarar, respecto de las medidas judiciales, que un procedimiento de provisión de apoyos solo podría concluir en una resolución que determine los actos para los que la persona con discapacidad precisará de asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica, mas no declarará su incapacitación ni, mucho menos aún, la privará de sus derechos[25], ya sean estos de índole personal, patrimonial o político.

Ahora bien, como se adelantaba, la Ley 8/2021 reforma distintos ámbitos del Código Civil, uno de los cuales lo constituye, precisamente, el régimen de sociedad de gananciales, en el que he de detenerme en esta ocasión. Este particular interés radica en que, de entre los varios tipos de regímenes económicos matrimoniales que admite el Derecho español común (regímenes de gananciales, separación o participación), es el régimen de gananciales el único que experimenta algunas modificaciones, y por muy específicas que estas sean, no resultan indiferentes.

De modo concreto, la reforma gira en torno a la nueva redacción que la Ley 8/2021 da al artículo 1387 del Código Civil, regulador de la transferencia legal de la gestión de los bienes de la sociedad de gananciales a un solo cónyuge, y que pasa a prescribir lo siguiente: «La administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge nombrado curador de su consorte con discapacidad, cuando le hayan sido atribuidas facultades de representación plena». Precepto este en el que se centrará capitalmente el presente trabajo.

Pero hay también en la Ley 8/2021 alguna novedad en cuanto a la disolución judicial de la sociedad de gananciales. La reforma varía la redacción primitiva del ordinal primero del artículo 1393 del Código Civil, y, con ocasión de aquella, este último viene a expresar que, entre otros casos, la sociedad de gananciales concluirá por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges: «Si respecto del otro cónyuge se hubieren dispuesto judicialmente medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial, si hubiere sido declarado ausente o en concurso, o condenado por abandono de familia. Para que la autoridad judicial acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial».

Como puede verse, lo previsto por el precepto anterior entra en conexión con lo dispuesto en el artículo 1387 del Código Civil, ya que en el supuesto de que la figura de curador recayera en el otro cónyuge, con atribución de facultades de representación plena, las posibles consecuencias

se bifurcarían con un claro sentido excluyente: por un lado, pudiendo dar lugar a una transferencia legal de las facultades de gestión de los bienes de la sociedad de gananciales, que quedarían concentradas en el cónyuge nombrado curador de su consorte con discapacidad; y por otro, pudiendo dar lugar a la disolución del régimen de sociedad de gananciales, siempre que así lo solicite judicialmente el cónyuge interesado y pueda acreditar con la resolución judicial respectiva que se han dispuesto para su consorte medidas de apoyo que implican facultades de representación plena en la esfera patrimonial.

Es de destacarse, no obstante, que el artículo 1393 del Código Civil contiene supuestos adicionales para la disolución judicial de la sociedad de gananciales incoada por uno de los cónyuges, pero no me centraré en ellos sino solo en el supuesto de la «disposición judicial de medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial», por ser este el que introduce la Ley 8/2021. Por otro lado, véase que la mencionada disolución podrá solicitarse incluso cuando la figura de curador no recaiga en la persona del cónyuge de aquel otro (cónyuge) que recibe la medida de apoyo; eso sí, debe quedar claro que, en este caso —me refiero a la disolución—, las facultades de representación plena que se atribuyan al curador necesariamente han de tener alcance en la esfera patrimonial de la persona que precisa de la medida de apoyo, como veremos luego con más detalle.

Por todas las razones expuestas, el presente trabajo está destinado a la revisión y estudio de los cambios que la regulación sobre el apoyo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad inserta en el régimen de sociedad de gananciales, dada la complejidad que entraña un sistema de comunidad de bienes como este, en específico en lo que atañe a la concentración de las facultades de gestión de los bienes de la sociedad conyugal en uno de los cónyuges y a la disolución judicial del mencionado régimen, pues, como vamos a ver, varios aspectos legales de estos tópicos sufren cambios sustanciales, propios de la adaptación de las antiguas reglas al nuevo sistema de apoyos que implanta la Convención, lo que, a su vez, alterará la doctrina que hasta hoy se había elaborado sobre tales, una suerte que, más adelante, correrá también la interpretación que a ellos dispense la jurisprudencia.

II. EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA LEGAL DE LAS FACULTADES DE GESTIÓN DE LOS BIENES GANANCIALES EN LA REDACCIÓN ANTERIOR DEL ARTÍCULO 1387 DEL CÓDIGO CIVIL

La reforma sobre capacidad jurídica que contiene la Ley 8/2021 incide particularmente en el sistema de transferencia legal de las facultades de

gestión de los bienes de la sociedad de gananciales. Por lo que, a fin de conocer, comprender y valorar adecuadamente el alcance y los efectos que la comentada reforma introduce en el ámbito de la gestión de los bienes de la mencionada sociedad, cuando aquella gestión deba recaer en uno de los cónyuges, he de desarrollar primero, en el presente apartado, el contenido del artículo 1387 del Código Civil en el alcance que le daba a este la redacción anterior a la reforma —y para su tratamiento necesariamente lo pondré en conexión con otras normas del régimen de gananciales que no sufren modificación alguna con ocasión de la Ley 8/2021; siendo menester precisar aquí que la doctrina a que ahora me remitiré es la única existente y que, como resulta comprensible, ha sido elaborada con base en esa redacción anterior a que antes he aludido—. Una vez realizado este análisis, en el epígrafe siguiente voy a detenerme en la nueva regulación que recibe el artículo 1387 del Código Civil, para conocer, desde una primerísima aproximación, las reglas que, tras la reforma, regirán tan delicado asunto.

Entrando en materia vamos a ver que, como prevé el artículo 1375 del Código Civil, «en defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes»; artículos que, en supuestos debidamente delimitados, legitiman a los cónyuges a actuar solos sobre incumbencias patrimoniales muy concretas. La regla general que exige la actuación conjunta de los cónyuges para la administración y disposición de los bienes gananciales, por tanto, no impide que aquellos, en vía de excepción, queden habilitados a realizar individualmente determinados actos sobre tales bienes, y así se ha previsto para los supuestos de los artículos 1319[26], 1362.1.ª[27], 1381[28], 1382[29], 1384[30], 1385-I[31] y 1386[32] del Código Civil.

Junto con estos casos de legitimación individual de los cónyuges para realizar actos de gestión, en sentido amplio, sobre los bienes gananciales, este Código prevé adicionalmente que las facultades de administración y disposición de este patrimonio puedan transferirse legalmente a uno solo de los cónyuges en algunos casos, en los cuales por consiguiente no será precisa la actuación conjunta, sino que bastará con la del cónyuge en cuyo poder deban quedar concentradas dichas facultades. Así, conforme al artículo 1387 del Código Civil, en su versión anterior a la reforma, «la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se [debía transferir] por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte». Dos eran, por tanto, los supuestos en los que, según expresaba este artículo, debían transferirse por ministerio de la ley a uno de los cónyuges las facultades de administración y disposición de los bienes antes mencionados: en caso de tutela o de representación legal.

Esta norma se refería, fundamentalmente, a los casos de incapacitación de uno de los cónyuges cuando la sentencia que lo incapacitaba, además lo sometía a tutela[33] y nombraba tutor al otro cónyuge (art. 234 CC, redacción anterior[34])[35], y a los de declaración de ausencia cuando se nombraba representante legal del ausente al cónyuge presente (art. 184.1.º CC)[36]. Sin embargo, como observaba LASARTE (2006, 200) —en relación con la redacción anterior del artículo 1387 del Código Civil—, «si al cónyuge incapacitado se le nombra[ba] otro tutor distinto o se designa[ba] al cónyuge «tutor de la persona» pero no «de los bienes» (cfr. arts. 215 y concordantes), el otro cónyuge no [podía] actuar por sí mismo ni [recibir] las facultades de gestión de los bienes gananciales». Esta, como se ve, era una posibilidad, pero no es la que pretende abordarse. Por lo que vamos a ponernos en la situación de que efectivamente se nombraba tutor del cónyuge tutelado o representante legal del declarado ausente al otro cónyuge, que era quien pasaba a adquirir la condición de «cónyuge gestor» por ser en quien quedaban concentradas las facultades de gestión de los bienes de la sociedad de gananciales.

La concentración de facultades operaba en estos casos por ministerio de la ley, no precisando declaración judicial expresa; bastaba que uno de los cónyuges fuera nombrado tutor o representante legal del otro. Está claro, como apuntaba DE LOS MOZOS (1999, 526), que «[l]a transferencia de la gestión [tenía] lugar automáticamente desde el momento en que se produ[cía] la declaración de incapacidad o de ausencia, no ha[cía] falta obtener un nuevo pronunciamiento judicial. Lo normal [era] que el auto declarando la incapacidad o la ausencia, cuando el cónyuge incapacitado o ausente se ha[llara] casado bajo el régimen de gananciales, se [refiriera] a estos particulares, pero no [era] necesario que lo [hiciera] para que se pro[dujeran] los efectos que deriva[ban] del artículo 1387, puesto que estos deriva[ban] directamente de la ley». En este mismo sentido se había pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en su Resolución de 12 de julio de 1999[37].

Ahora bien, en lo que concierne al objeto sobre el que había de recaer ese conjunto de facultades de gestión que asumiría el cónyuge del incapacitado o ausente con motivo de la transferencia operada en virtud del artículo 1387 del Código Civil, puede que apareciese alguna duda —no difícil de resolver—, pues el precepto en cuestión se refería, sin hacer mayores matices, a los «bienes de la sociedad de gananciales»[38]. Es ya en el ámbito doctrinal donde se zanja este asunto y se señala que lo que el precepto confería al cónyuge tutor o representante eran las facultades de administración y disposición sobre los «bienes gananciales», mas no sobre los privativos del cónyuge tutelado o representado, respecto de los cuales se debía estar a lo que señalara la resolución judicial que establecía la tutela o representación

legal, de acuerdo con las normas específicas que le fueran aplicables (LACRUZ BERDEJO, 2008; y, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2016)[39].

Por otra parte, como ya puede haberse notado, aun cuando el artículo 1387 del Código Civil trataba a la incapacitación y a la declaración de ausencia como causas de *transferencia* de las facultades de gestión ganancial del impedido a su consorte, en la realidad, más que una transferencia, lo que motivaban era una *concentración* de tales facultades en el cónyuge que no se vería directamente afectado por los impedimentos (DÍEZ-PICAZO, 1984; PRETEL SERRANO, 1993; y, MORALEJO IMBERNÓN, 2009a). Este traspaso de los poderes de gestión, cabe precisar, no podía extenderse a las legitimaciones individuales de los artículos 1381, 1382, 1384 y 1385 del Código Civil (MORALEJO IMBERNÓN, 2009a)[40], a que antes se ha hecho referencia, pues en el marco de estas legitimaciones solo el cónyuge cuya situación encaje en alguno de los supuestos por estos previstos quedará legalmente habilitado para realizar los actos de disposición de que se trate, sin que deba ni pueda intervenir el otro cónyuge (SANTILLÁN SANTA CRUZ, 2020). El ámbito de actuación del artículo 1387 del Código Civil debía entenderse, por ello, circunscrito tan solo a los actos a los que resultara aplicable la regla de cogestión del artículo 1375 de este mismo Código, así como a los casos en que se requiriera una actuación indistinta o disjunta, que es la que legalmente se admite para el ejercicio de la potestad doméstica (arts. 1319 y 1362.1.ª CC), así como para la ejecución de los actos urgentes (art. 1386 CC) (SANTILLÁN SANTA CRUZ, 2020), tal como hemos visto anteriormente con alcance general.

Pero además del artículo 1387, cuya redacción anterior a la reforma venimos estudiando, el Código Civil contiene el artículo 1388 —que no ha sufrido modificaciones tras la aprobación de la Ley 8/2021, pero al que cabe hacer referencia para establecer precisas distinciones en el tratamiento del tema—, conforme al cual «los Tribunales podrán conferir la administración a uno solo de los cónyuges cuando el otro se encontrare en la imposibilidad de prestar consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho». En todos estos casos la concentración de facultades exige decisión judicial expresa, pues se trata de situaciones que se prolongarán un cierto tiempo y que justifican suficientemente que se proceda a una concentración global de las facultades de gestión. El precepto solo menciona la administración, pero la doctrina entiende que el artículo 1388 del Código Civil contiene un concepto amplio de administración que incluye la posibilidad de realizar actos de disposición (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2016; RAMS ALBESA, 1992; ALBALADEJO, 2013; y, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2018).

En los artículos 1387 y 1388 del Código Civil, con sentido genérico —el cual no se altera con ocasión de la reforma incorporada por la Ley 8/2021—,

la concentración de las facultades de gestión de los bienes gananciales en uno de los cónyuges atribuye a este plenas facultades (art. 1389 CC) e implica que el otro queda privado de ellas. Estos preceptos contemplan, como ha señalado con exactitud MORALEJO IMBERNÓN (2009a, 1631), «supuestos de gestión continuada del patrimonio común por uno de los cónyuges en circunstancias excepcionales como son […] la ausencia (declarada o no) o el abandono (o separación de mutuo acuerdo)».

Siendo por las consideraciones anteriores que el artículo 1389 del Código Civil prevé algunas medidas dirigidas a salvaguardar, en interés de la familia (LACRUZ BERDEJO, 2008), la posición del cónyuge privado de la gestión: en primer lugar, el juez puede establecer las cautelas o limitaciones que tenga por conveniente cuando lo considere de interés para la familia, y en segundo lugar, el cónyuge en quien queden concentradas las facultades de gestión, «para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial» (art. 1389.II CC). Esta autorización se obtendrá en procedimiento de jurisdicción voluntaria, conforme al artículo 90 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2016). Los actos que se realicen sin dicha autorización judicial son anulables por aplicación del artículo 1322 del Código Civil (SSTS de 23 de septiembre de 2010[41] y de 20 de abril de 2016[42]).

Para cerrar este apartado hace falta abordar una última situación y esta es la relativa a la consecuencia de un acto de administración o de disposición realizado por uno de los cónyuges, en el marco de una transferencia legal o judicial de la gestión de los bienes gananciales, con el fin de obtener un beneficio propio, causar daño a la sociedad de gananciales, o sencillamente en fraude de los derechos del cónyuge tutelado. El Código Civil no establece reglas específicas para este particular acto en el caso de la concentración de la gestión de los bienes gananciales en un solo cónyuge, que estamos viendo, sin embargo, sí prevé medidas que pueden adoptarse en general en cualquier caso en que uno de los cónyuges lleve a cabo actos de administración o de disposición sin responder al *cometido* implícito para el que las gestiones precisamente son transferidas, o para el que la ley, en determinados casos, legitima a actuar individualmente (exceptuando la regla de actuación conjunta): *cometido que no es otro que cuidar el patrimonio ganancial y destinarlo al sostenimiento de la familia*.

De acuerdo con ello, si como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiere este obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad de gananciales, el artículo 1390 del Código Civil preceptúa que aquel será deudor a la misma por su importe, aunque el

otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto. Ahora bien, si el cónyuge hubiere realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte (o hubiese sido cómplice en el fraude) (ALBALADEJO, 2013), dice el artículo 1391 del Código Civil, será, en todo caso, de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior y, además, si el adquirente hubiere procedido de mala fe, el acto será rescindible. Y como medida más gravosa y acumulativa a cualquiera de las anteriores, en ajustamiento al artículo 1393.2.º del Código Civil, podía el cónyuge afectado (entiéndase, una vez desaparecida la causa que motivó su incapacitación o su declaración de ausencia, a la luz de la redacción anterior del art. 1387 CC) pedir a los tribunales la disolución del régimen de gananciales por venir realizando el cónyuge gestor por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañaban fraude, daño o peligro para sus derechos dentro de la sociedad de gananciales.

III. LA NUEVA REDACCIÓN DADA AL ARTÍCULO 1387 DEL CÓDIGO CIVIL EN LA LEY POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA: CONTENIDO Y ALCANCE

La Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de capacidad jurídica, da una nueva redacción al artículo 1387 del Código Civil, que antes hemos estudiado. La versión adaptada de este precepto a los términos que manda la Convención es la que paso a transcribir acto seguido: «La administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge nombrado curador de su consorte con discapacidad, cuando le hayan sido atribuidas facultades de representación plena».

Dicho precepto, como puede verse, conserva la idea de la transferencia legal de las facultades de administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales bajo el mismo sentido con que lo hacía la anterior redacción del artículo 1387 del Código Civil. La causa de dicha transferencia siempre será un supuesto concreto en el que uno de los cónyuges se ve afectado por una situación que le impide cooperar con la gestión de los bienes de la sociedad. Por esto, para todo lo que concierna a la forma de operar de esta transferencia como a sus medidas de control y limitaciones, voy a remitirme con carácter general al apartado anterior. Hay, sin embargo, algunos puntos o aspectos en la nueva versión de la norma, arriba anotada, que sí difieren de la versión anterior de esta; puntos tales que pueden extraerse, en unos casos, de su pura literalidad, y en otros tantos, solo si se recurre a una operación hermenéutica.

Como primer punto tenemos que la redacción actual del artículo 1387 del Código Civil reserva la transferencia legal de la gestión de los bienes de la sociedad de gananciales solo al caso de la curatela —que, como hemos visto antes, es la medida judicial de apoyo que se designa en favor de la persona con discapacidad que necesita una asistencia continuada y para la que no existe otra medida de apoyo que sea suficiente—, pero no a cualquier curatela, porque para que opere la transferencia se requiere la concurrencia de unos presupuestos legales: el primero, que la curatela lleve consigo la atribución de facultades de representación plena, y el segundo, que esta curatela con representación plena recaiga en la persona del cónyuge de aquel que precisa de dicha medida de apoyo judicial.

Como segundo punto, que deriva del anterior, vamos a ver que se elimina de la norma a la tutela como causa de transferencia legal de la gestión en la sociedad de gananciales. Ello se debe a que en el «sistema de apoyos» la tutela ya no tiene cabida respecto de las personas con discapacidad, y en general, respecto de los adultos. La tutela, en el modelo que regía antes de la reforma operada por la Ley 8/2021, «se configura[ba] como una institución estable que su[plía] la falta de la patria potestad y por la que se [atendía] a los menores no emancipados y a los incapacitados cuando la sentencia así lo determi[nara] (cfr. art. 222 CC), siendo el tutor representante del menor o incapacitado a quien [debía sustituir] —salvo en los casos que, por disposición de la ley o de la sentencia de incapacitación, [pudiera] realizar por sí solo el sujeto a tutela— (art. 267 CC)» (PÉREZ ÁLVAREZ, 2016, 409). En el seno de la reforma, esta clásica forma de concebir a la tutela cambia por completo.

Según la Ley 8/2021, solo quedarán sujetos a tutela los menores no emancipados en situación de desamparo y los menores no emancipados no sujetos a patria potestad[43]. El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y su posibilidad de acceder a los apoyos que fueran necesarios para el ejercicio de esta capacidad, elimina de raíz la incapacitación como medida de protección de las personas mencionadas y suprime a la tutela como institución de protección que puede aplicárseles. La tutela ya no está pensada para una persona con discapacidad, lo está la curatela, pero vista como una medida de apoyo que procederá en última instancia y no para suplir ni complementar su voluntad, sino para colaborar o cooperar en la obtención de esta, salvo que la medida venga acompañada de facultades de representación, las que, si bien no serán algo propio de la curatela, únicamente podrán estar justificadas en circunstancias muy especiales.

En lo que aquí interesa, dado el análisis de la nueva redacción del artículo 1387 del Código Civil, podemos ver que, según la recién aprobada Ley 8/2021, la autoridad judicial constituirá la curatela cuando no exista

otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad y determinará los actos para los que esta persona requerirá la intervención del curador, de acuerdo a las que sean sus necesidades de apoyo[44]. Únicamente en casos excepcionales en los que resulte imprescindible, la autoridad judicial determinará los actos en los que el curador asumirá la representación de la persona con discapacidad[45].

En cuanto al nombramiento del curador se preferirá como primera opción la propuesta de la persona con discapacidad, pero la autoridad judicial podrá prescindir de ella mediante resolución motivada si advirtiera la existencia de circunstancias graves que hubieren podido influir en la persona al momento de establecer la propuesta de nombramiento[46]. En este caso, en defecto de tal propuesta, la autoridad judicial deberá observar el orden legal de prelación para nombrar un curador[47].

En la Ley 8/2021, el nombramiento del cónyuge como curador de su consorte a causa de la constitución de la curatela, procederá siempre que la persona que precisa de apoyo, anticipadamente y en aplicación de la facultad que le concede el ordenamiento, no hubiese designado a una distinta de aquel como curador «en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás»[48]. Puede pasar también que, en la vía de la autocuratela, la persona interesada sí hubiese propuesto el nombramiento de su cónyuge como curador. Si no hubo tal propuesta, el orden legal de prelación obligará al juez a preferir, en caso de designación de curador, «al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo»[49], entre ese conjunto de personas que aparecen en la enumeración cerrada para ejercer la función de curador. No obstante ello, al igual que lo hace la regulación derogada, la reforma prevé que la autoridad judicial, una vez oída la persona que precise apoyo, pueda alterar el orden indicado en la ley o prescindir de todos los sujetos en él mencionados, siempre que así lo justifique la búsqueda de quien sea más idóneo para comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad que ha de quedar sujeta a curatela[50].

Ya como tercer y último punto, la nueva versión del artículo 1387 del Código Civil mantiene la expresión «bienes de la sociedad de gananciales» para referirse a los bienes sobre los que ha de recaer la gestión que quedará concentrada en uno de los cónyuges. Habíamos visto en el apartado anterior que la mayor parte de la doctrina ha interpretado que por «bienes de la sociedad de gananciales» debe entenderse solo «bienes gananciales». Por lo que, en cuanto a este extremo, no hay razón alguna que conduzca a dar una lectura diferente a la norma. El precepto citado seguirá confiriendo, por ende, al cónyuge curador las facultades de administración y disposición

sobre los bienes gananciales, mas no sobre los privativos del cónyuge que precisa de apoyo, respecto de los cuales habrá que estar a lo que señale la resolución judicial que establezca la curatela, de acuerdo con las normas que resulten aplicables en cada caso.

IV. LA DISOLUCIÓN JUDICIAL DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO VÍA ALTERNATIVA A LA «TRANSFERENCIA LEGAL DE FACULTADES DE GESTIÓN»

Pero no quedaría este trabajo completo si no aludiera, aunque sea brevemente, a uno de los supuestos de disolución judicial de la sociedad de gananciales que guarda estrecha relación con la figura de la transferencia legal de facultades de gestión de los bienes gananciales, que antes hemos estudiado. Me refiero específicamente a un supuesto de disolución de la sociedad que también ha sido objeto de modificaciones en la Ley 8/2021: el supuesto contemplado en el ordinal primero del artículo 1393 del Código Civil, y que ahora vamos a ver tanto en su redacción primitiva como en la modificada que aquella introduce.

En la regulación anterior, decía el ordinal primero del artículo 1393 del Código Civil que la sociedad de gananciales concluirá por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges, por: «Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia. Para que el juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial». Como se puede ver, en el citado precepto, además de la «incapacitación», había otros supuestos en los que también podía proceder la disolución del régimen en cuestión[51], pero que no serán analizados en esta oportunidad —salvo para referencias genéricas— porque excedería con ello los límites del objeto de estudio de este trabajo.

Las causas de disolución judicial que contenía dicho primer ordinal del artículo en cuestión eran la incapacitación, la prodigalidad, la ausencia legal, la quiebra o concurso o la condena por abandono de familia. Para MARTÍNEZ CALCERRADA (citado por GARCÍA URBANO, 1993), todas estas podían ser calificadas como causas de inidoneidad conyugal pues era previsible que, a consecuencia de presentarse alguna o varias de ellas, uno de los cónyuges no se encontrara en situación de cooperar con la gestión de la sociedad de gananciales. El conjunto de causas mencionadas en este primer apartado del artículo 1393 del Código Civil «tienen en común la existencia de una sentencia previa (de incapacidad, prodigalidad, ausencia, quiebra, concurso de acreedores o abandono de la familia por uno de los cónyuges), que sirve de título para instar la posterior resolución declarativa

de la extinción de la sociedad de gananciales» (MORALEJO IMBERNÓN, 2009b, 1637). Por eso, no se requería en estos casos a la autoridad judicial valorar su suficiencia para provocar la disolución del consorcio conyugal.

De ahí que, como se deprendía del propio artículo 1393.1.º del Código Civil, en su redacción anterior —y que, como luego vamos a ver, comparte con la actual—, el juez podía acordar la disolución de la sociedad, a petición de uno de los cónyuges, con la sola presentación de la resolución judicial que declarara cualesquiera de aquellas situaciones, aunque, según debemos entender, ello no excluía que debiera darse traslado de la petición al otro cónyuge (DÍEZ-PICAZO, 1984). A este respecto, no faltó quien se preguntara si ese traslado de la petición al otro cónyuge también debía darse en los casos de ausencia e incapacitación (GARCÍA URBANO, 1993). La respuesta evidente, desde el punto de vista procesal, era que sí, con derivación del asunto al tutor, siendo este quien debía intervenir para salvaguardar los derechos de la persona ausente o incapacitada; si el tutor era el cónyuge solicitante, había conflicto de intereses, y en este caso era preciso nombrar un defensor judicial para desempeñar ese papel protector.

Ahora bien, frente a la petición de disolución de la sociedad, salvo en los dos casos anteriores, cabía que el cónyuge notificado formulara oposición si podía demostrar «la invalidez de aquella resolución, la falsedad documental del título presentado o la falta de firmeza, lo que procesalmente po[día] ser esgrimido por vía de recurso frente a la resolución judicial o en un incidente de nulidad» (DÍEZ-PICAZO, 1984, 1760). Por otra parte, el cónyuge solicitante quedaba así mismo expedito para evaluar si le convenía más aceptar la transferencia legal, y por ende automática, de la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales con arreglo al artículo 1387 del Código Civil, o si, como señalaba con acierto LACRUZ BERDEJO (2008, 237), prefería solicitar la disolución de esta sociedad por la vía judicial, pudiendo hacer esta solicitud incluso «el cónyuge que no aporta[ba] nada a la sociedad, como si se halla[ba] físicamente impedido y sin recursos».

Lo anterior era posible porque la «sentencia de incapacitación, cualquiera que [fuera] su motivo o alcance («*ubi lex non distinguit*»), permi[tía] al cónyuge del incapacitado (sea o no tutor de su consorte) instar la finalización del régimen matrimonial o bien obtener la transferencia «ministerio legis» o por decisión judicial de las facultades de gestión patrimonial cuando [hubiera] sido tutor de su consorte (v. art. 1387) o en cualquier otra circunstancia (v. gr. si ha[bía] sido nombrado curador o la tutela ha[bía] recaído en un tercero. *Vid.* comentario art. 1388)» (MORALEJO IMBERNÓN, 2009b, 1637-1638).

Ahora veamos la redacción que este precepto adopta con ocasión de la reforma de 2021. En la nueva regulación, dada por la Ley 8/2021, el artícu-

lo 1393.1.º del Código Civil pasa a establecer que la sociedad de gananciales concluirá por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges: «*Si respecto del otro cónyuge se hubieren dispuesto judicialmente medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial*, si hubiere sido declarado ausente o en concurso, o condenado por abandono de familia. Para que la autoridad judicial acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial» [el énfasis es propio].

De su comparación con la versión derogada del precepto que antes ha sido objeto de análisis, en lo que aquí exclusivamente interesa, se puede advertir que en la versión vigente (arriba transcrita) desaparece el término «incapacitación» —y se elimina también la «prodigalidad», aunque no me voy a detener en esta—. Y en concordancia con ello, la versión vigente hace alusión a «la medida de apoyo dispuesta judicialmente», con la que, como hemos visto al inicio, la norma no estaría refiriéndose sino a la curatela. Pero no es cualquier curatela la que, en el ámbito de aplicación de la nueva redacción del artículo 1393.1.º del Código Civil, podría justificar la disolución judicial de la sociedad, sino solo una que implique «facultades de representación plena en la esfera patrimonial».

Y como ya se ha indicado en la parte introductoria, si nos ponemos en el supuesto de que la figura del curador recae en el cónyuge de quien precisa la medida de apoyo, con una atribución de facultades de representación plena, las posibles consecuencias se bifurcarían con un claro sentido excluyente: por un lado, pudiendo dar lugar a una transferencia legal de las facultades de gestión de los bienes de la sociedad de gananciales, que quedarían concentradas en el cónyuge nombrado curador de su consorte con discapacidad (se entiende, psíquica); o por otro, pudiendo dar lugar a la disolución del régimen de sociedad de gananciales, siempre que así lo solicite judicialmente el cónyuge interesado y pueda acreditar con la resolución judicial respectiva que se han dispuesto para su consorte medidas de apoyo que implican facultades de representación plena en la esfera patrimonial.

Por otro lado, es preciso destacar que tal disolución podría incluso solicitarse cuando la figura de curador no recayera en el otro cónyuge; eso sí, en el caso estudiado —me refiero a la disolución—, las facultades de representación plena que se atribuyan al curador necesariamente han de tener alcance en la esfera patrimonial de la persona que precisa de la medida de apoyo. Si la curatela no comprendiera facultades de representación plena, o si comprendiéndolas, tales facultades no tuvieran alcance sobre la esfera patrimonial de quien necesita el apoyo, en estos casos no podría tener lugar la mencionada disolución.

Hay que observar que, en el marco de la reforma incorporada al Código Civil por la Ley 8/2021, al igual que sucedió en la normativa ya derogada, el

mismo supuesto (o, mejor dicho, casi todos los supuestos) de imposibilidad de uno de los cónyuges para cooperar en la gestión de la sociedad de gananciales (art. 1387 CC), servirá para que el otro cónyuge (no sujeto a medida de apoyo, en los términos del sistema vigente) pueda pedir judicialmente la disolución del régimen de sociedad de gananciales (art. 1393.1.º CC)[52].

Y esta última decisión, desde una óptica general, no podría calificarse como insolidaria y poco empática por parte de uno de los cónyuges para con el consorte sujeto a curatela, pues la disolución judicial del régimen no es más que un mecanismo legal y posible. Un mecanismo que cobrará especial sentido en el caso en el que se haya nombrado curador con facultades de representación plena en cuestiones patrimoniales a alguien distinto del cónyuge. En este caso, si la sociedad de gananciales sigue vigente, resulta que el cónyuge no curador tendría que compartir la toma de decisiones sobre los bienes gananciales no con su cónyuge, sino con el curador de este, lo que introduce una distorsión importante en la relación jurídica: en este caso cabe afirmar que se trata simplemente de que el cónyuge no curador no quiere que sobre los bienes que él gana (y que, en esencia, son bienes gananciales), por ejemplo, pueda decidir (o codecidir) el curador de su cónyuge. La solución legal es, entonces, la disolución judicial del régimen de sociedad de gananciales.

En suma, en caso que uno de los cónyuges fuera sometido a curatela y se designara al otro cónyuge como curador de aquel con facultades de representación plena en la esfera patrimonial, este último, bien asumiría la gestión exclusiva de los bienes gananciales conforme al artículo 1387 del Código Civil (en la redacción dada por la Ley 8/2021, pero que mantiene el sentido de su redacción anterior), o bien, como se ha indicado ya, estaría legitimado para pedir la disolución del consorcio conyugal apoyándose en el artículo 1393.1.º del Código Civil (en la redacción dada por la Ley 8/2021, pero que, como cabe advertir, mantiene incólume el sentido de la anterior redacción del precepto).

No obstante lo anterior, y como se ha dicho repetidamente, no podemos adjudicar a la reciente reforma solo un cambio en la terminología empleada para designar a la medida a que quedará sujeta la persona con discapacidad (esto es, la curatela); subyace a este cambio una verdadera cuestión de contenido. La persona con discapacidad ya no podrá quedar protegida bajo una tutela ni, como presupuesto para ello, podrá ser incapacitada. La curatela, que es una de las medidas a que, con ocasión de la reforma, aquella podría quedar sujeta, constituye tan solo una medida de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica[53]. Una medida que, como hemos visto, en sede de sociedad de gananciales, podría dar lugar, bien a concentrar las facultades de gestión de los bienes gananciales en uno de los cónyuges (aquel nombrado curador de la persona que precisa de la curatela como

medida de apoyo con atribución de facultades de representación), o bien a la disolución de dicha sociedad.

V. CONCLUSIONES

I. La modificación de varios de los cuerpos legales que componen nuestro Derecho interno se ha producido con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, la cual es, a su vez, consecuencia del proceso de adecuación que impone la Convención. Y es muy posible que, de todos los cambios que se han insertado en el ordenamiento español, el más importante sea el experimentado por el Código Civil. Todas las disciplinas jurídicas que son tratadas en este Código se han visto influenciadas por el nuevo concepto de capacidad jurídica que introduce la Convención, y en cuya esencia se reconoce a las personas con discapacidad autonomía en la toma de sus decisiones y se concibe a los apoyos como medidas de asistencia para posibilitar el adecuado ejercicio de esta autonomía.

II. Entre el conjunto de materias civiles que han sido objeto de modificación, la sociedad de gananciales sufre cambios concretos, pero no por ello poco importantes. Estos cambios se producen específicamente en el ámbito de la transferencia legal de la gestión de los bienes gananciales y en la disolución judicial del comentado régimen a causa de la aplicación de la curatela como medida de apoyo al cónyuge con discapacidad, cuyo alcance incluya una atribución de facultades de representación plena. La desaparición de las figuras de incapacitación y de tutela en el entorno de protección de las personas con discapacidad provocan cambios de contenido fundamentales en aquellos dos escenarios.

III. La esencia de la transferencia legal de la gestión de los bienes gananciales a uno de los cónyuges no cambia con la reforma. No obstante, hay cuestiones claves en la nueva redacción del artículo 1387 del Código Civil, dada por la Ley 8/2021, y que no se limitan a meras modificaciones terminológicas, razón por la que su tratamiento inadecuado podría llegar a afectar el contenido del mencionado precepto, su alcance y, en sí mismo, el funcionamiento de la administración y disposición de los bienes gananciales que, a causa de la aludida transferencia legal, recaerá en uno solo de los cónyuges. De ahí que este trabajo se haya preocupado por estudiar tales aspectos para conocer apriorísticamente los cambios que experimentará la doctrina relativa a este tópico del Derecho civil, y para cuyos detalles me voy a remitir a las páginas anteriores a fin de no caer en una vana reiteración.

IV. Cuando opera una transferencia legal de las facultades de gestión de los bienes gananciales, entre las cuestiones que más pueden preocupar está la posibilidad de que el cónyuge gestor realice actos dispositivos o de

gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad, ante lo cual siempre se podrá actuar en la línea de lo dispuesto por el artículo 1393.2.º del Código Civil sobre disolución judicial de la sociedad de gananciales a petición de uno de los cónyuges. Y es aquí donde posiblemente, en el marco de la nueva regulación que formula la Ley 8/2021, cobrará un protagonismo real y efectivo, a nivel sustantivo y procesal, la figura del defensor judicial.

V. No debemos olvidar que la transferencia legal de la gestión ganancial que opera en virtud del artículo 1387 del Código Civil concede al cónyuge no sujeto a la medida judicial de apoyo, elegir entre aceptar dicha transferencia o solicitar judicialmente la disolución de la sociedad de gananciales, en aplicación del artículo 1393 del mismo Código. Medida esta última que, desde una óptica general, no podría calificarse como insolidaria y poco empática por parte de uno de los cónyuges para con el consorte sujeto a curatela, pues la disolución judicial del régimen no es más que un mecanismo legal y posible (especialmente, en aquellos casos en que el cónyuge no curador tuviera que compartir la toma de decisiones sobre los bienes gananciales con el curador de su cónyuge). Cuestiones ajenas a estas son ya las relativas a cuál será el destino de la gestión que deba realizarse sobre los bienes privativos del cónyuge con necesidad de apoyo y en quién ha de recaer finalmente la asunción de su curatela.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS de 23 de septiembre de 2010 *(RJ* 2010, 7136).
- STS de 20 de abril de 2016 *(RJ* 2016, 1687).

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

- Resolución de 12 de julio de 1999 *(RJ* 1999, 4756).

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR RUIZ, L. y PIZARRO MORENO, E. (2017). Régimen económico-matrimonial. La sociedad legal de gananciales. En E. Pizarro Moreno y J.P. Pérez Velázquez (coords.). *Derecho de familia* (2.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch (115-151).

ALBALADEJO, M. (2013). *Curso de Derecho civil. Derecho de familia*, tomo IV (12.ª ed.). Madrid: Edisofer.

ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE, J.A. (2010). El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 11-66.

BARRANCO, M.C., CUENCA, P. y RAMIRO, M.A. (2012). Capacidad jurídica y Discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las personas con Discapacidad. *Anuario Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, tomo V, 53-80.

BENAVENTE MOREDA, P. (1993). *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales.

CROW, L. (1996). Including all for our lives: renewing the social model of disability. En C. Barnes y G. Mercer (eds.). *Exploring the Divide.* Leeds: The Disability Press (55-72).

CUENCA GÓMEZ, P. (2012). El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja - REDUR*, núm. 10, 61-94.

DE LOS MOZOS, J.L. (1999). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales. Artículos 1344 al 1410 del Código Civil* (dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), tomo XVIII, vol. 2 (2.ª ed.). Madrid: Edersa.

DE SALAS MURILLO, S. (2018). Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 1-32.

DÍEZ-PICAZO, L. (1984). Comentario a los artículos 1375 a 1410 del Código Civil. En AA.VV. *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, tomo II. Madrid: Tecnos (1760 y sigs.).

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia*, tomo I, vol. IV (12.ª ed.). Madrid: Tecnos.

GARCÍA URBANO, J.M. (1993). Comentarios al artículo 1393. En C. Paz-Ares Rodríguez *et al.* (dirs.). *Comentario del Código Civil*, tomo II (2.ª ed.). Madrid: Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones (761-764).

HERVADA, J. (2000). *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho* (3.ª ed.). Pamplona: EUNSA.

LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*. (2008). *Elementos de Derecho Civil IV: Familia* (3.ª ed.). Madrid: Dykinson.

LASARTE, C. (2006). *Curso de Derecho Civil patrimonial. Introducción al Derecho* (12.ª ed.). Madrid: Tecnos.

MARTÍNEZ CALVO, J. (2020). La protección de las personas con discapacidad en el derecho italiano: interdizione, inabilitazione y amministrazione di sostegno. *Revista Española de Discapacidad*, vol. 8, núm. 1, 43-61.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2019). Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote. En S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo (dirs.). *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la*

Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad. Valencia: Tirant lo Blanch (253-270).

— (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*. Cizur Menor: Aranzadi.

— (2016). La sociedad de gananciales. En C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.). *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (5.ª ed.). Madrid: Edisofer (249-294).

MAYOR DEL HOYO, M.V. (2013). *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad*. Cizur Menor: Aranzadi.

MORALEJO IMBERNÓN, N. (2009a). Comentarios al artículo 1387. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código Civil* (3.ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi (1631-1632).

— (2009b). Comentarios al artículo 1393. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código Civil* (3.ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi (1637-1639).

PALACIOS, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: CERMI - CINCA.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (2016). La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados. En C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.). *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (5.ª ed.). Madrid: Edisofer (407-434).

PÉREZ MONGE, M. (2019). La guarda de hecho: de la transitoriedad a la estabilidad. En S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo (dirs.). *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad.* Valencia: Tirant lo Blanch (321-342).

PETIT SÁNCHEZ, M. (2020). La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés. *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5, 265-313.

PRETEL SERRANO, J.J. (1993). Comentarios al artículo 1387. En C. Paz-Ares Rodríguez *et al.* (dirs.). *Comentario del Código Civil*, tomo II (2.ª ed.). Madrid: Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones (746-750).

RAMS ALBESA, J.J. (1992). *La sociedad de gananciales*. Madrid: Tecnos.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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. *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5, 385-428.

SANTILLÁN SANTA CRUZ, R. (2020). *La disposición de bienes en la sociedad de gananciales*. Lima: Palestra.

— (2019). Los claroscuros de la reforma del Código Civil peruano por el Decreto Legislativo núm. 1384. En A.L. Martínez-Pujalte y J. Miranda Erro (dirs.). *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de la discapacidad.* Pamplona: Aranzadi (463-476).

NOTAS

[1] Hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

[2] A propósito de esta cuestión, puede ser conveniente señalar que, HERVADA (2000, 430 y 434-436) ya advertía, en términos generales y con una sólida argumentación, que, en sentido ontológico, todo hombre por el solo hecho de ser hombre es persona («el hombre es un ser que es persona»), y el sentido jurídico (que ve a las personas como sujetos titulares de derechos) solo puede sustentarse sobre la base de esta visión ontológica, porque, precisamente, gracias a ella puede decirse que «la condición de persona humana implica unos derechos» y se habla de «la dignidad que dimana de la condición de persona». De ahí que la dignidad pueda ser vista como el presupuesto ontológico para el reconocimiento y la defensa de los derechos fundamentales o humanos de la persona. Y, como hemos podido observar, a día de hoy es el respeto de esta dignidad intrínseca el que actúa como fundamento primero e inmediato de la Convención para promover en su texto la igualdad de todas las personas con discapacidad en relación con el resto de personas, las que no presentan discapacidad alguna.

[3] *Vid.* el desarrollo de estas dimensiones de la capacidad del sujeto de derecho, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2014, 73-74).

[4] De acuerdo con el Preámbulo (literal n) y el artículo 3.a) de la Convención.

[5] El modelo social de la discapacidad, a diferencia del modelo médico-rehabilitador —que se caracterizaba por abordar la discapacidad centrándose en las limitaciones individuales de las personas—, se focaliza principalmente en la importancia de las barreras discapacitantes, en las limitaciones de diversa índole que estas producen y en la lucha para desmantelarlas (CROW, 1996). Este nuevo modelo, en breves palabras, «aspira simplemente a la inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad» (PALACIOS, 2008, 177). Pero aun con todo, este modelo social no ha dejado de suscitar reticencias. Una visión crítica del modelo social en ÁLVAREZ LATA (2010, 15 y sigs.).

[6] No obstante, no debe olvidarse que la finalidad última de la Convención es garantizar la protección de los derechos de las personas que tienen una discapacidad, y que podrían presentarse supuestos muy concretos en los que dicha finalidad solo podría verse satisfecha a través de una protección más intensa en la que la representación o sustitución puedan adquirir alcance general (MARTÍNEZ CALVO, 2020). En este mismo sentido, MAYOR DEL HOYO (2013, 22-23) ya observaba que «la modificación de la capacidad de obrar [tenía] como fundamento último la protección y el bien de la persona, sin que, en modo alguno, su dignidad se vea afectada negativamente, sino al contrario», por lo que el sistema de sustitución (ahora derogado) no parecía contrariar, en el fondo, el espíritu de la Convención.

[7] A propósito de este cambio de sistema en el Derecho privado de la discapacidad, léanse las interesantes reflexiones que hace SÁNCHEZ GÓMEZ (2020, 403-405).

[8] Entrando en vigor desde el 3 de mayo de 2008, conforme se dispuso *in fine* por el Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, publicado en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

[9] A pesar de ello, existe debate sobre si el sistema español cumplía o no con la Convención: unos cuantos entienden que sí y que, por tanto, no era necesario someter las reglas vigentes a una reforma total, salvo de adecuación terminológica. Ambas interpretaciones, a favor y en contra de la compatibilidad de la regulación española con las reglas de la Convención, son desarrolladas por MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2014, 15-31).

[10] Entre dichas normas tenemos: la Ley 26/2011, de 1 de agosto, que precisamente fue denominada de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad; el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que produjo la reforma del Código penal; la nueva legislación de jurisdicción

voluntaria promovida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones; la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones; y, la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

[11] *Vid.* Observación General núm. 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas (elaborada en el 11.º período de sesiones, realizado del 30 de marzo al 11 de abril de 2014). Disponible en: http://www.convenciondiscapacidad.es/observaciones/ (fecha última consulta: 13 de julio de 2021).

[12] *Vid.* Observación General núm. 1 (2014), 5.

[13] *Vid.* artículo 249 del Código Civil reformado por la Ley 8/2021.

[14] Dejando un poco de lado las connotaciones peyorativas con que suele revestirse a los citados términos, se puede afirmar que la reforma que plantea la Ley 8/2021, en consonancia con lo dispuesto en la Convención, ha querido dejar suficientemente diferenciados los conceptos de incapacidad y discapacidad, por cuanto —desde una visión general y ontológica— ser persona con discapacidad no significa ser persona con incapacidad o, en otras palabras, sin capacidad para obrar. El reconocimiento de la capacidad de ejercicio a las personas con discapacidad, en los términos en que lo hace esta nueva regulación, parecería venir a cumplir una función reivindicadora de su capacidad a estos sujetos en las dos dimensiones conocidas, esto es, la capacidad jurídica (en sentido estricto) y capacidad de obrar. *Vid.*, a este respecto, SANTILLÁN SANTA CRUZ (2019), que recoge cuestiones relativas a la materia objeto de estudio en la experiencia comparada, y que, dada la contemporaneidad y los paralelismos existentes entre las nuevas regulaciones sobre capacidad, resultan aplicables al Derecho español.

[15] Resulta conveniente citar aquí a PETIT SÁNCHEZ (2020, 266), quien, en la misma línea arriba anotada, afirma que: La Convención consideró que la incapacitación —institución jurídica considerada hasta entonces como la más idónea para la protección de la persona cuyas limitadas facultades intelectivas y volitivas le impedían autogobernarse— no era adecuada a la nueva idea de discapacidad, que debía estar fundamentada en el denominado «modelo social de discapacidad», frente al anterior «modelo médico-rehabilitador».

[16] Cuestión que no terminaría de quedar tan clara respecto de «discapacitados psíquicos que no tienen capacidad natural para tomar ninguna decisión, o que pueden tomar únicamente las más sencillas, siendo incapaces de tomar otras más complejas, o corriendo un grave riesgo de tomar decisiones no ya equivocadas, sino directamente perjudiciales para ellos mismos o también para terceros» (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2019, 264).

[17] *Vid.* artículos 271 a 274 del Código Civil reformados por la Ley 8/2021, relativos a la «autocuratela», contenidos en la Sección 2.ª «De la autocuratela y del nombramiento del curador», ubicada, a su vez, dentro del capítulo IV «De la curatela», que se vertebra al interior del título XI del libro I del Código Civil bajo la rúbrica general «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica».

[18] *Vid.* artículo 250 del Código Civil reformado por la Ley 8/2021.

[19] PÉREZ MONGE (2019, 321-322) define esta figura «como el ejercicio, con respecto a menores o personas que pudieran precisar de una institución de protección y apoyo, de funciones propias de instituciones tutelares, con carácter de generalidad y permanencia, de su custodia o protección, o de administración de su patrimonio o gestión de sus intereses por personas que no son tutores, curadores ni defensores judiciales».

[20] *Vid.* artículo 250 del Código Civil reformado por la Ley 8/2021.

[21] Extracto tomado del preámbulo de la Ley 8/2021, publicada en el BOE, núm. 132, de 3 de junio de 2021: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9233 (fecha última consulta: 12 de julio de 2021).

[22] *Vid.* artículo 250 del Código Civil reformado por la Ley 8/2021.

[23] *Vid.* artículo 269 del Código Civil reformado por la Ley 8/2021.

[24] La redacción del artículo 286 del Código Civil anterior a la reforma de 2021, establecía: «Están sujetos a curatela: 1. Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley. 2. Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad. 3. Los declarados pródigos».

[25] *Vid.* artículo 269 del Código Civil reformado por la Ley 8/2021.

[26] Pensado para el ejercicio de la potestad doméstica. En su dicción literal prevé que: «Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma. De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge. […]».

[27] En concordancia con el artículo 1319 del Código Civil, el ordinal primero del artículo 1362 del Código Civil deja en el ámbito de la actuación individual de los cónyuges los actos dirigidos a gestionar: «El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia. La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación».

[28] Este dispositivo otorga a cada cónyuge, en tanto administrador de su patrimonio privativo y a este único efecto, la facultad de disponer de los frutos y productos de sus bienes, que, de acuerdo con el artículo 1347.2.º del Código Civil, reciben la calificación legal de bienes gananciales.

[29] Este precepto, por su parte, pero en la misma línea de lo previsto en el artículo 1381 del Código Civil, autoriza a cada cónyuge, sin el consentimiento del otro, pero siempre con su conocimiento, a tomar como anticipo el numerario ganancial necesario para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de sus bienes. La disposición de dicho numerario, no obstante, se hará atendiendo a los usos y circunstancias de la familia.

[30] Según lo establecido en este precepto: «Serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren».

[31] Conforme al cual: «Los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, serán ejercitados por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos». Tanto esta como la anterior (contenida en el art. 1384 CC) constituyen normas de legitimación para actuar, conferida al cónyuge que, frente a los terceros, aparezca como titular exclusivo (BENAVENTE MOREDA, 1993). Los actos que se celebren bajo estas circunstancias —sin que deba ni pueda intervenir el otro cónyuge— son plenamente válidos y, por consiguiente, eficaces.

[32] De acuerdo con esta norma: «Para realizar gastos urgentes de carácter necesario, aun cuando sean extraordinarios, bastará el consentimiento de uno solo de los cónyuges». Este precepto se basa en una cuestión práctica de inmediatez, pues debido a las características de la necesidad (urgente, aunque los gastos sean extraordinarios), puede que no haya tiempo para solicitar el consentimiento del otro cónyuge, y mucho menos para el recurso judicial en caso de su negativa. Por esta razón, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2016, 282) explica que el gasto debe ser «tanto urgente como necesario: si es necesario, pero no urgente, se puede pedir el consentimiento del otro cónyuge; y si es urgente, pero no necesario no hay razones que abonen la concesión de esta facultad

extraordinaria»; una medida propicia que evita estancamientos innecesarios cuando se trata de atender las necesidades de la familia.

[33] A este respecto, el artículo 222 del Código Civil (redacción anterior) preveía en su ordinal 2.º que quedaban sujetos a tutela «los incapacitados, cuando la sentencia lo [hubiese] establecido». Y para el caso a que aquí se hace referencia, el artículo 231 del Código Civil había previsto que «el juez constitui[ría] la tutela, previa audiencia de los parientes más próximos o de las personas que conside[rara] oportuno». Esta tutela, como señalaba el artículo 232 del Código Civil (redacción anterior), se debía ejercer bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuaría de oficio o a instancia de cualquier interesado, pudiendo exigir en cualquier momento al tutor un informe sobre la situación del incapacitado y del estado de la administración de la tutela.

[34] El citado artículo, antes de la reforma de 2021, decía: «Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1. Al cónyuge que conviva con el menor o incapacitado. 2. A los padres. 3. A la persona o personas designadas por estos en sus disposiciones de última voluntad. 4. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez. Excepcionalmente, el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere».

[35] El nombramiento del otro cónyuge como tutor de su consorte a causa de la incapacitación y constitución de la tutela, procedía por disposición del artículo 234 del Código Civil (redacción anterior), siempre que el propio tutelado, anticipadamente y en aplicación de la facultad que le concedía el párrafo segundo del artículo 223 del Código Civil (redacción anterior), no hubiese designado tutor en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro. El orden de prelación que contuvo el citado artículo 234 del Código Civil obligaba al juez a preferir, en caso de nombramiento de tutor, al designado por el propio tutelado (art. 234.1.º CC, redacción anterior), y en su defecto, al cónyuge que conviviera con el tutelado (art. 234.2.º CC, redacción anterior); siendo pertinente señalar aquí que la lista comprendía también a otras personas para ejercer la función de tutor. No obstante ello, como también había previsto el comentado precepto en su parte final, el juez, excepcionalmente y mediante resolución motivada, podía alterar el orden indicado o prescindir de todas las personas en él mencionadas, siempre que el beneficio del incapacitado así lo hubiese exigido.

[36] Sobre este supuesto en particular, el artículo 184 del Código Civil (que, aclaro, no ha sido reformado) señala que: «Salvo motivo grave apreciado por el secretario judicial, corresponde la representación del declarado ausente, la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones: 1.º Al cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente o de hecho. […]. En defecto de las personas expresadas, corresponde en toda su extensión a la persona solvente de buenos antecedentes que el secretario judicial, oído el Ministerio Fiscal, designe a su prudente arbitrio».

[37] *RJ* 1999, 4756. En específico, la citada Resolución recoge en su segundo fundamento de derecho que: «[…] *todos los preceptos legales que contemplan supuestos de disposiciones a título oneroso de bienes gananciales cuando no concurre el consentimiento de ambos cónyuges* (bien porque lo negase o estuviese impedido para prestarlo, bien porque estuviese incapacitado siendo su tutor el consorte, bien porque la administración del consorcio se haya concedido por el juez a uno solo de los cónyuges) *presuponen la pertinente autorización judicial y prevén, además, que el Juez al concederla podrá, en interés de la familia, establecer las cautelas o limitaciones que considere convenientes* (cfr. arts. 1377.2, 1387 y 1388 CC); y que aun cuando se estimase que tales normas contemplan la enajenación por la sola voluntad de un cónyuge, de modo que no serían aplicables a la venta de bienes gananciales por el cónyuge capaz y por el tutor del consorte incapacitado, tampoco se podría prescindir en este supuesto de la oportuna autorización judicial pues conforme al artículo 271.2.º del Código Civil, el tutor la necesitaría para la realización de actos dispositivos susceptibles de inscripción […]». Las cursivas que se aprecian pertenecen al texto original.

[38] Y como es sabido, el régimen de sociedad de gananciales «supone una separación entre el patrimonio privativo de los cónyuges y el patrimonio común, al que se llama patrimonio ganancial» (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2018, 159). Más concretamente, se caracteriza por la existencia simultánea de tres masas patrimoniales independientes: dos privativas, pertenecientes a cada uno de los cónyuges, y una común, que corresponde a ambos conjuntamente. De ahí que la expresión «bienes de la sociedad de gananciales» del artículo 1387 del Código Civil fuera (y siga siendo, tras la reforma de 2021) lo bastante amplia como para suscitar alguna duda sobre su real alcance. De hecho, a propósito de la transferencia legal de las facultades de gestión a un solo consorte, se pueden encontrar en la doctrina referencias genéricas que se limitan a aludir a «la transferencia de la gestión de la sociedad de gananciales», pero sin aterrizar la idea en cuestión sobre los bienes que han de ser objeto de esta gestión (AGUILAR RUIZ y PIZARRO MORENO, 2017).

[39] En contra, PRETEL SERRANO (1993, 749-750).

[40] En contra, DE LOS MOZOS (1999, 527).

[41] *RJ* 2010, 7136.

[42] *RJ* 2016, 1687.

[43] *Vid.* artículo 199 del Código Civil reformado por la Ley 8/2021.

[44] *Vid.* artículo 269 del Código Civil reformado por la Ley 8/2021.

[45] *Vid.* artículo 269 del Código Civil reformado por la Ley 8/2021.

[46] *Vid.* artículo 272 del Código Civil reformado por la Ley 8/2021.

[47] *Vid.* artículo 276 del Código Civil reformado por la Ley 8/2021.

[48] *Vid.* artículo 271 del Código Civil reformado por la Ley 8/2021.

[49] *Vid.* artículo 276 del Código Civil reformado por la Ley 8/2021.

[50] *Vid.* artículo 276 del Código Civil reformado por la Ley 8/2021.

[51] El artículo 1393 del Código Civil, además del supuesto descrito en el cuerpo del trabajo, contiene supuestos adicionales en que también concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, los cuales no han sido modificados por la Ley 8/2021. Tales supuestos son: «[…]. 2.° Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad. 3.° Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar. 4.° Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas. […]».

[52] Sobre la relación existente entre estos preceptos opina parecidamente DE LOS MOZOS (1999), aunque haya vertido su opinión con ocasión de una reforma anterior del Código Civil —la reforma operada mediante Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges—.

[53] La función del apoyo, como destaca con acierto DE SALAS MURILLO (2018, 4-5), en consonancia con lo que se ha sostenido a lo largo de las páginas de este trabajo, «no es suplir ni complementar la voluntad del individuo, sino cooperar a que su voluntad, libremente formada, se exprese y se lleve a efecto a través de los medios en los que tales apoyos se materialicen», pudiendo haber «desde apoyos físicos visuales, auditivos, o de eliminación de barreras arquitectónicas en el acceso a las sedes donde se ejercitan los derechos, a aquellos que faciliten la accesibilidad cognitiva, así como todo lo que pueda considerarse apoyo en el ejercicio de las capacidades volitivas e intelectuales».

(Trabajo recibido el 10 de diciembre de 2021 y aceptado para su publicación el 4 de abril de 2022)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Panorama de la Ley 13/2015 de Reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro Inmobiliario y su posible reflejo reglamentario*

Overview of Law 13/2015 on the Reform of the Mortgage Law and the Real Estate Cadastre and its possible regulatory reflection

Por

MIGUEL GÓMEZ PERALS
Profesor titular de Universidad
Universidad de La Laguna
Santa Cruz de Tenerife

SUMARIO: El equilibrio entre los criterios legales y el casuismo de la realidad determina el grado de inclusión y reflejo del contenido y procedimientos de la Reforma de la LH de 2015 en el futuro reglamento hipotecario. En este trabajo se analiza el panorama actual con alguna referencia histórica y las futuras posibilidades de modificación, considerando el tipo

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «La nueva información registral: requisitos, eficacia y aplicaciones prácticas», DER2017-83970-P, Ministerio de Ciencia e Innovación.

de reglamento y la trayectoria de las relaciones más que seculares entre ambos textos (legal y reglamentario).

Es preciso el previo comentario del texto legal para conocer el nivel de implantación que la reforma del 2015 y sus objetivos ha tenido realmente en la práctica notarial y registral y la efectividad de la pretendida desjudicialización. El balance se completa con la ponderación de los aciertos y defectos de la reforma y la coordinación de Registro de la Propiedad y Catastro con la realidad física y jurídica. En definitiva, habrá que combinar posibilidad técnica con oportunidad política legislativa.

ABSTRACT: The balance between legal criteria and the casuistry of reality determines the degree of inclusion and reflection of the content and procedures of the 2015 Mortage Law Reform in future mortgage regulations. This paper analyses the current panorama with some historical reference and the future possibilities of modification, considering the type of regulation and the history of the more than secular relationship between the two texts (legal and regulatory).

A prior commentary on the legal text is necessary in order to ascertain the level of implementation that the 2015 reform and its objectives have actually had in notarial and registry practice and the effectiveness of the intended dejudicialisation. The balance is completed by weighing up the successes and shortcomings of the reform and the coordination of the Land Registry and Cadastre with the physical and legal reality. In short, it will be necessary to combine technical possibility with legislative political opportunity.

PALABRAS CLAVE: Ley Hipotecaria y Reglamento. Inmatriculación. Coordinación Catastro-Registro. Reanudación tracto sucesivo, obra nueva.

KEY WORDS: Mortgage Law and Regulation. Inmatriculation. Cadastre-registry coordination. Resumption of successive tract. New construction.

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. REGLAMENTO, TIPOLOGÍA Y EVOLUCIÓN.—II. LA SITUACIÓN TRAS LA REFORMA DE 2015: 1. Ubicación en un contexto legislativo general. Posibles ámbitos de esa futura reforma. 2. Derogación tácita y habilitación reglamentaria. 3. Conveniencia de un futuro reglamento. Factores a considerar para su redacción equilibrada.—III. ÁMBITO REGULATORIO GENERAL.—IV. MARCO REGULATORIO ESPECÍFICO: 1. Los procedimientos de los artículos 199 y 201 LH. 2. El deslinde registral (art. 200 LH). 3. La inscripción de obra nueva y figuras afines (art. 202 LH). 4. El expediente de dominio para la inmatricula-

CIÓN DE FINCAS (ART. 203 LH). 5. LA INMATRICULACIÓN POR DOBLE TÍTULO (ART. 205 LH). 6. OPERACIONES REGISTRALES SOBRE BIENES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (ART. 206 LH). 7. EL EXPEDIENTE DE REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO (ART. 208 LH). 8. EL PROCEDIMIENTO DE SUBSANACIÓN DE LA DOBLE O MÚLTIPLE INMATRICULACIÓN (ART. 209 LH). 9. EXPEDIENTE DE LIBERACIÓN DE CARGAS Y GRAVÁMENES (ART. 210 LH). —V. CONCLUSIONES.—VI. RESOLUCIONES Y JURISPRUDENCIA CITADA.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. REGLAMENTO, TIPOLOGÍA Y EVOLUCIÓN

A la figura del reglamento se le reconoce, en general, una función normativa de complemento (vg., aclarar preceptos legales imprecisos o explicitar reglas simplemente enunciadas por la ley), por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de la finalidad de la ley con determinada discrecionalidad incluso innovación[1].

La determinación del tipo de reglamento exige valorar el grado de colaboración que guarda con la ley, lo que depende tanto de la mayor o menor pormenorización que ya presenta el texto legal en sí, como de la habilitación explícita o implícitamente concedida para su desarrollo reglamentario. Tras estas notas generales y respecto a la tipología de reglamentos, sería simplista predicar del Reglamento Hipotecario (en adelante, RH), de forma global y pura, un carácter u otro, pero podemos inclinarnos por considerarlo como reglamento ejecutivo[2], al menos respecto de este estudio[3].

En nuestro caso, y al menos en principio, el nuevo texto reglamentario debería coadyuvar al cumplimiento de los objetivos fijados por la exposición de motivos de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (en adelante, Ley 13/2015) (apdo. II): *la coordinación Catastro-Registro… potenciando la interoperabilidad y dotando al procedimiento de un marco normativo adecuado, incrementando la seguridad jurídica…y simplificando la tramitación administrativa*[4].

En cuanto a las técnicas que inciden en el equilibrio entre la ley y el reglamento son frecuentes tanto la delegación legislativa como la remisión normativa[5]. Respecto a esta segunda, no existe remisión normativa expresa general en la Ley 13/2015, pero esta ausencia es regla general en la legislación hipotecaria, lo que no ha impedido su desarrollo reglamentario. Quizá la explicación histórica sea el estilo de su redacción y estructura, y la mentalidad del legislador del momento[6].

En materia registral es frecuente la coincidencia, alternativa o solapada, entre las regulaciones materiales de la ley y el reglamento, con la corres-

pondiente remisión de una al otro y viceversa: hay en realidad una cierta fungibilidad de rango normativo[7].

Dicho fenómeno es constante desde los primeros pasos de la legislación hipotecaria, como trataremos de demostrar. Así, la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH) de 1861 se plantea si *podrá ser la ley tachada con justicia de reglamentaria.* El legislador (y la propia Comisión de Codificación) contesta negativamente a esta cuestión reconociendo la dificultad de *fijar con exactitud matemática* hasta dónde debe llegar la ley (declaración de derechos y su garantía) *y dónde debe comenzar el Reglamento. En ocasiones la ley desciende no solo a cuestiones que requieren estabilidad sino otras meramente transitorias, que parecen más bien el objeto de circulares o de instrucciones* (¿habrá sucedido esto en la reforma de 2015, más de siglo y medio después?)[8].

El enfoque histórico nos señala algunas particularidades que han influido en el más de siglo y medio de normativa hipotecaria hasta nuestros días. Ya la propia antelación de la Ley Hipotecaria respecto al Código Civil determina una relación especial entre ambas leyes. El contexto concreto y la vía de publicación[9] de cada versión de la Ley Hipotecaria revela un continuo trasvase de contenidos entre ley y reglamento mediante textos normativos que se suceden alternativamente de forma bastante pareja, al menos durante un primer periodo[10].

Se trata de una dinámica bidireccional. Con frecuencia las sucesivas versiones del Reglamento Hipotecario han recogido cuestiones e instituciones que muchas veces han pasado a la siguiente edición de la Ley y viceversa (quizá con menor frecuencia), mecánica que se observa desde un principio, como hemos visto, pasando por hitos intermedios (1946)[11], hasta tiempos más recientes (1982).

Dicho fenómeno se explica mejor si tenemos en cuenta que desde un punto de vista estructural en el contenido en el Derecho hipotecario existen dos grandes grupos de normas: el formal (técnico-administrativo, relativo a organización, libros y procedimiento) y el material (valor y efectos de la publicidad de los derechos inscritos)[12].

El propio Reglamento Hipotecario debe considerar ambos bloques de contenido pero el problema es que, ante aquella fungibilidad de rango a que aludíamos, puede *sentir la tentación, confundiendo lo registral-formal con lo civil-material, de definir al mismo tiempo los requisitos de validez sustantiva…, lo cual sería de todo punto ilegal, porque en materia civil rige un principio de reserva de ley absoluta*[13].

En definitiva, en la medida de lo posible deben observarse en la reforma reglamentaria los instrumentos de correcta técnica legislativa, en aras de la calidad normativa que tanto facilita la interpretación y aplicación jurídica, especialmente tras una modificación legal[14].

II. LA SITUACIÓN TRAS LA REFORMA DE 2015

1. Ubicación en un contexto legislativo general. Posibles ámbitos de esa futura reforma

En general, la necesidad de la actualización del Reglamento denominado «hipotecario» (por homonimia con la Ley que desarrolla) no solo se refiere a su adaptación en materia *de hipotecas*, como es lógico y esencial, sino a muchos otros sectores cuyas normativas han experimentando profundas variaciones durante estas últimas décadas y que son conexas con la inmobiliaria[15]. Máxime respecto a una ley, como la 13/2015 cuyos propósitos son coherentes con el contexto mundial y comunitario de los conocidos Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)[16].

En este sentido conviene observar la dinámica existente en general entre leyes especiales y sus respectivos reglamentos, en dichos sectores normativos. Es decir, el grado de fluidez y precisión en la concordancia entre tales leyes y reglamentos puede facilitar o perjudicar las remisiones que necesariamente han de existir —y deben actualizarse— entre Ley y Reglamento hipotecario. Ello es especialmente significativo para nosotros en materias y sectores como Catastro, Notariado[17], Urbanismo, Costas, Vías pecuarias, o Medioambiente. Y a su vez, las remisiones interdisciplinarias que oportunamente las leyes sectoriales hagan al Reglamento hipotecario devaluarán la reforma de 2015 si consisten en referencias a una desfasada y obsoleta del mismo.

2. Derogación tácita y habilitación reglamentaria

En particular, la publicación y consiguiente entrada en vigor de la Ley 13/2015 ha ampliado el desfase ya existente con el correspondiente tenor reglamentario, en espera de su posible próxima modificación para su adaptación a las directrices de dicha ley, evitando lagunas, dada la derogación general de los preceptos que se opongan a la reforma legal[18].

La doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN), hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) así lo confirma reiteradamente con el siguiente razonamiento: «*ha de interpretarse que deben entenderse tácitamente derogados todos los artículos del Título VI del Reglamento Hipotecario, los cuales fueron dictados en ejecución del anterior Título VI de la Ley Hipotecaria, pues la nueva redacción legal es en sí misma suficientemente detallada, y basada en principios inspiradores totalmente diferentes de los que dieron cobertura en su día a los artículos reglamentarios que, ahora, por ello, han de entenderse íntegramente derogados a partir del 1 de noviembre de 2015*»[19].

Indirectamente podrían incluso plantearse las discordancias del texto legal de la reforma con otros preceptos de la propia Ley Hipotecaria anteriores a dicha modificación y el grado de operatividad de la cláusula legal derogatoria afectando a artículos reglamentarios que aludiesen a esos otros preceptos legales alterados o derogados total o parcialmente por incidencia de la reforma 13/2015.

Sin embargo, aquí nos centraremos en el contenido del título VI de la Ley, *Concordancia entre el registro y la realidad jurídica* (arts. 198 a 210 LH)[20].

Como decíamos, tampoco hay una habilitación reglamentaria general en la propia Ley 13/2015[21]. Por el contrario, este texto legal solo realiza en varios de sus preceptos remisiones puntuales a una normativa de rango reglamentario (¿vigente o futura?)[22]. En cambio, acude como instrumentos de desarrollo a la técnica de la resoluciones conjuntas entre algunos de los agentes implicados en la reforma (Notariado, Registro, Catastro), como se explicita en el apartado 6 del nuevo artículo 10 LH, para las materias que allí señala[23] pero cuyo abuso podría resultar criticable especialmente en algunos extremos, como veremos.

3. Conveniencia de un futuro reglamento. Factores a considerar para su redacción equilibrada

Para determinar la conveniencia o no de esta adaptación reglamentaria y en qué grado debe realizase, se precisa un análisis del texto legal y su incidencia en el sistema inmobiliario. Interesa conocer el nivel de implantación que la reforma del 2015 ha tenido realmente en la práctica notarial y registral (según los datos de transparencia y estadística[24]), la efectividad de la pretendida desjudicialización propuesta en su preámbulo, y en definitiva, la interdependencia entre los medios y procedimientos que para distintas funciones prevé dicha Ley en su artículo 198, pues no en vano los declara acumulables (lo que de alguna forma implica una determinada correlación de fuerzas entre ellos).

Por eso, el balance no es completo sin una ponderación de los aciertos y defectos de la reforma que se trasluce, primero, en la aplicación aislada de cada uno de los procedimientos y después en las sinergias y discordancias entre ellos. En efecto, esta reforma no está exenta de defectos y peligros. Existe una afirmación significativa y extendida: la de que con tal de inmatricular su finca, el titular acepte la descripción catastral de la misma aunque la considere inexacta, máxime cuando para determinados supuestos la Ley solo admite la certificación catastral[25]. Pero al parecer esta cuestión está en revisión para su mejora, como veremos.

Todo ello con respeto a los principios hipotecarios, comprobando cómo les afectan la aplicación y evolución de dichos procedimientos reformados,

en sus diversas fases (vg., rogación en su iniciación, calificación en su resolución, legitimación en su efectos) incluyendo su respectiva dimensión gráfica[26].

Desde un punto de vista formal puede plantearse la oportunidad de aprovechar el texto reglamentario para intentar subsanar en alguna medida la «desestructurada» reforma legal. En efecto, la doctrina pone de manifiesto algunos defectos de forma, debidos a la estrecha interrelación entre muchos y distantes preceptos legales, y otros defectos relativos a sus efectos. Otra posible labor del Reglamento Hipotecario sería aclarar y revisar algunas categorías (vg., notas, anotaciones preventivas, tipos de certificación) que podrían quedar desfiguradas porque su consideración aislada en el texto legal reformado es discordante con su configuración técnica ya consolidada por la doctrina[27].

En principio, parece descartable la mera reproducción del texto legal en el molde reglamentario por principios de economía normativa. Una técnica más adecuada podría contribuir a la interpretación de las oscuridades de los preceptos legales (abarcando desde la interpretación abrogatoria hasta la analógica). Por tanto, su recogida por el Reglamento Hipotecario no sería literal sino matizada con aclaraciones, incluso integrando lagunas legales mediante la incorporación de las conclusiones más perennes de las resoluciones conjuntas (2015 y 2020)[28], las pautas de la Resolución-Circular[29] de 2015 y las orientaciones del Centro Directivo, en la aplicación de la Ley 13/2015 en estos primeros seis años de vigencia[30].

Otra posible aportación reglamentaria podría ser establecer un contenido básico común a los distintos procedimientos, sobre aspectos coincidentes en cuestiones redundantes, como las notificaciones (vg., instancia, destinatarios, medios y, en su caso, repetición, alertas electrónicas), y los efectos de la concurrencia, oposición o silencio de los notificados. Todo ello salvando las distancias respectivas entre dichos procedimientos pues como su finalidad es diversa, también lo será la relevancia de los diversos trámites (vg., la notificación a colindantes puede ser más significativa en la inmatriculación que en la reanudación del tracto sucesivo).

Sin embargo, no sería prudente incluir de un futuro Reglamento Hipotecario los textos más específicos, de contenido tecnológico y cartográfico y, por ello, de mayor obsolescencia, bastando remisiones oportunas a dicho material complementario y en continua innovación[31].

Al argumento de la complejidad tecnológica se unen los criterios de oportunidad y política legislativa (vg., elevación al rango legal de un determinado contenido, incluso altamente pormenorizado, para impedir precisamente que la potestad reglamentaria desvirtúe la coherencia y unidad del sistema concebido por el legislador)[32]. En nuestros días, además, se une la dimensión del reparto constitucional de competencias entre Estado y comunidades autónomas, especialmente respecto a las forales.

Con la Reforma de 13/2015, y ante la ausencia de momento de su adaptación reglamentaria, puede haber ocurrido algo semejante (para asegurar lo cual habrá que esperar): la ley pasa a tener un contenido reglamentista, no obstante lo cual para su aplicación ha requerido —aunque sea ¿de forma transitoria? (hasta una posible reforma)— una pormenorización a través de las citadas resoluciones conjuntas (de la DGSJFP y DG del Catastro) que regulan los aspectos técnicos del cumplimiento de los objetivos de dicha reforma legal: el intercambio de información y el reflejo de la representación gráfica de las fincas.

Sin perjuicio de la remisión a un estudio más detallado de las sucesivas modificaciones del Reglamento de 1947[33], una reforma del Reglamento Hipotecario nunca es unidimensional, pues debe abarcar —si así lo exigen las circunstancias y los requerimientos de su coherencia y efectividad—, aspectos relativos a la organización territorial de los Registros (vg. su demarcación), al estatuto orgánico de los registradores, a la simplificación de sus asientos y demás cuestiones atinentes a su funcionamiento[34].

Precisamente traemos en este punto a colación la reforma de la demarcación registral, por tratarse de un fenómeno que guarda cierto paralelismo con el de las bases gráficas de la finca; y hasta podría considerarse que aquella reforma constituye un paso instrumental para la mejor operatividad de esta segunda[35].

En efecto, el sistema tradicional, que fraccionaba la competencia registral cuando la finca se ubicaba a caballo entre dos demarcaciones registrales, presentaba ya crecientes divergencias. Por ello se opta por atribuir competencia territorial sobre toda la finca —como objeto jurídico unitario que es— a aquel registro en cuya demarcación registral se ubique su mayor parte[36]. En consecuencia, ahora se exige clarificar con lenguaje gráfico georreferenciado las delimitaciones actuales y las ulteriores modificaciones de los distritos registrales (art. 2) que tradicionalmente se venían efectuando —como las propias descripciones de las fincas— en lenguaje puramente literario[37].

Tampoco es una reforma reglamentaria labor unifuncional, pues debe compaginarse la tarea de armonizar leyes sectoriales anteriores a la reforma objeto de desarrollo, con las estrategias de política normativa (vg., adoptando una estructura por materias o por fases, reconociendo mayor o menor profundidad e influencia a los estudios de expertos,…)[38].

En cierta medida, la situación actual puede asimilarse a la del momento de la publicación del todavía vigente Reglamento Hipotecario en 1947. En efecto, algunas líneas de su preámbulo nos resultan especialmente alusivas, ahora en pleno siglo XXI, como las que se refieren en su párrafo 2.º, *a la inmediata y urgente necesidad de un Reglamento que desarrollase los preceptos nuevos de la Ley, regulase las materias atribuidas por esta a la facultad reglamentaria, pusiese término, al mismo tiempo, a las dificultades prácticas*

que forzosamente había de ofrecer la coexistencia de un texto legal novísimo y de un Reglamento ajustado a la Ley anterior y que, por añadidura, estaba ya anticuado y había sido objeto de numerosas reformas fragmentarias[39].

Más específicamente, a los efectos del presente trabajo, se recoge ya en 1947 (pfo. 11.º de dicha exposición) la preocupación *por el acceso de la propiedad no inscrita al Registro, regulando minuciosamente los diferentes medios de inmatriculación admitidos por la Ley, a fin de que puedan utilizarse por la pequeña y la mediana propiedad, si bien con las garantías necesarias para evitar posibles fraudes y para que, en ningún caso, los resortes del sistema puedan actuar en favor de usurpadores del patrimonio común, especialmente del forestal del Estado.*

Incluso se hace en aquel momento (pfo. 13.º) una valiosa recomendación aprovechable por el regulador de hoy: evitar el carácter provisional del texto *y robustecer su autoridad con el dictamen previo del más Alto Cuerpo Consultivo del Estado, que si siempre sería conveniente para regular institución tan importante como es el Registro de la propiedad inmueble, resulta inexcusable para corroborar que el nuevo ordenamiento no ha rebasado el estricto marco legal dentro del cual debe desenvolver la Administración su facultad reglamentaria* (cuestión a la que antes nos referimos).

Puede observarse una dinámica casi inversa a la tradicional de desarrollo de la ley por el reglamento y que se desencadena en varias fases. Primero el ejecutivo comete un exceso en la redacción del contenido reglamentario, seguido con frecuencia de la correspondiente anulación jurisdiccional de los preceptos afectados. Con posterioridad, el legislador reacciona y brinda su apoyo elevando el rango jerárquico del anulado contenido reglamentario, habilitando —ahora sí— para una nueva reforma reglamentaria que muchas veces no llega a materializarse, lo que obliga a una difícil o imposible *resurrección* —por su previa derogación— de preceptos reglamentarios anteriores a los anulados[40]. Mientras, la llamada *jurisprudencia* registral trata de salvar la distancia entre ambas normativas de diferente rango o las incoherencias dentro de cada una de ellas.

Desde el punto de vista auxiliar, la adaptación tecnológica no consiste solo en la digitalización de un Registro analógico, aunque este se apoye en herramientas como la firma o el documento electrónico. Se trataría de la construcción de un auténtico Registro electrónico en todas sus dimensiones[41]; desde sus instrumentos más tradicionales (libros principales y auxiliares, índices de fincas) hasta las técnicas más modernas (georreferenciación y comunicaciones telemáticas, computación en la nube)[42]. En el aspecto formal de la llevanza de los libros, ya la Ley Hipotecaria preceptúa desde antes de la reforma del 2015 que los libros del Registro de la Propiedad deberán llevarse por medios informáticos que permitan en todo momento el acceso telemático a su contenido, y se alude a la notificación y presentación

electrónica (y en su caso, como indicio de la transición tecnológica se prevé un sistema de sellado temporal que dejará constancia del momento en que el soporte papel se trasladó a soporte informático)[43].

La evolución de la redacción reglamentaria en este ámbito ha sido escalonada como se observa si vamos comparando el tenor literal de los correspondientes preceptos modificados o introducidos *ex novo* en él por las sucesivas reformas. Así vemos, desde la redacción del artículo 363 RH en 1959; pasando por la modificación en 1977 (Real Decreto 2556/1977, de 27 de agosto) de los preceptos relativos al *Índice de fincas* (más interesante a nuestros efectos) y el de personas, que habrán de llevarse mediante procedimientos informáticos aun reconociendo su implantación gradual (art. 398.a), hasta el Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo en que se alude al Índice General Informatizado de fichas (art. 398.c), a los programas informáticos precisos para la aplicación estos preceptos (art. 398.d) o al coste y financiación de tales medidas (art. 398.e). Destacamos entre ellos, el artículo 398.b, precepto que la posterior reforma reglamentaria de 1998 no altera pero al que se remite en la regla 4.º del artículo 51 (en el primero de sus pfos. anulados, concretamente el 3.º) que contiene el germen de la implantación de las bases gráficas[44].

Como vimos, hasta la fecha el desarrollo de la Reforma de 2015 se ha abordado especialmente a través del instrumento de las resoluciones conjuntas (tres hasta el momento) que pretenden dar soluciones técnicas a los problemas topográficos y que habrán de interpretarse sistemáticamente para aplicarlas con coherencia. Con esa intención las dos últimas resoluciones conjuntas (de 2020 y 2021) prevén la elaboración de un *Protocolo interno de buenas prácticas para facilitar una gestión armonizada de los expedientes de coordinación* (D.A.2.ª) con referencia a un *Glosario* de los términos utilizados y homologables entre las instituciones implicadas. Todo ello sin olvidar algunas precisiones que otras leyes puedan referir al contenido de la Ley 13/2015 y la normativa que la desarrolle en cada momento[45].

En concreto, la resolución conjunta de 2020, en línea de continuación de la resolución conjunta de 2015, introduce algunas novedades, perfeccionando el cumplimiento de la habilitación legal contenida en el artículo 10.6 LH, en aras del intercambio de información, interconexión de servicios e interoperabilidad de datos entre Catastro y Registro y evitando las disfunciones manifestadas por la práctica durante ese último quinquenio[46].

Es relevante que dicha resolución aluda no solo a la rectificación de errores en la coordinación (apdo. noveno) sino a la posible descoordinación posterior (apdo. décimo) previendo el procedimiento catastral de ajustes cartográficos. Efectivamente, se aborda el problema tan criticado de que, alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro, se pudiese alterar la representación gráfica georreferenciada de dicha finca en el Catastro (en

adelante, RGGC) sin ni siquiera comunicarlo al Registro de la Propiedad, con lo que la finca gozaría de una presunción de exactitud que ya no se correspondería con la realidad. Se trata, sin duda, de una cuestión esencial que la futura reforma reglamentaria no puede soslayar sino implementar en cada uno de los procedimientos enumerados en el artículo 198 LH[47].

Pero al margen de cuestiones topográficas parece que en esta reforma subyace una nueva mentalidad que nos ayuda a entender este cambio de orientación. Y es que la resolución conjunta de 2020 presupone un derecho potestativo del propietario a la mejora de la precisión métrica de la cartografía catastral a través de la representación gráfica georreferenciada alternativa (en adelante, RGGA), realizada normalmente con instrumentación y metodologías de mayor precisión que las utilizadas en la cartografía catastral); cartografía alternativa antes claramente considerada subsidiaria a la catastral. La finalidad declarada que se pretende es la mejor información del titular registral y la prestación de su más informado consentimiento al reflejo de la representación gráfica de su finca[48].

III. ÁMBITO REGULATORIO GENERAL

En la reforma hipotecaria de la Ley 13/2015 destacamos como división fundamental dos bloques regulatorios, uno general y otro específico; lo que debe reflejarse, en su día, en la redacción del Reglamento Hipotecario, pero antes repasaremos algunos presupuestos para su mejor comprensión.

En un ámbito regulatorio general la reforma 13/2015 afecta los artículos 9 a 11 (Título II, *De la forma y efectos de la inscripción*). A nuestros efectos el centro de gravedad de la regulación reglamentaria lo constituye el artículo 51 RH que contiene las circunstancias generales de las inscripciones extensas (referidas en el art. 9 LH y relativas al sujeto, objeto y contenido de los derechos inscribibles) sin perjuicio de los requisitos especiales que para cada una de ellas determine el propio Reglamento.

Primeramente se alude a la necesaria incorporación del código registral único de la finca (C.R.U.) al folio real (art. 9.1 LH). Se promoverá su empleo tanto en el acceso (también electrónico) por los usuarios (autoridades públicas y particulares), como en la prestación de los servicios públicos por los registradores, para identificar la finca en la solicitud de la práctica de algún asiento, en la nota de despacho y en la publicidad formal (notas simples y certificaciones).

En este sentido, parece que el Centro Directivo ha hecho una interpretación integradora (incluso abrogatoria) de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento. Para algún autor, por una parte, puede entenderse derogado tácitamente el artículo 42 RH (que establece un orden correlativo cronológi-

co respecto del municipio o sección)[49], máxime dados los términos taxativos de la correspondiente Resolución-Circular de 2015 en su apdo. 5. pfo. 1[50]. Por otra parte, debería definirse el significado de la correlatividad respecto al C.R.U., para salvar una potencial contradicción entre la dicción literal del artículo 8 LH (*«Cada finca tendrá desde que se inscriba por primera vez un número diferente y correlativo»)* y la manera de generarse el C.R.U. (catorce números, correspondientes consecutivamente a la provincia, registro, finca y dígito de control; vg., 28 / 100 / 00012345 / 6). De ahí la conveniencia de la vía reglamentaria o de una Instrucción o resolución complementaria de la DGRN (*ex* arts. 260.1 LH y 442.4 RH) que clarifique y unifique interpretaciones[51].

En otro aspecto, la letra e) del artículo 9 LH se refiere a la *persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción*; inciso al que este precepto limitaba su redacción anterior y ahora agrega la referencia a algunas entidades con sus respectivos matices, que podrían ser materia adecuada para su desarrollo reglamentario. Tal es el caso del *patrimonio separado* (cuando sea susceptible legalmente de ser titular de derechos y obligaciones)[52], las *uniones temporales de empresas* (a favor de sus socios o miembros, siempre que se acredite la composición y régimen de sus bienes), o las *comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal* aunque solo a los efectos de determinadas anotaciones preventivas a su favor (de demanda y embargo).

En relación a las personas físicas, el artículo 2.4 LH en su redacción vigente todavía en 2015 disponía que en los expresados registros (de la propiedad) se inscribirán: *Las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes*[53].

Este precepto legal se relaciona con el propio artículo 51, regla 9.ª RH, sin pretensión de *numerus clausus*, por lo que pueden ir añadiéndose circunstancias, como la firma digital, cada una conforme a sus respectivas normativas.

En particular, el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, modifica el Reglamento Hipotecario sustituyendo la denominación «Libro de incapacitados» por la de «Libro de alteración de las facultades de administración y disposición», en concordancia con los artículos 10 y 55 del mismo Reglamento y más detenidamente los artículos 386 a 391, que son modificados, además del epígrafe de su capítulo (V del Tít. IX), con la finalidad de englobar no solo las situaciones de estricta incapacidad sino todas las que supongan alteraciones en las mencionadas facultades. Sin embargo, la STS (Sala 3.ª) de 31 de enero de 2001 *(RJ* 2001, 1083) anuló la redacción de los artículos 386, 387, 388, 391 y 399 RH porque tal amplitud suponía la admisión indebida de situaciones no declaradas judicialmente, como exige

el artículo 2.4 LH transcrito. No obstante, en el caso concreto del artículo 386 RH ha sido posible mantener la redacción anterior al citado Real Decreto 1867/1998 (*resurrección*). Pero hoy ya el tenor del artículo 2.4 LH es otro, por redacción dada por Ley 8/2021, de 2 de junio, y no subsiste este problema de rango jerárquico cara a una nueva redacción reglamentaria.

En cuanto a las personas jurídicas, las precisiones del artículo 9 LH afectarían al contenido del artículo 11 RH (modificado por RD 1867/1998), cuyo párrafo 1.º rechaza *la inscripción a favor de entidades sin personalidad jurídica* pero respecto del que la citada STS (3.ª) de 31 de enero de 2001 (*RJ* 2001, 1083) declaró la nulidad del resto del precepto (pfos. 2, 3, 4 y 5 relativos a estas figuras que ahora menciona la Ley 13/2015) por vulneración del principio de especialidad y contradicción con el anterior texto del artículo 9.4 LH (en su exigencia de personalidad para la inscripción).

La razón de ello es que precisamente los párrafos anulados contradicen la propia afirmación del artículo 11 párrafo 1.º —coherente ese sí— con la exigencia legal de personalidad jurídica del titular registral. Así lo justifica, caso por caso, dicha sentencia en su fundamento undécimo, con razones matizadamente distintas respecto a uniones temporales de empresas, comisiones de acreedores, comunidades de propietarios (sin perjuicio de la facultad de su presidente de solicitar el embargo preventivo de bienes del deudor, art. 21.1 y 8 LPH). Respecto a los fondos, *sean de pensiones, de inversión interior o exterior, de titulación hipotecaria o de titulación de activos,* es preciso distinguir entre fondos como los de inversión inmobiliaria y los de pensiones, que por normas de rango legal pueden adquirir bienes inmuebles, inscribiendo su titularidad en el Registro de la Propiedad, y los demás para los que no existe tal previsión legal y, por tanto, se ha introducido por conducto reglamentario una regla contraria al artículo 9.4 LH, pues lo establecido legalmente para unos determinados fondos no puede hacerse extensivo reglamentariamente por analogía para los demás, frente a lo que, con carácter general, dispone la Ley Hipotecaria.

Conviene recordar que la citada STS (fto. 11, pfo. 5.º) reconoce «*de lege ferenda*» la conveniencia de permitir el acceso al Registro de la Propiedad de situaciones transitorias o intermedias merecedoras de publicidad registral siempre que se lleve a cabo por Ley y no por vía reglamentaria, pues de otra manera se contradice el precepto legal citado (art. 9.4 LH), según el cual en cualquier inscripción debe constar la persona natural o jurídica a cuyo favor se hace.

En esa línea, la reforma de 2015 subsana — al menos parcialmente— con rango legal el defecto que provocó la declaración de su nulidad, al recoger el legislador aquel contenido reglamentario. Por excepción, sin embargo, el nuevo artículo 9.e LH calla respecto al contenido del anulado párrafo 4.º de dicho artículo 11 RH (relativo a la inscripción de bienes inmuebles y dere-

chos reales pertenecientes a fondos de diversos tipos, de pensiones, inversión, de titulación…) por lo que no es objeto de regulación *«por resurrección».*

Respecto a las otras circunstancias de las personas jurídicas, la regla 9.ª b) del artículo 51 RH alude a su clase y denominación, con especial relevancia de su domicilio a efectos de las notificaciones —a las que hoy habría que añadir las electrónicas con sus correspondientes requisitos para su validez— a realizar en los procedimientos legales que estudiamos[54].

Otro aspecto es la descripción del inmueble. Recodemos que la STS Sala Tercera de 31 de enero de 2001 *(RJ* 1083, 2001) anuló, por contradicción con los artículos 1, 2 y 9 de la LH entonces vigente, los párrafos 3.º a último (es decir, 3.º a 9.º) de la regla 4.ª de dicho artículo 51 RH, que habían sido redactados por Real Decreto 1867/1998. En principio, el contenido anulado había de ser integrado con el texto reglamentario anterior a dicha reforma, pero ello no fue operativo porque poco después la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, agregó (en su D.A. 28.ª) al artículo 9 LH tres párrafos (ahora ya también modificados por la vigente reforma de 2015), de contenido casi coincidente con aquellos párrafos (3.º, 4.º, 5.º y 7.º) anulados. Sin embargo, no ocurre esto (es decir, esta resurrección por precepto legal?) respecto al párrafo 6.º (*Una vez aportado el Registro la base gráfica…bastará con que los otorgantes manifiesten que la descripción no ha variado*). Hoy esta manifestación es la puerta de entrada de la RGG alternativa, como sienta el vigente artículo 199.2 LH.

En cuanto a la referencia catastral, la doctrina de la Dirección General en estos últimos años considera que para apreciar la correspondencia entre la referencia catastral y la finca registral, a los efectos de incorporar la referencia catastral, habrá de estarse al artículo 45 del Texto Refundido de la Ley del Catastro (en adelante, LC, que alude a datos de situación, denominación y superficie mayor o menor en un 10%) que brinda una interpretación legal de cuándo se entiende que hay tal correspondencia[55].

Pero el punto nuclear de la reforma del 2015 es la representación gráfica georreferenciada, tanto en los casos en los que esta incorporación sea obligatoria como cuando sea potestativa, y la constancia de la coordinación gráfica con el Catastro, mediante un sistema de comunicaciones (art. 14 LC) y procedimientos de subsanación de discrepancias[56].

Respecto a la calificación urbanística, medioambiental o administrativa, el artículo 9 letra a) párrafo 2.º LH prevé: *cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen y indicando la fecha a que se refiera*[57]. Por su parte, el párrafo 6.º (anulado) de la regla 4.ª del artículo 51 RH contenía una serie de supuestos que podríamos referir hoy, tras la Ley 13/2015, a conceptos la información asociada o la actual categoría de representación gráfica alternativa: *También servirán a los efectos identificadores previstos en*

esta regla los planos expedidos conformes a la normativa específica, en particular en los siguientes casos (y en distintos apartados se refería a materias tales como urbanismo, concentración parcelaria y montes)[58].

Por razones de coherencia normativa la futura reforma reglamentaria deberá abordar la coordinación con los preceptos concordantes de otras disposiciones, como el Real Decreto 1093/1997 (relativo a actos de naturaleza urbanística), que en su artículo 3 alude a los planos de situación con relación a su archivo *en los términos previstos en el inciso segundo del apartado 4 del artículo 51 del Reglamento Hipotecario*[59].

IV. MARCO REGULATORIO ESPECÍFICO

Analizados algunos aspectos del denominado marco regulatorio general (representado por las modificaciones de los artículos 9 a 11 LH) veamos la regulación específica que la Ley 13/2015 brinda a los distintos procedimientos de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica enumerados en el artículo 198 de la Ley Hipotecaria para determinar qué juego tiene una futura reforma reglamentaria. Entre ellos, elegimos los que nos parecen de mayor enjundia a nuestros efectos[60].

1. Los procedimientos de los artículos 199 y 201 de la Ley Hipotecaria

La relación entre ambos procedimientos es terciada por el artículo 9 LH[61]. Ya la RDGRN de 17 de noviembre de 2015 *(RJ* 2015, 6059) afirmaba que tanto el expediente del 199 como el del 201.1 LH permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (superficie, linderos) y de cualquier magnitud (aunque excedan del 10% de la superficie inscrita)[62]. Pero esta conclusión no es pacífica y quizá el futuro Reglamento Hipotecario debiese aclararlo. De una interpretación sistemática del 9.b, en relación al 198 (apdos. 1.º y 3.º) podría concluirse que conviene reservar el artículo 199 (registral) para las rectificaciones inferiores a tal porcentaje y el artículo 201 (notarial) para las superiores (todos de la LH)[63].

Ponderado lo anterior, otros autores, en aras del principio de economía procesal comentan que no debe el registrador generalizar el procedimiento del artículo 199 LH sobre el más simplificado del artículo 9 LH, sino que solo debe tramitarse (en caso de diferencias de cabida inferiores al 10%) cuando efectivamente existan derechos de terceros colindantes necesitados de protección, y que para solventar tales dudas también podría acudirse al artículo 201 LH por ser más completo y garantista[64].

Precisamente la DGRN en sus resoluciones más recientes parece recomendar la utilización del 201 LH. Sin embargo, algún autor matiza este juego de remisiones: el tenor del artículo 201 LH permite inscribir la rectificación de la descripción literaria de la finca (superficie y linderos), pero no tanto inscribir su representación gráfica georreferenciada «*acreditando su ubicación y delimitación gráfica y, a través de ello, sus linderos y superficie*» como sí dice literalmente, en cambio, el artículo 199 LH, al que se remite el artículo 9 LH párrafo 3.º en todo caso de georreferenciación potestativa, para la constancia de la representación gráfica georreferenciada. A su juicio, aquella doctrina de la DGRN resulta contraria a derecho, pues se aparta de la correcta interpretación gramatical, conceptual y sistemática del conjunto de preceptos citados[65].

Lo cierto es que en la práctica el artículo 201 LH es mucho más complejo, caro (por aranceles notariales y coste fiscal), lento (más notificados y plazo de alegaciones) y menos eficaz por sus menores posibilidades de prosperar (sin posible recurso gubernativo) que el procedimiento del artículo 199 LH tramitado por el registrador. Por contraste, el del artículo 199 LH ofrece la ventaja de ser un procedimiento tramitado y resuelto por el registrador, con un equilibrio muy razonable entre la agilidad del procedimiento (deseable para el promotor) y las garantías de derechos de terceros afectados (sin notificaciones innecesarias), que admite la conciliación (por tanto, la posibilidad de documentar un acuerdo extrajudicial en caso de controversia, certificando la avenencia entre los interesados *ex* art. 103 bis LH) y el deslinde registral entre los interesados en el mismo procedimiento y, si la calificación es positiva, permite, sin duda alguna, inscribir la representación georreferenciada de la finca, y a través de ella, su correcta superficie y linderos (arts. 9, 198 y 199 LH)[66].

2. El deslinde registral (art. 200 LH)

Referido en el artículo 198 y regulado en el artículo 200 (ambos de la Ley Hipotecaria) este expediente todavía no ha tenido un desarrollo en el Reglamento Hipotecario, a diferencia de otros procedimientos estudiados. La doctrina le augura un porvenir dudoso debido a una serie de factores, que debemos referir para valorar si procede que cuente con tal reflejo reglamentario.

La principal causa de esa dificultad es la dispersión normativa de su regulación. Tanto el Código Civil, como la Ley de Enjuiciamiento Civil, como la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAP, arts. 50 y sigs.) lo tratan desde diversas dimensiones (vg., criterios de resolución, jurisdicción contenciosa, bienes públicos). Y precisamente en un

mismo año (2015) concurre la aprobación de la Ley 13/2015 (con entrada en vigor el 1 de noviembre de ese año) con la de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV, con entrada en vigor el 23 de julio, es decir, antes de la propia Ley 13/2015). Destacamos, por el efecto de contraste respecto a las fincas inmatriculadas, los artículos 104 y siguientes LJV, respecto al deslinde de fincas no inscritas.

El citado artículo 200 LH regula un procedimiento de competencia notarial, con amplia legitimación activa y variable legitimación pasiva. A veces se presenta una referencia indirecta a la modalidad no infrecuente del deslinde convencional (pfos. 4.º, *comparecencia para buscar la avenencia*) o a las dudas fundadas del registrador sobre la posibilidad de que el acuerdo alcanzado, en su caso, entre los colindantes encubra un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (pfo. 6.º) en que se suspenderá motivadamente la inscripción para evitar fraudes y desprotección de terceros.

El interés del deslinde es transversal pues puede comprenderse como operación en los procedimientos de los artículos 199 y 201 LH, aludiendo al deslinde muy diversos preceptos de esta reforma, cuando se refieren a elementos descriptivos de la finca.

Por todo ello hay que valorar si el reflejo reglamentario de este expediente brindaría mayor precisión y coherencia a algunas cuestiones que la doctrina considera pendientes como la articulación con el procedimiento catastral del artículo 18.2 TR de Ley de Catastro Inmobiliario, o determinar el procedimiento adecuado para los supuestos en que concurran fincas inscritas y no inscritas[67].

3. La inscripción de obra nueva y figuras afines (art. 202 LH)

La inscripción de plantaciones, edificaciones, instalaciones y otras mejoras incorporadas a la finca se regula en el artículo 202 LH que supera ampliamente el ámbito del antiguo artículo 208 LH y del artículo 308 RH (único dedicado específicamente a esta cuestión).

En el artículo 202 LH se observan inicialmente dos dimensiones: la construcción (de edificaciones[68]) y el asentamiento (de *instalaciones fijas y removibles*) centrado estas segundas en la noción de los denominados bienes inmuebles *por destino* (*ex* art. 334 CC). Su creciente interés se debe a su conexión con la protección medioambiental y el ahorro energético, vg., certificación de la eficiencia energética de los edificios[69], instalación de «placas solares» (más técnicamente, paneles fotovoltaicos[70]) y su posible reflejo en el Libro del edificio, sin perjuicio de otros elementos (viviendas preconstruidas o casas prefabricadas, instalaciones de camping, etc.). Respecto a las nuevas

plantaciones interesa entre otros aspectos la coordinación con el sistema de información geográfica de parcelas agrícolas (SIGPAC)[71].

Pero la clásica cuestión en el ámbito de este precepto es la referencia a la superficie ocupada por la edificación (que podríamos extender a la instalación o plantación) en relación a la de toda la finca. La calificación registral positiva supone la coincidencia de la superficie ocupada por la edificación según la descripción literaria del título y la que resulta de las coordenadas georreferenciadas aportadas, sin que baste efectuar una simple *comparación aritmética*, sino que es precisa una *comparación geométrica espacial* (es decir, no se trata solo de número de metros cuadrados sino dónde están situados concretamente)[72]. La cuestión se oscurece porque, mientras el apartado 8 de la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 exige la representación gráfica de toda la parcela, la Dirección General restringe tal exigencia de constancia de la *delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique*, a los supuestos de duda fundada[73]. Buena ocasión para una aclaración reglamentaria[74].

A estos efectos, resulta útil el Informe Catastral de Ubicación de las Construcciones (I.C.U.C.) que ofrece la citada resolución conjunta de 2020, precisamente con el fin de dar soporte a la previsión contenida en el artículo 202 LH[75].

En realidad, aparecen relacionadas dos cuestiones, el solar y el régimen de propiedad horizontal. Respecto a los solares y la construcción sobre ellos, para facilitar a notarios y registradores información sobre dichas parcelas a los efectos de poder realizar los trámites que prevé la Ley Hipotecaria, las resoluciones conjuntas de 2020 y 2021 (en su respectivo apdo. Undécimo)[76] prevén que el propio Catastro facilitará «*un servicio de certificación de parcelas sujetas al régimen de propiedad horizontal, que incluirá su geometría y un identificador asignado a estos solos efectos*» (para conocer las parcelas sobre las que se encuentra inscrito un edificio sometido al régimen de división horizontal)[77]. En definitiva, se trata de instrumentos que creemos conveniente que se recojan —ellos o los que técnicamente los mejoren y sustituyan— en un futuro reglamento, para su consolidación e incorporación real a la práctica cotidiana de los profesionales destinatarios.

En relación a los edificios constituidos en régimen de propiedad, el folio real de cada elemento independiente reflejará su respectiva representación gráfica que el registrador extraerá del proyecto (del plano en planta de cada elemento), con asignación del correspondiente código de finca registral y firmará electrónicamente el archivo, haciendo constar en el folio real el código seguro de verificación (C.S.V.) asociado y particular de cada elemento que, en caso de cumplimiento de los requisitos, constará también como «inmueble sobre parcela coordinada».

Como resulta de la resolución conjunta de 2020 la inscripción de una declaración de obra nueva está relacionada no solo con la aportación de las coordenadas de la superficie de terreno ocupada por la edificación, sino también con la previa subsanación de la cartografía catastral respecto a la inscripción de la RGG (catastral o alternativa) de la finca. Por otra parte, la resolución conjunta de 2021 intenta completar algunas de las cuestiones anteriores respecto a las escrituras públicas de declaración de obra nueva[78].

El problema latente —y el peligro que debe conjurarse en un futuro Reglamento— es que la interpretación extensiva de tal requisito supone casi prácticamente proclamar que la inscripción de la RGG de la finca es necesaria en todo caso de inscripción de declaración de obra nueva (lo que no expresa literalmente el art. 202 LH), salvo en los casos excepcionales. Esta exigencia puede conllevar un requisito no previsto legalmente: la necesidad de subsanar la cartografía catastral (además de haber observado ya todos los requisitos señalados).

Precisamente algún autor detecta y critica esta situación. Considera que la resolución conjunta de 2020 pretende incluso, con buena intención, una interpretación modificativa subrepticia, según resulta del número 3 de su Anexo II, lo que considera censurable: a) por su ubicación, al final del último anexo de una resolución dedicada a especificaciones técnicas de las RGGA y al intercambio de información entre Registro y Catastro; y b) por su contenido, que puede impedir la inscripción en el Registro de la Propiedad de una declaración de obra nueva, creando una notable inseguridad jurídica a la hora de autorizar la correspondiente escritura[79].

Hasta el momento, este rigor se suaviza en parte por la posibilidad de inscribir la RGGA (y, por lo tanto, la declaración de obra nueva), con todos los efectos de la inscripción, salvo los derivados de la coordinación gráfica, antes de modificar el Catastro, quedando la finca en el ínterin en estado de «finca pre-coordinada». En definitiva, es doctrina constante de la Dirección General que las coordenadas de la superficie de terreno ocupada por la edificación solo se exijan cuando la edificación ocupe la totalidad de la superficie o el registrador albergue dudas fundadas y razonadas sobre su posible intersección o extralimitación respecto de la línea exterior de la finca[80].

Concretamente, el futuro Reglamento puede ser ocasión para completar aspectos relevantes como los relativos al Libro de Edificio (formato y archivo registral, actualización de su contenido)[81] o dudosos como si debe continuar —eludiendo el requisito del artículo 202— considerándose válida la aportación de una representación gráfica de la porción de suelo ocupada realizada sobre un plano georreferenciado o dentro de una finca georreferenciada, *aunque no se especifiquen las coordenadas concretas* de aquella[82].

Otras especialidades derivan de las técnicas y tipologías constructivas y urbanísticas. Es el caso de las denominadas edificaciones «cascarón»[83], las

viviendas-cueva[84] y de los engalabernos, que requieren su constatación en el Registro de la Propiedad para facilitar el control registral de legalidad urbanística desde su declaración hasta su terminación. En general, estas situaciones de construcciones superpuestas o excavaciones que constituyen fincas registrales independientes de la finca-suelo sobre o bajo cuya superficie están elevadas o excavadas deben resolverse con la utilización de otro sistema cartográfico que sí incluyera la coordenada «Z» de cada punto para el plano vertical. En esa línea se intenta avanzar, a pesar de cierta complejidad dadas las características actuales del Catastro español[85].

En definitiva, parece conveniente la actualización del Reglamento Hipotecario considerando la normativa urbanística y técnica a la vista de muy diferentes modelos constructivos y la preocupación por sostenibilidad medioambiental, en orden a la aplicación efectiva de la Ley 13/2015 para la consecución de sus objetivos[86].

4. El expediente de dominio para la inmatriculación de fincas (art. 203 LH)

Este precepto es, sin duda, el de mayor extensión de los que componen este título; de ahí la posible derivación de gran parte de su contenido —reduciendo su extensión si se considerase oportuno en una próxima reforma legal— y su traslación a un precepto reglamentario[87].

En cualquier caso la importancia de este precepto es proporcional a su extensión, pues constituye el *ius commune* de otros dos procedimientos de jurisdicción voluntaria, contemplados en este mismo título VI (respectivamente, arts. 201 y 208 LH). Parece lógico pensar que el futuro Reglamento guarde una estructura y proporción semejante.

Se trata de un expediente de jurisdicción voluntaria, pero con subrogación del juez por el notario, en aras de una pretendida desjudicialización que puede no resultar tal si la tramitación de un expediente notarial de igual complejidad que un proceso judicial se subordina, además, a una ulterior autorización judicial[88]. Recordemos que el texto reglamentario debe coadyuvar al cumplimiento de los objetivos proclamados por la Ley 2015 subsanando imprecisiones terminológicas y técnicas[89], además de recoger recomendaciones prácticas surgidas de la experiencia profesional[90].

Así, durante su tramitación son varios los momentos de interconexión notarial-registral y de remisión recíproca de documentación, por lo que conviene tomar algunas precauciones en aras de la economía procesal y el mejor servicio al ciudadano (también propósitos de la reforma). Por ejemplo, para evitar la tramitación infructuosa de un acta notarial (con su coste en tiempo y dinero) sería muy recomendable —y podría indicarlo el futuro Re-

glamento— que la solicitud de certificación registral negativa (*ex* art. 223.3 LH) fuese anterior y no posterior (como prevé el art. 203. Tercero LH) a la iniciación de la tramitación del expediente mediante el requerimiento[91].

Después de señalar algunas mejoras deseables, volvamos los ojos a la ya derogada tácitamente regulación reglamentaria del anterior expediente judicial (refiriéndose ahora el nuevo 203 LH solo a la función inmatriculatoria), contenida en los artículos 272 a 284 RH. Ello nos ofrece la posibilidad de colmar el molde que representan tales preceptos —una vez vaciados de su obsoleta sustancia—, con gran parte del contenido legal[92].

El futuro Reglamento Hipotecario podría recoger el amplio espectro de legitimación activa de este expediente, que la Regla segunda del artículo 203 LH limita en su literalidad al titular dominical de la finca, pero junto al cual podría incluirse, según los casos, al nudo propietario, al titular de una cuota indivisa o a uno solo de los cónyuges (aunque en el título de propiedad figuren ambos como adquirentes, *ex* art. 1385 CC).

Especial interés merece la referencia al título inscribible. El artículo 282 RH, en su inciso inicial, preveía que *no se podrá exigir del que lo promueva que presente el título de adquisición de la finca o derecho cuando hubiere alegado que carece del mismo*, inciso que ha de entenderse derogado tácitamente pues la redacción legal vigente exige presentación de título escrito de propiedad (*título de propiedad de la finca…* art. 203 LH Regla segunda, letra a)[93]. La doctrina exige un título transmisivo de la propiedad y rechaza la posible inscripción directa de un documento privado, por ser contraria al artículo 3 LH (no derogado ni modificado)[94].

La Dirección General aclara que ya no es de aplicación extensiva la exigencia del artículo 298 RH de que la finca *está catastrada a nombre del adquirente o del transmitente*, al expediente del 203 LH pues se trata de una norma reglamentaria que solo se refiere a la inmatriculación por doble título (*ex* anterior art. 205 LH), aunque también debe entenderse derogada tácitamente, en dicho ámbito, por la nueva redacción del artículo 205 de la Ley Hipotecaria[95].

Por otra parte, ahora el artículo 203 LH Regla sexta amplia el ámbito de las posibles alegaciones ante el notario superando la restricción del precepto reglamentario (art. 282 RH, en su inciso final) según el que: «*ni se admitirá otra oposición de parte interesada que la que se contraiga exclusivamente a si el solicitante ha acreditado suficientemente la adquisición del dominio de todo o parte de la finca cuya inscripción se trate de obtener*».

El artículo 283 RH en adelante sería referible a la conversión (en su caso) de la anotación preventiva en inscripción definitiva (203 LH Regla sexta, pfo. 3.º) y el artículo 284 RH a la previsión de recursos gubernativo y judicial (203 LH Regla octava, pfo. 2.º). No en vano, subsiste esta vía en el artículo 204, párrafo 1.5.º (*sentencia que expresamente ordene la inmatri-*

culación) cuya tramitación se somete a las mismas notificaciones y garantías que el expediente notarial de dominio (*ex* art. 203, ambos de la LH), por lo que acudir al notario es voluntario —eso sí, más barato y más rápido—[96].

Ahora la regulación de este expediente habrá de basarse, entre otros, en los artículos 209 y ss del Reglamento Notarial. Se trata de un juicio formal sobre acreditación del hecho de la previa adquisición y de su fecha *si resultaren evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso.* El margen de discrecionalidad notarial[97] se manifiesta en su posibilidad de continuar la tramitación del expediente, realizando actuaciones y pruebas que permitan precisamente disipar sus dudas[98]. A tal efecto, no deben descartarse las modificaciones que perfeccionen la conexión entre Reglamento Notarial e Hipotecario.

La regulación de las notificaciones es mejorable en varios aspectos. En primer lugar, los requisitos o especificaciones se solapan, como parece ser el caso de la letras b) y c) de la Regla 3.ª, párrafo 2.º: ¿cómo tener dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca con otras ya inmatriculadas, si ya se ha comprobado que la finca no está inmatriculada?[99]. Son contradicciones y discordancias a limar por el futuro reglamento[100].

En cuanto a los destinatarios de dichas notificaciones, destaca el silencio legal y la discordancia entre la relación de interesados a quienes debe identificar el promotor y notificar el notario, y las omisiones de otros interesados (vg., solo se refiere al arrendamiento de vivienda pero *¿quid* del de finca rústica e incluso de finca urbana para un uso distinto del de vivienda?) o la incongruencia que supone la mención de «poseedores de hecho».

Tampoco debe obviarse la posible existencia de un bucle de remisiones, pues por un lado se dice (art. 203 Regla quinta, pfo. 2.º), que el notario *notificará la solicitud … en la forma prevenida en esta Ley,* pero el mismo precepto (en la misma Regla quinta, pero pfo. 1.º) *establece* que *el notario notificará la pretensión de inmatriculación en la forma prevenida reglamentariamente* (entendiéndose que en este contexto las expresiones *solicitud y pretensión de inmatriculación* son asimilables).

Para resolver esta cuestión hay que plantearse si entendemos la expresión *forma prevenida reglamentariamente,* como aquella prevista en el Reglamento Notarial, y la que se remite a la *prevista en esta Ley*, como la referida a la notificación por edictos (Regla 7.º de este mismo precepto o de otros pasajes del resto del título VI en que se integra). Por este segundo sentido se pronuncia la DGRN por analogía con el supuesto de notificación en el expediente notarial del artículo 201.1 LH que se aparta de las reglas generales de la legislación notarial en cuanto a la forma de practicar la notificación y considera que debe regirse por las disposiciones de la propia Ley Hipotecaria.

Y es que aunque el artículo 203, Regla quinta, párrafo 1.º LH se refiere a la notificación a ciertos interesados *en la forma prevenida reglamentariamente*, *«además de no existir desarrollo reglamentario del precepto* (todavía)*, no puede llegarse a otra conclusión interpretando sistemáticamente las normas transcritas; y carece de lógica entender que existen dos regímenes diferentes de notificación según el destinatario de la misma en un mismo procedimiento, lo que haría de peor condición a unos frente a otros».* En conclusión, la notificación se practicará, en todo caso, «en la forma prevenida en esta Ley»[101].

5. La inmatriculación por doble título (art. 205 LH)

Básicamente este procedimiento —ahora solo inmatriculador— del nuevo artículo 205 LH exige claramente dos títulos públicos traslativos, uno para la transmisión inmatriculadora y otro para la adquisición previa, con un año al menos entre ambos[102].

Bajo la legislación anterior, el artículo 205 LH, desarrollado por el artículo 298 RH (redactado por RD 1867/1998 y después alterado por STS 3.ª, de 31 de enero 2001), regulaba el procedimiento que se utilizaba para inmatricular y hacer constar el exceso de cabida. Ahora queda excluida de este procedimiento esta segunda función considerando también derogado tácitamente el artículo 298 RH, al menos en esta segunda dimensión desde la reforma legal y su nueva redacción (o su futuro concordante) debe respetar el ámbito del nuevo artículo 205 LH al mismo tiempo que intentar reducir o anular sus incoherencias.

Sin embargo se ha generado una dinámica perversa. Algún autor critica que se haya producido una reviviscencia por vía interpretativa del acta de notoriedad contemplada por el anterior artículo 205 LH pero expresamente suprimida en el nuevo 205 LH, con lo que, en cierto modo, se desactiva la reforma legal y se tiende a disminuir el uso práctico del expediente de dominio regulado en el nuevo artículo 203 LH que es más garantista[103].

Las primeras resoluciones tras la Ley 13/2015 (*vid.* por todas, la de 19 de noviembre de 2015) coinciden en reconocer que… «ya no será admisible la simple declaración de la notoriedad del hecho de que una determinada persona es tenida por dueña de una determinada finca, como venía admitiendo el artículo 298 RH, sino que, conforme a las exigencias expresadas en el nuevo artículo 205 LH y a la regulación del artículo 209 del Reglamento Notarial, será necesario que, tras el requerimiento expreso en tal sentido y la práctica de las pruebas y diligencias pertinentes, el notario emita formalmente, si procede, su juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha, siempre y cuando, como señala el mismo precepto reglamentario (notarial), tales extremos le «resultasen evidentes por aplicación directa de

los preceptos legales atinentes al caso». Pero con los años se contradice radicalmente esa doctrina y se acaba considerando muy laxamente que tales «requisitos deben entenderse debidamente cumplidos con aquella mera declaración notarial de «*ser tenida por dueña desde hace más de un año*«, sin mayor determinación de la fecha de adquisición o la expresión concreta del título adquisitivo (vg. Res. 11 de junio de 2018)».

En realidad, en su contexto anterior a la Ley 13/2015 el artículo 298 RH había subsumido al propio artículo 205 LH (por lo que era aquel el que en realidad se aplicaba en la práctica) y desbordado la dicción de los ya derogados artículos 199 y 205 LH, porque sustituía el acta de notoriedad para acreditar el título adquisitivo del transmitente al que estos se referían, por un acta de notoriedad de que simplemente el transmitente sea tenido por dueño[104].

Pero al menos, según dicho autor[105], el artículo 298 RH gozaba entonces a su favor de dos posibles coartadas para atreverse a desafiar o «corregir» al anterior artículo 205 LH. Por una parte, tenía al menos rango normativo de Decreto, inferior, pero cercano al de la ley y, por otra, en aquel momento la ley no exigía título público previo, sino *acreditación fehaciente* de la (primera) adquisición.

Precisamente, la STS de 31 de enero de 2001 (fto. décimoctavo, pfo. 4.º) basa la nulidad de *los* párrafos quinto y sexto del artículo 298.1 RH en relación al *documento fehaciente,* en que dichos párrafos «*son contrarios a lo dispuesto por el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, (porque) no solo exige que sea fehaciente la fecha del documento sino también que este acredite fehacientemente haberse adquirido el derecho*». Es más, se afirma: «*y ello con independencia de que en la regulación reglamentaria anterior* (procedente de 1959) *a la modificación ahora impugnada se admitiese a tal efecto el documento de fecha fehaciente anterior, ya que, como hemos repetido, la contradicción con la Ley no se purga por haberse dado también en el precepto reglamentario modificado* (lo que, por otra parte, dificultaba su «resurrección»).

Respecto a la titulación, para MARIÑO PARDO no basta con que el documento sea público, al menos en cuanto al título inmatriculador, sino que es preciso que su naturaleza sea adecuada para reflejar una transmisión inmobiliaria registrable. La interpretación de la DGRN es continuista y suficientemente flexible para entender incluidos en la exigencia de que el título inmatriculador sea traslativo, también los títulos determinativos (aportación a sociedad de gananciales o disoluciones de condominio) o que reflejen dicha titularidad, como una agrupación o división de fincas o una declaración de obra nueva, o la sentencia declarativa del dominio (en realidad, declarativa de la adquisición anterior) o de la adquisición por usucapión (con eficacia retroactiva al inicio de la posesión)[106].

El juego de las respectivas fechas es variado y debe ser flexible mediante una legítima interpretación finalista de la DGRN, tendencia que el futuro Reglamento podría recoger sin caer en excesivo casuismo, para conseguir que la fijación de un plazo de un año entre títulos tienda efectivamente a disminuir la denominada «fábrica de títulos» (desmotivada también por la imposición fiscal)[107].

En cuanto a la notificación de la inmatriculación ya realizada (art. 205, pfo. 5.º, a diferencia de otros supuestos, vg., 199, en que la notificación es previa) se plantean varias cuestiones que un próximo Reglamento podría abordar. Una se refiere a la dudosa posibilidad del registrador de conocer la existencia de poseedores de hecho o titulares de cargas (¿solo a través de los títulos presentados?); otra es qué deben hacer o ante quién deben acudir los colindantes para exponer sus quejas u obstáculos, de haberlos (¿o se trata solo de una advertencia para su conocimiento, o para acudir al procedimiento más específico del expediente de dominio notarial para inmatriculación de fincas regulado en el art. 203 LH?)[108].

En definitiva, ya no puede acudirse al procedimiento previsto en los artículos 300 y 306 RH ante el juez de primera instancia, pues tales artículos han de entenderse derogados por la Ley 13/2015. Así lo reconoce la RDGRN de 24 de enero de 2017, que enumera procedimientos alternativos[109].

Por coherencia normativa, a su vez la modificación del artículo 298 RH implica retocar la dicción del también derogado artículo 301 RH (en su redacción de 1959), especialmente en su párrafo 1.º, relativo a la inmatriculación de concesiones administrativas, y que se encuentra en conexión con otros preceptos reglamentarios, tales como el artículo 31 (certificación del registro administrativo y edictos), los artículos 44 y siguientes (inscripción, agrupación, división y segregación de fincas), 60 y siguientes (inscripción de concesiones en sus distintas modalidades y aspectos).

6. Operaciones registrales sobre bienes de las Administraciones públicas (art. 206 LH)

Las operaciones registrales sobre bienes de las Administraciones públicas, en virtud de certificación administrativa (aludidas en el art. 198) se regulan en el artículo 206, ambos de la LH. Según la doctrina especializada este precepto centraliza el régimen registral del patrimonio inmobiliario de las Administraciones públicas, sin la pretensión de alterar el propio de la legislación hipotecaria pero modulándola[110]. Parece lógico pensar que dicha correlación entre regulaciones debe observarse también a nivel reglamentario.

Ya las modificaciones legales anteriores a la que estudiamos (vg., por Ley 13/1996)[111] habían desfasado todavía más la antigua redacción del Re-

glamento Hipotecario. Y ello en varios aspectos. En general, el artículo 2.6 LH (en una redacción inalterada desde la Ley Hipotecaria de 1944-46) prevé la inscripción de *los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado, o a las corporaciones civiles o eclesiásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos:* regla general que es recogida por el artículo 4 RH (desde 1947, aunque con algún retoque posterior).

Por el contrario, en un primer momento (desde 1947 hasta 1998) y sin previo mandato legal, el artículo 5 RH excepcionaba de inscripción los bienes de dominio y uso público de las distintas administraciones y los destinados al culto católico. Ya en 1998 su tenor suprime estas excepciones: «*Los bienes inmuebles de dominio público también podrán ser objeto de inscripción, conforme a su legislación especial*».

Dicho régimen, común a bienes públicos y eclesiásticos, se contiene en el capítulo *Bienes y derechos inscribibles y títulos sujetos a inscripción* (arts. 4 a 33 RH, muchos reformados en 1998, y entre ellos algunos anulados por la citada STS de 31 de enero de 2001 *(RJ* 2001, 1083)[112]. No obstante, sorprende la subsistencia desde 1947 de la redacción del artículo 19 RH, aunque referido a un contexto histórico distinto: *En la misma forma* (se alude a preceptos ya anulados en relación a este aspecto, concretamente los arts. 17 y 18 RH) *se inscribirán los bienes que pertenezcan a la Iglesia o a las Entidades eclesiásticas, o se les devuelvan, y deban quedar amortizados en su poder,* precisamente en referencia al fenómeno de la desamortización; redacción que resiste todavía hoy en varios de preceptos reglamentarios[113].

Presentado este marco general, es preciso distinguir varios aspectos. Desde el punto de vista subjetivo, la modificación más llamativa, como ya adelanta la exposición de motivos de la Ley 13/2015 es, desde luego, la desaparición de este procedimiento para la Iglesia Católica, a la que se le había permitido expresamente la inmatriculación de sus templos en la redacción reglamentaria de 1998 (prohibida hasta entonces, o al menos exceptuada de inscripción como hemos dicho[114]).

Otra cosa es que la inmatriculación —por los demás procedimientos apropiados— de fincas a nombre de la Iglesia Católica requiera expresar la concreta persona jurídica eclesiástica que ostente su titularidad, dadas las consecuencias que se derivan para su enajenación y gravamen, según exige el artículo 9 LH y desarrolla el Código de Derecho Canónico[115], por lo que resulta capciosa la referencia reglamentaria del vigente artículo 35 RH a los documentos pontificios y al Derecho Canónico.

Respecto de los bienes de las Administraciones públicas sobre la base de la proclamación general del citado artículo 2.6 LH, el artículo 5 RH ya reconoce desde 1998: *Los bienes inmuebles de dominio público también podrán ser objeto de inscripción, conforme a su legislación especial.*

Por todo ello es claro que una próxima reforma reglamentaria debe desarrollar equilibradamente el contenido del actual artículo 206 LH centrándose en su estructura, precisando el ámbito subjetivo y objetivo y realizando las remisiones oportunas a la normativa hipotecaria y sectorial.

Primeramente debe examinarse su literalidad y realizar una adecuada delimitación del ámbito subjetivo, para precisar el concepto comprendido en la expresión inicial del artículo 206 LH: *«Administraciones Públicas y las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de aquellas*». Parece correcto acudir a la legislación sectorial para incluir la dimensión territorial y la institucional de la Administración[116]. Sin embargo la delimitación concreta de este ámbito subjetivo no parece que deba ser materia reglamentaria; a lo más, el establecimiento de criterios que permitan después una determinación más casuística por la jurisprudencia registral y otras vías complementarias[117].

El aspecto más práctico de esta delimitación subjetiva es la legitimación activa del órgano competente. Recordemos que el artículo 304 RH aborda la falta de potestad certificante del funcionario que administre los bienes en cuestión (con referencia ya obsoleta a la *Iglesia* y a su *Diocesano*, en su inciso final). Ahora debe tenerse en cuenta la legislación sectorial a diferente nivel (estatal, autonómica y local).

En cuanto al contenido de la certificación (regulada en el art. 303 RH) debe integrarse este precepto con las exigencias del artículo 206.1 LH (detallando el modo de adquisición, inventario, etc.), suprimiéndose la referencia al supuesto de que *no exista título inscribible,* pues es preceptiva su presentación, sin perjuicio de su obtención por alguna de las vías previstas (vg., las del art. 204 LH) y completándose la documentación con la certificación descriptiva y gráfica catastral o en su caso, alternativa, de la parcela o parcelas catastrales que se correspondan con la descripción literaria y la delimitación geográfica de la finca.

El juego funcional de este precepto 206 LH es amplio y así lo debe reflejar el nuevo Reglamento Hipotecario. Desde la inmatriculación (su única función en la redacción originaria, desarrollada por los artículos 303 a 307 RH solo vigentes ahora en lo que resulten compatibles con la regulación legal actual), hasta la reanudación del tracto sucesivo interrumpido. En este segundo aspecto el artículo 206.4 LH se remite al artículo 37.3 LPAP (y este al 208 LH) pues no permite tal reanudación si hay oposición (en los plazos y cumpliéndose los requisitos preceptivos respecto a notificaciones y antigüedad de asientos sin alteración), pero silencia si dicha oposición debe estar justificada o no (silencio que podría subsanar la futura regulación reglamentaria)[118]. Otra de dichas operaciones registrales es la cancelación o rectificación de las inscripciones a favor de la Administración pública en determinados supuestos (art. 37.4 LPAP)[119].

En caso de coincidencia total o parcial con fincas ya inscritas, el artículo 206.2 LH prevé expresa y sencillamente que el registrador «denegará la inmatriculación solicitada», por lo que ante el silencio legal podría pensarse en acudir al artículo 306 RH (en lo no incompatible) pero algún autor no lo considera prácticamente aplicable[120]. Además, en otros supuestos en que pueden aflorar conflictos de intereses, se preceptúa la comunicación de los datos necesarios por el registrador a los órganos administrativos competentes[121]. La redacción actual del Reglamento Hipotecario alude al funcionario o persona habilitada para certificar (art. 304) y distingue entre los supuestos de denegación, con devolución de la certificación por defectos sin toma de anotación preventiva (art. 305) y de suspensión, con extensión de anotación en su caso, en los supuestos de contradicción con algún asiento no cancelado, o de fincas o derechos reales cuya descripción coincida en algunos detalles con la de fincas o derechos ya inscritos (art. 306). También afecta a la representación gráfica de los bienes de dominio público la resolución conjunta de 7 de octubre de 2020[122]. Una referencia en el Reglamento podría ser útil para la aplicación de estas instrucciones.

7. El expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido (art. 208 LH)

Este expediente se basa en el equilibrio entre el rigor extremo y la laxitud excesiva respecto de la exigencia de documentación disponible por el promotor de este expediente, lo que constituye el criterio fundamental a tener en cuenta por cualquier desarrollo reglamentario. Por un lado, no se puede dificultar su tramitación mediante el aumento de requisitos adicionales (vg., personas a citar y valor de su respuesta) pero tampoco olvidar la interpretación restrictiva que merece dicho procedimiento por suponer una excepción a las reglas generales del Derecho Inmobiliario[123]. Equilibrio delicado porque su ruptura supondría frustrar la intención de desjudicializarlo: ya no habría simplificación sino de gravosidad, no solo para el promotor, sino también para algunos terceros interesados.

Dejamos al margen parte del contenido de este precepto por parecer más propio del derecho sustantivo (por lo que con menos razón debe incorporarse este aspecto al futuro Reglamento)[124]. Ahora el ámbito de la reanudación no solo se concibe respecto al dominio sino a otros derechos reales (en su caso, combinada o separadamente del dominio sobre el que recaigan, art. 208 Segunda,3.ª) cuyas últimas inscripciones también se solicita y a cuyos titulares (incluso a sus herederos) también se cita.

Bajo la legislación anterior esta materia se regulaba en los artículos 200 a 204 LH, y concordantes del RH según los cuales las vías eran el expediente

(entonces judicial, art. 201) de dominio y el acta de notoriedad (203), con la consiguiente cancelación de inscripciones contradictorias (a las que se referían los arts. 202 y 204 LH).

Ahora, bajo la legislación vigente solo subsiste el expediente (notarial) de dominio para esta finalidad reanudatoria (el art. 208 se remite para algunas cuestiones al art. 203 que constituye el *ius commune* de este procedimiento, ambos de la LH), por lo que queda derogada tácitamente la regulación reglamentaria del acta de notoriedad para esta finalidad (en especial, arts. 295 a 297 RH) pero podemos entender subsistente de forma muy residual la normativa reglamentaria del expediente de dominio (no de las actas, como digo) con finalidad reanudatoria del tracto, en lo que no sea incompatible con su carácter ahora notarial[125].

La reanudación del tracto se prevé además en ámbitos específicos, regulados también por normas reglamentarias, como el de las concesiones administrativas a las que se refiere todavía la redacción del artículo 301 RH[126], o el urbanismo, como ocurre respecto de las fincas de origen *incluidas en la unidad de ejecución* según el Real Decreto 1093/1997[127]. Todo ello acentúa la fragmentariedad e insuficiencia de la ya muy caduca regulación reglamentaria todavía vigente, y hace altamente recomendable su revisión, actualización y en su caso unificación[128].

Algunos autores señalan aspectos de la tramitación que un nuevo reglamento podría mejorar, en especial, precisando la amplitud de la remisión que hace el artículo 208 a las diferentes reglas del artículo 203 (ambos de LH). Así ocurre respecto a la titulación requerida en el escrito inicial (208. Segunda,2.ª) y sobre todo, a si a la preceptiva descripción de la finca debe agregarse su representación gráfica georreferenciada, además de la certificación catastral descriptiva y gráfica, junto al título de propiedad de la finca (por remisión al art. 203.1,2.ª letra a): en sentido positivo inclina la interpretación teleológica de toda la reforma[129]. Otra cuestión es la relativa a la anotación preventiva, en este caso, de la pretensión de reanudación de tracto (por remisión al 203. regla tercera) y la obligatoriedad o voluntariedad de la solicitud de certificación registral.

Pero sin duda el mayor inconveniente práctico es la previsión del régimen rigurosísimo de consentimiento unánime de los notificados (por remisión del art. 208. Segunda, 3.ª al art. 203.1.5.ª) junto a la extensión de su ámbito, vg., en referencia a la notificación al Ayuntamiento (pfo. 1.º) y colindantes (pfo. 2.º, ambos pfos del art. 203.1.5.ª), cuyo perjuicio en caso de reanudación no es evidente[130].

No menos dudosa es la forma de tales notificaciones. Ante la remisión al artículo 203 LH en el sentido de que la notificación a los interesados, «se hará en la forma prevista reglamentariamente», ¿*quid* a falta de esta previsión reglamentaria? Parece que tanto el derogado artículo 204 LH

(aunque referido a las actas de notoriedad) como el nuevo artículo 208.3.4.ª presuponen la notificación personal[131]. En realidad, no se trata de una simple notificación, sino obviamente de un requerimiento para que el posible perjudicado pueda hacer valer sus derechos en el plazo de un mes, siendo más discutible lo relativo a la antigüedad de la inscripción y la comparecencia y consentimiento de todos los citados[132].

En cuanto a la cancelación de las inscripciones contradictorias, el artículo 286 RH establecía que el auto aprobatorio del expediente de dominio así lo *dispondrá* (¿debería disponerlo o solo podía?) acreditando el cumplimiento de los requisitos exigidos (entre ellos, las oportunas citaciones) pero recientemente la Dirección General no considera imprescindible que se ordene expresamente la cancelación de asientos contradictorios porque no lo exige el nuevo artículo 208 LH dado que el acta notarial por la que finaliza el procedimiento tiene por sí misma virtualidad cancelatoria sin necesidad de mandato expreso[133].

En conclusión, los autores consultados consideran asistemática e incongruente la regulación legal vigente, siendo preferible haber mantenido la regulación anterior (con la sola sustitución de la referencia al juez por la del notario), consideraciones que conviene que un futuro Reglamento valore y corrija en la medida de lo posible.

8. El procedimiento de subsanación de la doble o múltiple inmatriculación (art. 209 LH)

El análisis de este procedimiento es peculiar en el sentido de que con anterioridad a la Ley 13/2015 no existe una regulación legal de esta figura. Por tanto, la principal novedad es la elevación a rango legal de las reglas que intentan desterrar una de las lacras tradicionales de nuestro sistema: por mandato del artículo 198.8° LH se contempla *el procedimiento de subsanación de la doble o múltiple inmatriculación* como contenido de este título VI.

En efecto, hasta 2015, solo el artículo 313 RH (desde 1947) había regulado la cuestión, ampliándose los supuestos en la reforma reglamentaria de 1998[134]. Aun así debe ser completada en una próxima modificación pues en algunos puntos resulta insuficiente respecto al ámbito ya reconocido por la reforma de 2015.

Actualmente el artículo 209 LH sigue centrado en la doble inmatriculación no conflictiva y elude abordar la eficacia jurídica de los asientos registrales contradictorios, especialmente si no se practica la correspondiente nota indicativa. Pero hay que reconocer una expansión de este procedimiento en varios aspectos, resaltando de su nueva redacción algunas novedades que en su día debe reflejar el Reglamento Hipotecario, tales como la competencia

(ahora del registrador; antes del juez de primera instancia) y, en especial, la iniciativa, ahora también de oficio del registrador (Regla 2.ª), que apreciará en cada caso la conveniencia o no de este procedimiento, una vez realizadas las investigaciones pertinentes (Regla 3.ª)[135].

Respecto al criterio para determinar la competencia registral es de observar una desviación respecto de la regla general establecida en el artículo 313 RH, para los casos en que la finca en cuestión radicase en territorio perteneciente a dos o más registros. En estos supuestos, el artículo 209. Primera de la LH establece los criterios de la antigüedad del historial y, subsidiariamente, de la extensión superficial de la finca. En contraste con ello, otro precepto reglamentario, el artículo 2 RH (desde el 3 de marzo de 2017, es decir después de la entrada en vigor de la Ley 13/2015) considera preferente aquel registro en cuya circunscripción se ubique la mayor parte de la finca[136].

El artículo 209 LH también opta por una mayor amplitud en la tipología de asientos comprendidos en su operativa registral (asientos de presentación, notas marginales —con una caducidad poco conveniente, reducida a 6 meses—, anotaciones preventivas *de demanda* pero que la doctrina las considera atípicas)[137].

En adelante quizá sea más interesante observar una dimensión preventiva de este fenómeno, es decir, considerar la denominada doble inmatriculación futura o latente. Se trata de la que todavía no se ha puesto de manifiesto y que solo se revela —aunque ya exista— cuando se pretende la inscripción de la representación gráfica, con ocasión de inmatricular la finca o alterar su entidad hipotecaria[138]. Si el registrador aprecia que hay otra previamente inscrita deberá rechazarse dicha operación para no ocasionar la doble inmatriculación. La diferencia es que si la inscripción de la representación gráfica es obligatoria, impedirá la práctica de cualquier asiento; pero si es potestativa solo impide la incorporación de la propia representación gráfica, no de la inmatriculación[139].

Dado que el contenido actual del artículo 313 RH se considera derogado tácitamente en lo incompatible con la regulación legal (en virtud de la disposición derogatoria de la propia Ley 13/2015)[140], quizá convenga que su nueva redacción tenga en cuenta la intersectorialidad del fenómeno de la doble inmatriculación (vg., concentración parcelaria, reparcelación urbanística)[141].

En resumen, desde el plano de la política normativa y acorde con los propósitos de la Ley 13/2015, la efectiva desjudicialización implica promover el acuerdo entre todos los implicados para la definitiva subsanación de la situación de doble inmatriculación, máxime considerando que este expediente es un trámite potestativo que no excluye ni posterga el recurso judicial[142].

9. El expediente de liberación de cargas y gravámenes (art. 210 LH)

Respecto del expediente de liberación registral de cargas y gravámenes extinguidos previsto en el artículo 198 LH son varias las novedades que introduce la Ley 13/2015. La primera es el traslado de la competencia desde los juzgados de primera instancia al Registro de la Propiedad, configurándose ahora expresamente como un procedimiento de jurisdicción voluntaria de naturaleza registral, refundiendo los anteriores artículos 209 y 210 en solo el actual 210 (todos ellos de la LH).

Para una adecuada regulación reglamentaria es precisa la previa delimitación de los diferentes supuestos de cancelación previstos por la Ley Hipotecaria (arts. 82.2 en relación al 157.4) ya que la propia regulación legal requiere una equilibrada interpretación para evitar incoherencias, especialmente en relación al artículo 82.5. Después de esta primera labor, la reforma reglamentaria será buena ocasión para subsanar algunas contradicciones que subsistan y salvaguardar la efectividad de los principios hipotecarios (en especial, en estos supuestos, los de inoponibilidad, legitimación y tracto sucesivo)[143].

Varios factores han incidido en esta materia alterando su tradicional estabilidad. Por una parte, en fechas muy próximas entre sí entraron en vigor, además de la Ley 13/2015 que estudiamos, la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que en lo que nos interesa aquí reduce a cinco años el plazo general de prescripción de las acciones personales establecido en quince años (por el art. 1964.2 CC, sin efecto retroactivo pero con un amplio periodo transitorio)[144]. Otra circunstancia de todos conocida es la alteración que han supuesto las medidas jurídicas adoptadas respecto al COVID-19, especialmente respecto de las suspensión y prórroga de plazos[145] y cuya permanencia, adaptación o supresión ha dependido de la evolución de las circunstancias.

Si comparamos los dos preceptos legales (el propio art. 82 y el art. 210 actual) se evidencia una diferencia de vías cancelatorias, con mayor amplitud de este segundo precepto en lo que respecta a la legitimación para instarla (no solo el titular registral sino *cualquier interesado*)[146], al fundamento (no solo prescripción; también *caducidad y no uso*), al ámbito objetivo (no solo hipotecas y condiciones resolutorias, sino *cualesquiera otros derechos o facultades de configuración jurídica*), incluso a las circunstancias concurrentes en los respectivos casos (vg., tiempo transcurrido desde el vencimiento de su término, ausencia de asiento que indique su ejercicio, etc.) y al *dies a quo* (desde el último asiento relativo a estos derechos).

La interpretación sistemática del artículo 210 lo conecta con los artículos 40 y 82 (todos de la LH) y concordantes del Reglamento Hipotecario, por lo que es preciso su comentario conjunto. Así, el artículo 40 prevé la

rectificación del Registro y concreta en su letra b): «*Cuando la inexactitud debiera su origen a la extinción de algún derecho inscrito o anotado, la rectificación se hará mediante la correspondiente cancelación, efectuada conforme a lo dispuesto en el Título IV o en virtud del procedimiento de liberación que establece el Título VI*».

Y ya en el ámbito reglamentario, ese doble reenvío es recibido por los respectivos Títulos IV (*De la extinción de las inscripciones y anotaciones preventivas,* arts. 173 y sigs. RH, aunque especialmente la sección I, *Título y procedimiento cancelatorio*; concretamente art. 177) y el Título VI (*De la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica*, especialmente arts. 309 a 311 RH, que habrá que entender derogados tras la Ley 13/2015).

En su comentario algún autor considera que el artículo 309 RH (relativo al promotor, contenido del escrito inicial y documentos justificativos) y el artículo 310 RH (referido al contenido de edictos) quedan subsumidos en la redacción del artículo 210 LH (apdo Primero), especialmente por las reglas 2.ª (solicitud del titular registral), 3.ª (citación personal) y 4.ª (publicación edictos). Ahora, como vimos, la legitimación activa se refiere al titular registral del derecho gravado (no cualquier interesado, como decía el artículo 309 RH) y la determinación de la legitimación pasiva (titulares registrales o causahabientes de las cargas cuya extinción se solicita). Por su parte, el artículo 311 RH carece de sentido al cambiar la naturaleza del expediente: ya no hay sentencia, sin perjuicio del posible proceso jurisdiccional posterior[147].

Sin embargo, es el artículo 177 RH el más directamente implicado en esta materia. Analicemos brevemente sus distintos párrafos. En principio, la redacción del 177.1 RH, que mantiene su vigencia, tiene fundamento en los artículos 82.2 y 157.3 (ambos de la LH) arbitrando —para mayor garantía— un plazo después de la caducidad sustantiva del derecho para que se produzca la caducidad del propio asiento que lo contiene. No obstante, el artículo 177.1 RH apostilla «salvo caso de prórroga legal», lo que no hace el vigente 210 LH quizá porque pueda resultar capcioso[148].

Solo el párrafo 2.º del artículo 177 RH está afectado de nulidad. Precisamente la función principal del artículo 82.5 LH fue la de subsanar los defectos por los que la STS 3.ª de 31 de enero de 2001 (*RJ* 1083, 2001) declaró nulo dicho párrafo 2.º, cuyo contenido se incorporó (por Ley 24/2001, de 27 de diciembre) al artículo 82.5 LH con la corrección «*cuando haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable*» (en lugar de señalar explícitamente el de 15 años para las condiciones resolutorias y 20 años para las hipotecas, que fue la causa de aquella anulación, por ignorar la regulación foral)[149].

La citada STS nos recuerda en su fto. séptimo que *esta jurisdicción carece de competencia para determinar la forma en que han de quedar redactados*

los preceptos de una disposición general en sustitución de los que se anulen… (pues)… *carece de potestad reglamentaria aunque no de la facultad de interpretar la norma* (arts.. 117.3 de la CE; 5.1, 12.2 y 3 de la LOPJ y 1.6 y 1.7 y 3 del CC), (de manera que) *si de esa forma el precepto impugnado puede conservarse, no procedería anularlo sino aplicarlo con arreglo a ella* (y cita la STS de 12 de diciembre de 2000 en relación con el art. 332.1.º y 2.º RH).

Por su parte, respecto a determinadas inscripciones, el artículo 177.3 RH se pronuncia de modo general, admitiendo un *numerus apertus* de supuestos: *Las inscripciones de arrendamientos urbanos y demás asientos relativos a derechos que se rijan por una normativa específica, se sujetarán a lo dispuesto en ella*[150].

Ya en ese momento (1998) estaba vigente el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los Contratos de Arrendamientos Urbanos que regula diversos aspectos (títulos inscribibles, descripción de la finca —hoy, completada con los datos de la reforma que estudiamos—, datos del título, modificaciones posteriores de la inscripción y su propia cancelación). Según el artículo 7 de este Real Decreto, «*conforme a lo dispuesto en el artículo 353, apartado 3, RH, se cancelarán de oficio por el Registrador de la Propiedad las inscripciones de los arrendamientos urbanos de duración inferior a cinco años, cuando hayan transcurrido ocho años desde la fecha inicial del contrato y no conste la prórroga convencional de este. 2. Por el mismo procedimiento se cancelarán de oficio las inscripciones de los demás arrendamientos urbanos, una vez que haya transcurrido el plazo pactado y no conste en el Registro la prórroga del contrato*».

De interés también puede resultar la relación con otros preceptos de rango reglamentario en una relación *ad intra* y otra *ad extra*. En el primer sentido (*ad intra*) parece dudoso —por no explicitarse— aplicar al supuesto del artículo 177 la vía señalada en el artículo 353.3, ambos del RH, respecto a entender también solicitada la cancelación que proceda por el solo hecho de pedirse la certificación (de cargas). El sentido *ad extra* se revela en materia urbanística, pues la doctrina admite la aplicabilidad del artículo 353.3 RH respecto a las notas marginales y anotaciones preventivas previstas en el Real Decreto 1093/1997 (arts. 5, 21, 60, 72 y 74, entre otros)[151].

En cualquier caso, las distintas posibilidades de actuación de los legitimados pasivamente (vg., comparecencia, con consentimiento o con oposición; incomparecencia) y la apertura, en su caso, de los correspondientes recursos gubernativos o judiciales hacen dudar de una desjudicialización efectiva como se pretendía, por lo que son cuestiones a ponderar en un futuro Reglamento, con ayuda de la experiencia diaria.

V. CONCLUSIONES

I. En materia registral, como se observa en su evolución normativa, es frecuente la coincidencia, alternativa o solapada, entre las regulaciones materiales de la Ley y el Reglamento Hipotecario, en una dinámica bidireccional de remisiones recíprocas respecto de cuestiones sustantivas como formales.

La redacción de un futuro reglamento hipotecario o su modificación parcial son opciones en cuya decisión intervienen factores de diversa índole (tecnológicos, jurídicos, políticos, económicos) en un contexto en que además algunas normativas sectoriales conexas con la materia registral han experimentado también profundas modificaciones en la última década.

II. Parece evidente que la ley 13/2015 supone la derogación tácita de los preceptos que integran el título VI del Reglamento Hipotecario por el doble motivo de que la nueva redacción legal es en sí misma suficientemente detallada y además está basada en principios inspiradores totalmente diferentes.

Pero la Ley 13/2015 no contiene una habilitación reglamentaria general sino que solo realiza en varios de sus preceptos remisiones puntuales a una normativa de rango reglamentario, sino que opta como instrumento de su desarrollo por la técnica de la resoluciones conjuntas entre los agentes implicados en la reforma (Notariado, Registro, Catastro).

El abuso de este recurso normativo (en principio legitimada por su artículo 10.6 para unos ámbitos muy concretos) podría considerarse criticable como vía reglamentaria general, ante la negligencia del Centro Directivo en la preparación de un texto reglamentario, por no ser respetuoso con el principio de jerarquía normativa ni de seguridad jurídica. Práctica que ya se ha consolidado a través de resoluciones conjuntas y circulares que podríamos denominar de «segunda generación» (2020 y 2021), respecto de las de 2015.

Tampoco puede pretenderse que sea la jurisdicción contenciosa *la que haya de determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que se anulen ya que solo cuenta con la facultad de interpretar pero carece de competencia reglamentaria.*

III. Aunque el conocimiento actualizado del nivel de implantación que la reforma de 2015 ha tenido realmente en la práctica notarial y registral exige la consulta continua de los datos de transparencia y estadística, puede afirmarse que no está exenta de defectos y peligros que la doctrina ha ido reflejando y de los que hemos pretendido resaltar los más oportunos a nuestros efectos.

Desde el punto de vista formal puede plantearse la oportunidad de aprovechar el texto reglamentario para intentar mejorar la estructura legal, descartando la mera reproducción de los preceptos legales ya suficientemente extensos, o para refundir un contenido básico común a los distintos procedimientos, relegando los textos más específicos, de contenido tecnológico y

cartográfico, sin perjuicio de los criterios de oportunidad y política legislativa. En cualquier caso la reforma del Reglamento Hipotecario no sería una labor unidimensional por la multitud de aspectos implicados a actualizar (vg. la demarcación territorial, o funcionarial).

IV. Curiosamente la situación actual es comparable a la de la publicación del todavía vigente Reglamento Hipotecario en 1947: en aquel momento coexistieron —por un espacio de tiempo muy breve— un texto legal novísimo (Ley de 1944-46) y un Reglamento ajustado a la Ley anterior (la de 1909) y que, por añadidura, estaba ya anticuado y había sido objeto de numerosas reformas fragmentarias (desde 1915).

Pero ahora se observa una dinámica casi inversa a la tradicional de desarrollo de la ley por el reglamento, al menos entre los años 1998 y 2001. La anulación judicial de preceptos reglamentarios excedentes del texto legal es subsanada por nueva redacción legal que ampara con su rango el contenido reglamentario anulado. Como muchas veces esta nueva reforma reglamentaria no llega a materializarse, el aplicador jurídico se ve obligado a una difícil o imposible *resurrección* —por su previa derogación— de preceptos reglamentarios anteriores a los anulados. Y la *jurisprudencia* registral trata de salvar la distancia entre ambas normativas de diferente rango o las incoherencias dentro de cada una de ellas.

V. Como la estructura de la reforma 13/2015 en materia registral distingue un bloque general y otro particular, el enfoque reglamentario puede ser paralelo (al menos, en principio, si no se acomete otra reforma legal antes). Así, en el bloque general el artículo 51 RH, entre otros, deberá acoger con esa base legal las innovaciones en materia de código registral único, circunstancias de las personas físicas y jurídicas, pero muy especialmente a nuestros efectos las que se refieren descripción del inmueble (referencia catastral, representación gráfica georreferenciada y calificación urbanística, medioambiental o administrativa).

VI. En el bloque específico relativo a la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica en especial respecto de la base física de la fincas y su coordinación catastral, nos encontramos con diferentes situaciones. Unas veces el solapamiento entre los diversos procedimientos ha de ponderarse según su respectiva naturaleza y función: inscribir la georreferenciación de la ubicación y delimitación de una finca (art. 199) o la rectificación de su superficie inscrita (201) o ambas cosas (art. 9). Ponderación que puede quebrar fácilmente por el abuso de uno de los procedimientos en detrimento de otro más adecuado técnicamente, para cada caso.

La inscripción de obra nueva y figuras afines (art. 202 LH) en particular la construcción de edificaciones y el asentamiento de *instalaciones,* despierta un creciente interés por su conexión con la protección medioambiental y el ahorro energético, o la prestación de ayudas agrícolas a plantaciones. Res-

pecto a los solares y la construcción sobre ellos, la cuestión principal es la necesidad o no de la expresión de la superficie ocupada por la edificación en relación a la de toda la finca. A lo que colaboran determinados servicios informáticos del Catastro (vg., Informe Catastral de Ubicación de las Construcciones, I.C.U.C.). Destacamos algunas cuestiones: la relevancia del Libro del Edificio merece un detenido desarrollo, la certificación gráfica alternativa se revaloriza respecto a la catastral a efectos de la coordinación, y el reflejo registral de tipologías constructivas y urbanísticas habrá de apoyarse en un sistema cartográfico que incluyan la tercera dimensión (coordenada «Z»).

Especial consideración merece el expediente (ahora notarial) de dominio para la inmatriculación de fincas (art. 203 LH) cuya tramitación presenta numerosos puntos de contacto con el Registro, no siempre pacíficos (legitimación activa, título inscribible y particularmente, las notificaciones).

Respecto a la inmatriculación por doble título (art. 205 LH) que podría haberse suprimido porque tiende a degenerar la conocida «fábrica de títulos», se detecta también el peligro de la reviviscencia por vía interpretativa del acta de notoriedad contemplada por el anterior artículo 205 LH —aunque expresamente suprimida en el nuevo 205 LH—; dinámica que iría en detrimentos del nuevo expediente de dominio 203 LH más garantista.

En cambio, en relación a las operaciones registrales sobre bienes de las Administraciones públicas (art. 206 LH) la cuestión principal es la adecuada coordinación de la normativa administrativa (incluida la sectorial) y la propiamente registral y el reflejo reglamentario de ese equilibrio.

VII. La aplicación del expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido (art. 208 LH) requiere un equilibrio entre el rigor extremo y la laxitud excesiva respecto de la exigencia de documentación disponible por su promotor. Este delicado equilibrio puede quebrarse, frustrando la intención de desjudicializarlo si se exacerba el régimen de consentimiento unánime de los notificados, por lo que es conveniente precisar las remisiones que dicho artículo 208 recoge al procedimiento base del artículo 203.

La previsión —en la propia Ley Hipotecaria— del procedimiento de subsanación de la doble o múltiple inmatriculación (art. 209 LH) es una novedad y no debe defraudar las expectativas de solución de una de las lacras tradicionales del Registro de la propiedad español. Por el contrario, conviene que abarque, a nuestros efectos, la denominada doble inmatriculación futura o latente que es precisamente la se hace patente cuando se pretende la inscripción de la representación gráfica, con ocasión de inmatricular la finca o alterar su entidad.

Una función más transversal y alejada aparentemente del objeto de esta reforma es la del expediente de liberación de cargas y gravámenes extinguidos (art. 210 LH). Una adecuada regulación reglamentaria requiere la previa delimitación de los diferentes supuestos de cancelación previstos por la Ley

Hipotecaria y una reinterpretación del actual Reglamento. Recordemos la función depurativa de este expediente sobre el folio registral y —a través de él— de todo el sistema registral por la mejor operatividad de los principios hipotecarios (en especial, en estos supuestos, los de inoponibilidad, legitimación y tracto sucesivo).

En definitiva, aunque el principal objeto de la reforma sea el intercambio de información y su coordinación en relación a la representación gráfica de las fincas, debe conseguirse con respeto a los principios hipotecarios —desarrollados también en su dimensión gráfica— con apoyo de la implantación del registro electrónico.

VI. Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado (Actualmente de Seguridad Pública y Fe Pública) y Sentencias de los Tribunales Principalmente Citadas

- 10 de febrero de 2009
- 21 de diciembre de 2015
- 23 de mayo de 2016
- 28 de junio de 2016
- 6 de febrero de 2017
- 8 de mayo de 2017
- 1 de junio de 2017
- 20 de junio de 2017
- 22 de septiembre de 2017
- 15 de enero de 2018
- 23 de abril de 2018
- 24 de mayo de 2018
- 20 de junio de 2018
- 27 de septiembre de 2018
- 2 de enero de 2019
- 1 de febrero de 2019
- 8 de mayo de 2019
- 10 de mayo de 2019
- 14 de mayo de 2019
- 18 de septiembre de 2019
- 10 de octubre de 2019
- 17 de enero de 2020
- 17 de junio de 2020
- 14 de octubre de 2020
- 30 de octubre de 2020

En especial y dada su importancia:

- Resolución de 29 de octubre de 2015, 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.
- Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la interpretación y aplicación de algunos extremos regulados en la Reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio.
- Resolución de 23 de septiembre, conjunta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y de la Dirección General del Catastro, por la que se aprueban especificaciones técnicas y complementarias para la representación gráfica de las fincas sobre la cartografía catastral y otros requisitos para el intercambio de información entre el Catastro y el Registro de la Propiedad.
- Resolución de 29 de marzo de 2021, conjunta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y de la Dirección General del Catastro, por la que se aprueban las normas técnicas para la incorporación de la representación gráfica de inmuebles en documentos notariales.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo (3.ª) de 31 de enero de 2001 *(RJ* 2001, 1083)

VII. BIBLIOGRAFÍA

* Fecha última consulta, 30 de julio de 2021. Hemos omitido las aportaciones de autores que se refieren estrictamente al comentario de resoluciones concretas, sin merma de nuestra gratitud.

AFONSO RODRÍGUEZ, E. (2018). El expediente de liberación registral de cargas o gravámenes, en E. Sánchez Jordán y L.J. Arrieta Sevilla (dirs.), *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales,* Aranzadi, 329 y sigs.

AMÉRIGO ALONSO, C., Procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, [en línea] disponible en https://www.registradoresdemadrid.org/ponencias/PROCEDIMIENTO-DEL-ARTICULO-199-DE-LA-LEY-HIPOTECARIA-1314

ARNÁIZ RAMOS R. (2013). *La inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva*, Barcelona. Ed. Bosch.

ARRIETA SEVILLA L.J. (2018). La subsanación de la doble inmatriculación, en E. Sánchez Jordán y L.J. Arrieta Sevilla (dirs.), *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales,* Madrid, Aranzadi, 309 y sigs.

ARRIETA SEVILLA, J.L. y IBIZA GARCÍA-JUNCO, A.M. (2021). La identificación geográfica de las fincas registrales y su coordinación con el Catastro, en Espejo Lerdo de Tejada, M. y Del Rey Barba, S. (dirs.), *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, 1092 y sigs.

CAPOTE PÉREZ, L.J. (2018). La reanudación del tracto sucesivo, en E. Sánchez Jordán y L.J. Arrieta Sevilla (dirs.), *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales.* Aranzadi, 239 y sigs.

DELGADO RAMOS, J. (2018). La DGRN vuelve al acta de notoriedad «facilona» en el artículo 205 LH, en *https://regispro.es*, [en línea] disponible en https://regispro.es/la-dgrn-vuelve-al-acta-de-notoriedad-facilona-en-el-art-205-lh/

— (noviembre de 2019). El registro de la propiedad y la aplicación gráfica registral: del «receptor de mentiras» al «detector de mentiras» *https://regispro.es* [en línea] disponible en https://regispro.es/el-registro-de-la-propiedad-y-la-aplicacion-grafica-registral-del-receptor-de-mentiras-al-detector-de-mentiras/

— (enero de 2019). Sobre las relaciones entre el artículo 9 y el artículo 199 LH y su interpretación conjunta. A propósito de la RDGRN de 4/1/2019, en *Regispro.es.* [en línea] disponible en https://regispro.es/j-delgado-sobre-las-relaciones-entre-el-art-9-y-el-art-199-lh-y-su-interpretacion-conjunta/

ESQUIROL JIMÉNEZ, V, (octubre de 2020). Novedades de interés notarial de la Resolución Conjunta de 7 de octubre de 2020 de la DGSJFP y de la DGC, en *https://www.notariosyregistradores.com*, [en línea] https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/novedades-de-interes-notarial-de-la-resolucion-conjunta-catastro-registro-7-octubre-2020/

FANDOS PONS, P. (2016). *Los efectos jurídicos de la identificación y descripción gráfica de fincas registrales: la base gráfica registral.* Valencia.Tirant lo Blanch. Pueden verse sobre este tema sus diversos artículos publicados en sucesivos número de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* bajo el título Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. RAMÓN FERNÁNDEZ, T. (2020). *Curso de Derecho Administrativo,* Madrid, Ed. Thomson-Civitas.

GARCÍA GARCÍA, J.A. (2006). *Reserva de ley y Derecho civil. Las funciones de las Normas Reglamentarias en el Derecho Civil*, Madrid, Thomson-Civitas.

— (2018). Régimen de las operaciones registrales sobre los bienes de las Administraciones públicas, en E. Sánchez Jordán y L.J. Arrieta Sevilla (dirs.), *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales*, Aranzadi, 285 y sigs.

GARCÍA GARCÍA, J.A., y SÁNCHEZ JORDÁN, E. (2018). El deslinde registral de fincas inscritas, en E. Sánchez Jordán y LJ. Arrieta Sevilla (dirs.), *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales.* Madrid, Aranzadi, 285 y sigs.

GARCÍA GARCÍA J.M. (2004). *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del registro mercantil*, Madrid, Thomson-Civitas.

— (2016). *La finca registral y el catastro: inmatriculación, obra nueva, reanudación de tracto y restantes procedimientos de la Ley 13/2015, de 24 de junio*, Cizur Menor (Navarra), Civitas - Thomson Reuters.

JIMÉNEZ CLAR, A. (2016). Sobre la discrepancia entre la información gráfica y la información jurídica, ambos trabajos en *https://regispro.es* [en línea] disponible en *https://regispro.es/a-jimenez-clar-6-sobre-la-discrepancia-entre-la-informacion-grafica-y-la-informacion-juridica/*

— (2018). Algunas consideraciones sobre el título de adquisición en el expediente notarial de dominio, en E. Sánchez Jordán y L.J. Arrieta Sevilla (dirs.), *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales,* Madrid, Aranzadi, 197 y sigs.

JIMÉNEZ GALLEGO (2016). *La nueva coordinación realidad-Catastro-Registro*, Valencia, Tirant lo Blanch.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (2003). *Elementos de Derecho civil,* vol. III-bis, Madrid, Ed. Dykinson.

MARIÑO PARDO, F. (2015). Idea general sobre el nuevo expediente inmatriculador del artículo 203 Ley Hipotecaria, [en línea], disponible en http://www.iurisprudente.com/2015/11/idea-general-sobre-el-nuevo-expediente.html.

— (2015). La inmatriculación mediante doble título tras la Ley 13/2015, de 24 de junio. El nuevo artículo 205 de la Ley Hipotecaria [en línea] disponible en http://www.iurisprudente.com/2015/07/la-inmatriculacion-mediante-doble.html

MARTÍN MARTÍN, Á. (2020). Cómputo de plazos de prescripción y caducidad del Código Civil después del Covid-19, [en línea] disponible en https://www.notariosyregistradores.com/web/utilidades/computo-plazos-prescripcion-y-caducidad-codigo-civil-tras-covid-19/#a1964

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2018). La inmatriculación por doble título público, en E. Sánchez Jordán, y L.J. Arrieta Sevilla (dirs.), *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales,* Madrid, Aranzadi, 257 y sigs.

MERINO ESCARTÍN, J.F. (2020). Prontuario de la Ley 13/2015, en *Notarios y registradores.org*, [en línea] disponible en https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/destacadas/reforma-de-la-ley-hipotecaria-y-del-catastro/

— (2016). El Código Registral Único *https://www.notariosyregistradores.com* [en línea] disponible en https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/el-codigo-registral-unico/

— (2015). Resumen de la Ley que reforma La Ley de Enjuiciamiento Civil y la Prescripción [en línea] disponible en https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/destacadas/resumen-de-la-ley-que-reforma-la-ley-de-enjuiciamiento-civil-y-la-prescripcion/#12-art-1964-del-codigo-civil

MUÑOZ NAVARRO, A.J. (2021). El expediente de dominio para la reanudación del tracto y la rectificación de la descripción, en Espejo Lerdo de Tejada, M. y Del Rey Barba, S. (dirs.), *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral,* Valencia,Tirant Lo Blanch, 2021, 1759 y sigs.

OLIVA IZQUIERDO, A.M. (2016). *La nueva coordinación Registro-Catastro.* Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

OLIVARES GARCÍA, J.M., y otros (2018). El modelaje y la representación del Catastro español en 3D y el modelo de edificios en Inspire. [en línea] Disponible https://idee.es/resources/presentaciones/JIIDE12/miercoles/B5.Presentacionl.pdf.

ROJAS MARTÍNEZ DE MÁRMOL, E. (2016). La reanudación del tracto sucesivo interrumpido con el nuevo expediente de dominio notarial, en *Notarios y registradores.org* [en línea] disponible en https://www.notariosyregistradores.com/

web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/la-reanudacion-del-tracto-sucesivo-interrumpido-con-el-nuevo-expediente-de-dominio-notarial/

ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F. (2015). Expediente de dominio notarial para inmatricular fincas ¿es útil? [en línea], disponible en https://www.notariofranciscorosales.com/expediente-de-dominio-notarial-para-inmatricular-fincas-es-util/

SANZ PÉREZ, C. (2016). El artículo 199 de la Ley Hipotecaria en el marco de la coordinación Catastro-Registro, en *El notario del siglo XXI*, núm. 65 [en línea] http://www.elnotario.es/index.php/editorial/6077-el-articulo-199-de-la-ley-hipotecaria-en-el-marco-de-la-coordinacion-catastro-registro

TRUJILLO CABRERA, C. (2018). El procedimiento de incorporación de la representación gráfica georreferenciada de la finca con base en la certificación catastral y su coordinación con el catastro, en E. Sánchez Jordán y LJ. Arrieta Sevilla (dirs.), Madrid, Aranzadi, 49 y sigs.

NOTAS

[1] Nos remitimos al Derecho administrativo para el estudio del reglamento como fuente secundaria de Derecho y seguimos en este apartado de aplicación de la doctrina administrativa al ámbito hipotecario, a GARCÍA GARCÍA, J.A., (2006). *Reserva de ley y Derecho civil. Las funciones de las Normas Reglamentarias en el Derecho Civil*, Madrid, Thomson-Civitas, en especial 70 y sigs.

[2] Para GARCÍA DE ENTERRÍA, E. RAMÓN FERNÁNDEZ, T., (2020). *Curso de Derecho Administrativo, I,* Ed. Civitas-Thomson, 242 y sigs., los reglamentos son clasificables desde diversos criterios, pero la doctrina coincide en la equivocidad de sus términos. En nuestro caso, el Reglamento Hipotecario puede considerarse por su procedencia formal —estatal—, por sus efectos —jurídico o propiamente normativo— y por su relación con la ley —ejecutivo—. Reconociendo la artificiosidad de esta distinción, su relevancia deriva de que la calificación o no del carácter de ejecutivo de un reglamento incide, entre otros aspectos, en la necesidad de dictamen preceptivo del Consejo de Estado (art. 22.3 Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado).

[3] *Vid.* para esta distinción las pautas señaladas por GARCÍA GARCÍA, J.A. *op. cit.* (2006), 88 y sigs., teniendo presente que la distinción entre reglamento jurídico y administrativo (de organización) es, en cierto modo, paralela a la relación existente entre reglamento ejecutivo e independiente. El reglamento ejecutivo se caracteriza por contener proposiciones jurídicas que afectan a la libertad y propiedad de los ciudadanos, a sus derechos y deberes, dictado con expresa autorización legal, y por ser más propio del Derecho civil.

[4] MERINO ESCARTÍN, J.F, (2020). Reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro. Resumen Prontuario de la Ley 13/2015, en *Notarios y registradores.org*, [en línea] disponible https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/destacadas/reforma-de-la-ley-hipotecaria-y-del-catastro/, señala los claroscuros de la reforma. Sobre la interoperabilidad de la información registral con otros sistemas de información geográfica, puede verse la muy clara exposición de J.L. ARRIETA SEVILLA, A.M. IBIZA GARCÍA-JUNCO (2021). La identificación geográfica de las fincas registrales y su coordinación con el Catastro, en Espejo Lerdo de Tejada, M. y Del Rey Barba, S. (dirs.), *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral,* Valencia,Tirant Lo Blanch, 2021, 1092 y sigs.

[5] En cuanto a las técnicas normativas empleadas existe cierto paralelismo entre la legislación registral y la catastral (en aras de una coordinación de la realidad física con la registral de las fincas). A ambos ámbitos se aplica una técnica legislativa característica de las últimas décadas del siglo XX, la de las leyes denominadas «de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social» (concretamente, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre y la Ley 24/2001, de 27 de diciembre).

[6] A mi juicio y por una rápida observación de la documentación disponible, ello parece deberse a la combinación de varios factores, al menos en las primeras versiones de la Ley Hipotecaria: largas exposiciones previas, a veces de más de un centenar de páginas, seguidas de extensos textos legales. Entre otras leyes coetáneas de la época, que tampoco cuentan con habilitación reglamentaria, destacan la *Ley Registro civil* de 17 de junio (112 arts.) y la Ley de Matrimonio civil de 18 de junio (100 arts.), ambas de 1870, a las que acompaña el Reglamento (conjunto) *para la ejecución de las leyes de Matrimonio y Registro civil* de 13 de diciembre de 1870 (100 arts.). Por el contrario, sí cuenta con tal remisión normativa la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, de menor extensión (48 arts.): «*El Gobierno dictará las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para el cumplimiento de esta Ley*» (art. 47).

[7] Ello se debe a la falta de criterios nítidos y estables para distinguir la materia propia de la Ley Hipotecaria y la que simplemente merece alcanzar rango reglamentario. *Vid.* GARCÍA GARCÍA, J.A., *op. cit.* (2006), 90 a 92 y 381 y sigs.

[8] En la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 se expresan con elegancia los elementos de este equilibrio.

[9] Recuérdese que la Ley de 30 de diciembre de 1944 en su disposición adicional segunda establece: «*Sin perjuicio de la vigencia de esta Ley se autoriza al Gobierno para publicar, en un plazo máximo de un año, una nueva redacción de la Ley Hipotecaria, en la que se procederá a armonizar debidamente los textos legales vigentes y a abreviar el contenido de los asientos registrales, sin mengua de los principios fundamentales del sistema, y a dar a aquellos preceptos una más adecuada ordenación sistemática y la necesaria unidad de estilo, basándose para ello en las disposiciones de la presente Ley, las del Reglamento Hipotecario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado*». En efecto, en su cumplimiento, el Decreto de 8 de febrero de 1946 aprueba el texto refundido de la Ley Hipotecaria.

[10] A grandes rasgos, cada hito legislativo se empareja con su reflejo reglamentario: a la originaria Ley Hipotecaria de 1861 le corresponde el Reglamento de ese año y así sucesivamente (a la LH de 1869, el RH de 1870; —tras la aprobación del Código Civil en 1889—, a la LH de 1909, el RH de 1915: a la LH de 1944-1946, el RH de 1947 y sus posteriores reformas).

[11] Así lo reconoce expresamente con más perspectiva (casi un siglo desde 1861) la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1946: «*Han sido trasladados al nuevo texto algunos preceptos reglamentarios, de indudable jerarquía legislativa, tales como los referentes a la competencia por razón de circunscripción territorial de los Registros y a la salvaguardia judicial de sus asientos; y del mismo modo, numerosos artículos de la Ley, de simple contenido ordenancista o de detalle, han sido suprimidos para su incorporación al Reglamento, por considerarse que, si era lógica su inclusión en la Ley primitiva, cuando por vez primera se implantaba en España la institución del Registro, resultaba inconveniente mantenerlos ahora, dado su evidente carácter reglamentario*».

[12] LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (2003). *Elementos de Derecho civil,* vol. III-bis, Madrid, Ed. Dykinson, 12, reconoce este carácter heterogéneo de las normas hipotecarias lo que no debe eclipsar la unidad de objeto que les brinda la necesaria cohesión sistemática.

[13] Con estas palabras se expresa el Dictamen del Consejo de Estado, núm. 1124/1997, relativo al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que aprueba las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de

naturaleza urbanística (en apdo III, pfo sexto). Según GARCÍA GARCÍA, J.A., *op. cit.* (2006), 394, no puede el Reglamento Hipotecario condicionar el acceso de los derechos reales al Registro, cuando no lo hace ninguna norma con rango legal (sea calificada de «civil» o no), lo que, considero predicable también respecto de la reforma legal de 2015. A propósito: algunos autores consideran ya aconsejable la reforma de aquel Real Decreto por la proliferación de normativa autonómica en relación al urbanismo, a la vivienda y a la ordenación del territorio, en sus múltiples facetas.

[14] Respecto a los diversos instrumentos reguladores, bien clásicos (circulares, instrucciones, resoluciones, órdenes de servicio, directrices) o más modernos (códigos de conducta, protocolos), con publicación oficial o sin ella, con o sin fuerza normativa. En general, sería aconsejable la consulta de las pautas sugeridas por la U.E, en «Objetivos del Programa de Mejora de la Legislación», https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_es#documentos. *Vid.* su aplicación en España: *vid.* Política de Mejora Regulatoria (*Better Regulation*) en la Unión Europea, en https://www.mpr.gob.es/mpr/subse/occn/Paginas/politicaue.aspx.

[15] Ello sin perjuicio de otras recientes reformas de la propia Ley Hipotecaria (vg., por Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito hipotecario, que modifica y añade algunos preceptos de la misma (vg. arts. 12, 114, 129 bis), pero a cuyo complemento se ha dedicado una norma específica, diferente del Reglamento Hipotecario (concretamente, el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley 5/2019).

[16] Es evidente que las funciones notariales, registrales y catastrales contribuyen directa o indirectamente a la aplicación de la Agenda 2030 de la ONU, especialmente a algunos de sus Objetivos. Se fomentan la seguridad jurídica de las titularidades y los derechos sobre los bienes inmuebles, la correcta descripción de los mismos (incrementada por la georreferenciación), la determinación de las cargas existentes, facilitando el acceso a la vivienda, a la propiedad y su financiación (núm. 11), y permite una urbanización sostenible y el control de los suelos contaminados, las zonas inundables y los montes quemados y su rehabilitación medioambiental (n.º15), estimulando también la revolución digital (núm. 9).

[17] A estos efectos parece relevante una adecuada coordinación, vg., con los preceptos más conexos del Reglamento Notarial, algunos de los cuales pueden haber quedado sin efecto o requerir también la correspondiente actualización. Es el caso del artículo 210, como consecuencia de la nulidad parcial del Real Decreto 45/2007, de 19 enero por la STS de 20 de mayo de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª *RJ* 2008, 3491), basada, entre otros motivos, en su incoherencia con algunos preceptos de la Ley y Reglamento hipotecario hoy derogados (especialmente arts. 205 LH y 298 RH) según su Fto Vigesimonoveno.

[18] Esa derogación es expresa (y parcial) respecto de preceptos de algunas leyes conexas, y tácita como cláusula general respecto al resto del ordenamiento. Así, según la disposición derogatoria única (Derogación normativa) de la Ley 13/2015: «*Quedan derogadas cuantas normas se opongan a lo previsto en la presente Ley y, en particular: 1. Los apartados dos, cinco, seis, siete, ocho, nueve y diez del artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. 2. La disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005*». Por el contrario, en ocasiones ya pasadas la fórmula ha sido solo general: *Quedan derogados los artículos de la Ley Hipotecaria, hasta ahora vigente, y los de las demás que se opongan a lo dispuesto en la presente* (D.T. 5.ª LH 1909).

[19] *Vid.* entre otras, ya en general, ya respecto de artículos determinados con rango de ley, vg., artículo 53 Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y del Orden Social (Resoluciones de 8 del mayo de 2017, *RJ* 2017, 2352 y de 1 de junio de 2017, *RJ* 2017, 4955), ya respecto de preceptos del Reglamento hipotecario, vg. artículo 313 (Resoluciones de 21 de diciembre de 2015, *RJ* 2015, 6601 y 10 de octubre

de 2019, *RJ* 2019, 4758), artículo 286 RH (Resolución de 18 de septiembre de 2019, *RJ* 2019, 4395), artículos 300 y 306 (Resolución de 8 de mayo de 2019, *RJ* 2019, 2275) y artículo 298 (Resolución de 17 de enero de 2020, *RJ* 2020, 2532).

[20] Curiosamente y de forma más precisa, el inciso inicial del primero de dichos preceptos (198 LH) al delimitar el ámbito de aplicación del título VI incluye literalmente la referencia a la realidad *física* (extrarregistral) y no solo a la jurídica («*la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral*»).

[21] No obstante, el que la Ley 13/2015 reforme de forma yuxtapuesta dos normas reguladoras de diferentes materias (registral y catastral), aunque de indudable conexión entre ellas, y que su desarrollo se remita también a resoluciones conjuntas de los Centros Directivos competentes en los respectivos sectores, no facilita el carácter explícito de una remisión normativa a un reglamento «para la ejecución de la sección hipotecaria» de esta Ley (conjunta) 13/2015.

[22] Lo hace al menos en cuatro pasajes del título VI, con alusiones tales como *en la forma que se determine reglamentariamente* (art. 201. 2, en relación a la innecesariedad de tramitación del expediente cuando determinadas alteraciones de su descripción queden acreditadas de modo suficiente; o artículo 203.1.º, Quinta, respecto a la notificación notarial de la pretensión de inmatriculación), o con la expresión análoga *en los términos prevenidos reglamentariamente* (art. 203.1.º, Segunda, respecto de la descripción literaria de la finca; o art. 205. párrafo 5 en cuanto a la notificación registral de la inmatriculación en caso de calificación positiva; o artículo 209.1.º.Segunda, respecto a la constancia registral de los datos personales del solicitante y un domicilio para la práctica de notificaciones, en el expediente rectificación de la doble inmatriculación.

[23] Concretamente, la disposición final tercera prevé que su publicación tuviese lugar antes del 1 de noviembre de 2015 (es decir, de la fecha de entrada en vigor de la Ley 13/2015: así se hizo y se publicó justo antes, el 29 de octubre de 2015). Originariamente se trató de una primera Resolución Conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, que ha sido completada por otras posteriores, como veremos.

[24] Nos puede servir para su seguimiento la información proporcionada por el portal de Transparencia del Gobierno de España, en especial el Informe del III Plan de Acción de Gobierno abierto en su apartado «Eje Rendición de cuentas. Compromiso 4.3: Mejora de la calidad de los datos inmobiliarios mediante la coordinación del Catastro y del Registro de la Propiedad» y su ficha correspondiente en https://transparencia.gob.es/transparencia/ca/dam/jcr:540931bc-376c-43a7-8bd7-1569006e97cd/Spain_III_Plan_GA_v2018_vf.pdf. Distingue varios aspectos.

Fase A. Desarrollo normativo. Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Fase B. Puesta en marcha del sistema de intercambio. Fase C. Divulgación y formación y Fase D. Implantación integral del sistema. Al parecer la ausencia de una visión de conjunto del estado de la reforma podría deberse a la falta de datos respecto de determinadas CCAA, aunque son conocidos los intensos trabajos con el Catastro, principalmente desde un punto de vista técnico.

[25] Curiosamente, según algunos autores, la Ley Hipotecaria se plantea la coordinación del Registro y el Catastro como un objetivo a medio plazo, pero parece desentenderse de la coordinación de ambos con la realidad. *Vid.* DELGADO RAMOS, J., (2019). El Registro de la Propiedad y la aplicación gráfica registral: del «receptor de mentiras» al «detector de mentiras», *https://regispro.es* [en línea] disponible en: https://regispro.es/el-registro-de-la-propiedad-y-la-aplicacion-grafica-registral-del-receptor-de-mentiras-al-detector-de-mentiras/, y JIMÉNEZ CLAR, A, (2016). Sobre la discrepancia entre la información gráfica y la información jurídica, en *https://regispro.es* [en línea] disponible en *https://regispro.es/a-jimenez-clar-6-sobre-la-discrepancia-entre-la-informacion-grafica-y-la-informacion-juridica/* (febrero de 2016).

[26] FANDOS PONS, P. (2016). *Los efectos jurídicos de la identificación y descripción gráfica de fincas registrales: la base gráfica registral*, Valencia, Tirant lo Blanch, profundiza en la dimensión gráfica de los distintos principios hipotecarios dedicando un capítulo a cada uno de ellos, al final de cada uno de los cuales presenta su propuesta de redacción legal, como mejora a la redacción vigente. En ocasiones remite a los preceptos de la Ley Hipotecaria donde se regulan dichos principios (rogación, ex art. 6 —p. 475—; prioridad ex art. 17 —p. 485—; calificación, ex art. 18 —p. 531—; legitimación ex art. 38 —p. 621 y sigs.; publicidad en su dimensión formal, ex art. 222 y concordantes —683 y sigs.). Precisamente critica como principal defecto del artículo 9 que se constituya como cajón de sastre para regular la vertiente geográfica de tales principios hipotecarios regulados en otros preceptos (p. 594). *Vid.* también TRUJILLO CABRERA, C. (2018). El procedimiento de incorporación de la representación gráfica georreferenciada de la finca con base en la certificación catastral y su coordinación con el catastro, en *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales* E. Sánchez Jordán y J.L. Arrieta Sevilla), Aranzadi, 2018, 73 y 74.

[27] Tampoco debemos descuidar algunos aspectos formales de la futura reforma, concretamente los que en otras épocas han resultados útiles, y que ahora resultan ampliamente superados por las nuevas tecnologías. El preámbulo del texto de 1947 (pfo. 4.º) se refiere a *contener los mismos títulos que la Ley, con idéntica denominación y por el mismo orden con que en aquella se exponen, pues así se facilita, en grado extraordinario, la confrontación del texto legal con el reglamentario correspondiente.* La indexación y otras técnicas facilitan hoy a los profesionales la consulta constante que requiere la labor interpretativa e integradora. En su párrafo 5.º, el preámbulo alude al conocido *Anexo, comprensivo de los modelos a que deben ajustarse los asientos, certificaciones, índices y estadísticas de los Registros, con la finalidad no solo de uniformar la práctica de estas oficinas, sino también la de abreviarlos.*

[28] Además de la Resolución Conjunta inmediata a la Ley 13/2015 (29 de octubre de 2015, de la Subsecretaría de la Presidencia, 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), nos referimos (distinguiendo entre la fecha de la resolución que ordena la publicación, y la de la propia aprobación de la resolución conjunta que se publica) a la Resolución de 7 de octubre de 2020, de la referida Subsecretaría, por la que se publica la Resolución de 23 de septiembre, conjunta de la (ahora ya) Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) y de la Dirección General del Catastro, por la que se aprueban especificaciones técnicas y complementarias para la representación gráfica de las fincas sobre la cartografía catastral y otros requisitos para el intercambio de información entre el Catastro y el Registro de la Propiedad. Y más recientemente, respecto del ámbito notarial, *vid.* Resolución de 8 de abril de 2021, de dicha Subsecretaría, por la que se publica la Resolución conjunta de 29 de marzo de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y de la Dirección General del Catastro, por la que se aprueban las normas técnicas para la incorporación de la representación gráfica de inmuebles en documentos notariales. En adelante, las citaremos como Resolución conjunta de 2020 y de 2021.

[29] Concretamente *vid.* Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la interpretación y aplicación de algunos extremos regulados en la Reforma de la Ley hipotecaria operada por la ley 13/2015, de 24 de junio.

[30] *Vid.* MERINO ESCARTÍN, J.F., Prontuario de la Ley 13/2015» (2020) en *Notarios y registradores.org*, coordinando las aportaciones de varios autores, principalmente notarios y registradores, que realizan una valiosa y constante labor de extractar sistemática y cronológicamente las reglas de la abundante doctrina de la Dirección General, filtrando el inevitable casuismo en su labor de dar soluciones ajustadas a cada

caso concreto. Dichos autores reconocen el valor meramente orientativo y provisional de sus consideraciones, pendiente del esperado desarrollo reglamentario. Agradecemos encarecidamente su esfuerzo del que nos hemos aprovechado, sin perjuicio de reforzar estas posturas con publicaciones en revistas especializadas y monografías de las que son audaz vanguardia.

[31] Nos referimos especialmente al Anexo relativo al sistema informático de intercambio de información entre el Catastro y los Registradores que acompaña a la Resolución Conjunta de 2015, o al contenido integro de la propia Resolución Conjunta de 2020 y sus correspondientes anexos, y de forma semejante, a la Resolución Conjunta de 2021.

[32] GARCÍA GARCÍA, J.A., *op. cit.* (2006), 395 y 383.

[33] Recientemente el propio Reglamento Hipotecario ha sido alterado con ocasión del Real Decreto 937/2020, de 27 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos (en su art. 236-k, añadiendo el 236-p.).

[34] En efecto, esta labor de complemento propia del Reglamento puede tener diversos planos: organizativo, procedimental [GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., (2020). *Curso de Derecho Administrativo, I, cit.* 302, menciona expresamente al Reglamento Hipotecario respecto a la Ley Hipotecaria] o material (si se requiere una apreciación técnica o unas circunstancias concretas variables y separables de la regulación legal más abstracta y general, vg. planes de urbanismo). En nuestro caso creo que se combinan ambos factores, tecnicismo y variabilidad (por su carácter técnico-topográfico y alta rapidez de progreso tecnológico). En esta dinámica ley-reglamento, mientras la ley sienta principios generales y abstractos, el casuismo reglamentario permite abordar situaciones complejas por su tecnicismo y susceptibles de adaptaciones constantes; proporcionando al conjunto normativo mayor flexibilidad.

[35] En efecto, el Real Decreto 172/2007, de 9 de febrero, por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, ordena en su disposición final tercera al Ministerio de Justicia los estudios correspondientes a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Diez años más tarde, el Real Decreto 195/2017, de 3 de marzo, mediante su disposición final primera procede a la modificación del Reglamento Hipotecario aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947 (concretamente su art. 2) y en su disposición final segunda habilita al Ministerio de Justicia para el desarrollo reglamentario (de segundo grado); concretamente, para dictar las normas complementarias que sean necesarias para interpretar y aplicar dicho Real Decreto y, en especial, lo relativo al régimen transitorio.

[36] DELGADO RAMOS, J. *op. cit.,*en *https://regispro.es.* valora positivamente esta reforma.

[37] No en vano la disposición adicional cuarta de este Real Decreto se titula *Descripción topográfica y planimétrica de los distritos hipotecarios.* Incluso, en algún caso ya es el propio Gobierno, mediante este mismo Real Decreto, el que aprueba y publica la delimitación georreferenciada y precisa de determinados distritos registrales, como ocurre en su anexo VIII, respecto de los de San Cristóbal de La Laguna y Santa Cruz de Tenerife: se indica expresamente que *quedan con la delimitación geográfica general que resulta de las siguientes coordenadas* (cuya indicación se extiende en 31 de las 231 páginas de su publicación en el BOE (núm. 54, de 4 de marzo de 2017, 15376 a 15606).

[38] En cuanto a la formación, integración e instrucción de una norma destaca la *Memoria de Análisis del Impacto Normativo*, integrada por estudios e informes previos relativos a varios aspectos; entre ellos, oportunidad, análisis jurídico de sus novedades y engarce con el resto del ordenamiento (en especial con materia conexas), cargas administrativas de su cumplimiento, consultas realizadas (audiencia e información pública), informes y dictámenes internos preceptivos o facultativos y forma de evaluación del seguimiento *ex post*. *Vid.* artículo 26.3 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

[39] Todo ello, continúa dicho preámbulo (pfo. 6.º), con la finalidad de recoger *las innovaciones y modificaciones debidas… no solo las normas de desenvolvimiento de las nuevas instituciones jurídicas sancionadas en el texto legal refundido y las contenidas en numerosas disposiciones dispersas posteriores* (a 1915)*, sino también las dimanantes de la doctrina establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros.*

[40] Es el caso de la imposible *resurrección* del artículo 17 RH ante la anulación de su redacción (dada por RD 1867/1998) por STS de 31 de enero de 2001 *(RJ* 2001, 1083) por haber sido su redacción anterior ya derogada por la Ley de Patrimonio del Estado de 1964.

[41] Para una visión general, *vid.* DE ANGULO RODRÍGUEZ, J. (2015). *La Modernización de los Registros:una reforma estructural pendiente y un proyecto de datos*, Granada, Ed. Comares. En un contexto de cambio modelo de sociedad (de la información) la reforma integral de los sistemas de registro (no solo el de la Propiedad Inmobiliaria) requiere reformas estructurales para la prestación eficiente de este servicio público, aprovechando oportunidades y evitando riesgos. Ello exige la consideración coordinada de las diversas facetas de la seguridad (económica, jurídica, del tráfico, electrónica,…) en la integración de la tecnología en el ámbito jurídico (arquitectura de soluciones, gestión documental). Considera pendiente la adaptación registral al siglo XXI y promueve la visión de la tecnología como aliada y no como enemiga con la misión de la reingeniería precisa mediante una paralela redefinición normativa de los procedimientos (4, 39 a 44, entre otras). A nuestros efectos, la seguridad jurídica preventiva ha de incentivar la modernización y contribuir a vencer las inevitables resistencias.

[42] Así, el borrador de Real Decreto por el que se establecen las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia de Registro electrónico. Concretamente su disposición adicional primera confirma que el contenido del presente Real Decreto tendrá la consideración de Normas Complementarias del Reglamento para la aplicación de la Ley Hipotecaria, [en línea] disponible en https://s01.s3c.es/imag/doc/2014-01-02/26.escaparate.pdf. No en vano constituye un mandato de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (art. 19.3): «*Los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles se llevarán en formato electrónico mediante un sistema informático único en la forma que reglamentariamente se determine…Dichos accesos se efectuarán mediante procedimientos electrónicos y con los requisitos y prescripciones técnicas que sean establecidos dentro de los Esquemas Nacionales de Interoperabilidad y de Seguridad*». Lo que hay que enmarcar a nuestros efectos en la Ley 14/2010, de 5 de julio sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España. De hecho, FANDOS PONS P. *op. cit.* (2016) 145, considera que la Ley 13/2015 se elaboró pensando en un Registro de la Propiedad que iba a ser netamente electrónico, pero quedó frustrado el anteproyecto de Ley de reforma integral del sistema registral que lo instauraba. Más que la propia conveniencia de la futura instauración del denominado Registro electrónico el debate se centra en sus diferentes concepciones como base de datos.

[43] *Vid.* respectivamente los artículos 238 LH en la redacción que le da Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reforma para el impulso a la productividad, y los párrafos 3.º y 4.º del artículo 248 LH redactados por Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. También viene a colación lo dicho anteriormente respecto al borrador del futuro Registro electrónico. FANDOS PONS, P., *op. cit.* (2016), 581 a 588, lo explica claramente: la georreferenciación es preciso inscribirla a través de un archivo electrónico (G.M.L. conteniendo las coordenadas U.T.M y el código de la finca), que no se puede incorporar propiamente a un soporte papel, por lo que se incrusta en el asiento literario el código alfanumérico que identifica dicho archivo a través de un código seguro de verificación (C.S.V).

[44] Un elemento intermedio en la modernización fueron las denominadas hojas móviles cada vez más extendidas en la práctica, que dan paso al preceptivo traslado de los libros y asientos registrales a soporte informático (por D.T. 9.ª de Ley 24/2001, 27 diciembre, de

Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social). Curiosamente la única referencia a hojas móviles se encuentra en el artículo 415 RH relativo los libros de actas de las juntas de comunidades y subcomunidades de propietarios.

[45] Es el caso de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, curiosamente de fecha ligeramente posterior a la Ley 13/2015, pero que entró en vigor el 23 de julio de ese año 2015 (es decir, antes que la propia Ley 13/2015, de 24 de junio con entrada en vigor el 1 de noviembre de 2015) cuya disposición final decimonovena b) establece la gratuidad de determinados expedientes notariales y registrales, concretamente los referidos en el Título VI de la LH, que examinamos.

[46] Para ESQUIROL JIMÉNEZ, V, (2020). Novedades de interés notarial de la Resolución Conjunta de 7 de octubre de 2020 de la DGSJFP y de la DGC, en *https://www.notariosyregistradores.com*, [en línea] https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/novedades-de-interes-notarial-de-la-resolucion-conjunta-catastro-registro-7-octubre-2020/, se pretende mediante determinados márgenes de tolerancia, el cumplimiento del criterio de identidad gráfica de representaciones gráficas entre sí (la catastral y la alternativa), concepto diferente de la denominada correspondencia que se refiere a la correlación entre la descripción literaria de la finca registral y la descripción gráfica de la RGG (sea la catastral o la alternativa) aportada para su inscripción. Así, el informe de validación gráfica alternativa (IVGA), proporcionado por la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro, acredita que las representaciones gráficas georreferenciadas alternativas (RGGA) cumplen los requisitos técnicos necesarios para ser incorporadas a la cartografía catastral, y puede obtenerse así la coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad. Aunque no procede un estudio detallado en este lugar, los profesionales consultados nos comentan que se enfrentan en este momento a la difícil pero interesante labor de aplicación a la práctica diaria de tales resoluciones.

[47] *Vid.* ESQUIROL JIMÉNEZ, *op. cit.* (2020). En esencia, en este proceso de coordinación se distingue ahora entre finca coordinada y no coordinada, pero entre ambas categorías se interpone la de finca *pre-coordinada* (bien *pendiente de ajuste por desplazamiento* o bien *pendiente de procesamiento* (apdo. 8 Resolución Conjunta de 2020).

[48] *Vid.* Apdo. 2.2 de dicha Resolución Conjunta. Nos remitimos, por lo demás, a los distintos apartados de esta disposición en lo relativo a cuestiones topográficas.

[49] Dice: *Para numerar las fincas que se inscriban conforme a lo dispuesto en el artículo octavo de la Ley se señalará con el número uno la primera que se inscriba en cada Ayuntamiento o Sección y con los números siguientes, por orden riguroso de fechas, las que sucesivamente se vayan inscribiendo. Dicha numeración se hará siempre en guarismos.*

[50] Dice: *Para evitar duplicidades y disfunciones, no se les asignará el número de finca o subfinca particular dentro de cada registro, término municipal y sección que procedía conforme a la normativa reglamentaria anterior. Vid.* Resolución-Circular DGRN de 3 de noviembre de 2015 sobre interpretación y aplicación de algunos extremos regulados en la reforma de la Ley Hipotecaria operada por Ley 13/2015, de 24 de junio (apdo. 5), que previó su utilización a partir de la homologación de la aplicación informática para el tratamiento de representaciones gráficas prevista en el artículo 9 LH (2 de agosto de 2016), aplicable *tanto* a las fincas registrales preexistentes al 1 de noviembre de 2015 como a las que abran folio real a partir de dicha fecha. Según MERINO ESCARTÍN, J.F., El Código Registral Único (agosto de 2016) https://www.notariosyregistradores.com [en línea] disponible en https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/el-codigo-registral-unico/, este indicador tiene su precedente inmediato en el IDUFIR (creado por el Colegio de Registradores en el año 2008) y se pretende exclusivo, excluyente (al menos en principio) e invariable.

[51] Según el artículo 260 LH, *corresponderá a la Dirección General de los Registros y del Notariado: Primero. Proponer directamente al Ministro de Justicia o adoptar por sí en los casos que determinen los preceptos legales o reglamentarios, las disposiciones necesarias para asegurar en los Registros de la Propiedad la observancia de esta Ley y de los Reglamentos*

que se dicten para su ejecución, y el artículo 442 RH completa: 4.ª *Dictar, conforme a las Leyes y Reglamentos, todas las disposiciones y medidas que estime procedentes en los asuntos de su competencia.*

[52] En particular, la Ley 41/2003, 18 de noviembre, de Protección patrimonial de personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, respecto a la inscripción de un inmueble que se practique a favor de la persona con discapacidad, contempla tanto la constancia de la cualidad de dicho bien de estar integrado en su patrimonio protegido, como a la inversa, la cancelación de dicha mención (art. 8).

[53] La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha modificado el tenor literal del artículo 2.4 LH que ahora establece que las inscripciones de resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo realizadas en virtud del artículo 755.2 de la Lec se practicarán exclusivamente en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles.

[54] *Vid.* GARCÍA GARCÍA, J.M., (2004). *Código de Legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 395 a 398, se refiere también a aspectos importantes de actualidad (vg., control registral de inversiones procedente de paraísos fiscales y blanqueo de capitales, adquisiciones afectas a la Defensa Nacional,…).

[55] Según MERINO ESCARTÍN, *op. cit.,* (2020) esta es la pauta interpretativa básica que han de seguir notarios y registradores para dilucidar lo que constituye duda fundada a los efectos de incorporar la referencia catastral al documento público o al asiento registral, según Resolución de 17 de julio de 2017, valoración que procede aunque no se pida expresamente (R. 27 de septiembre de 2017). La no expresión de la referencia catastral en la inscripción por no cumplirse los requisitos del artículo 45 Ley Catastro no necesita incluirse formal y expresamente como defecto en la calificación negativa o como inscripción parcial (R. 19 de octubre de 2018), siendo posible inscribir aunque no se haya aportado documento acreditativo de la referencia catastral o el aportado no sea coincidente (R. 8 de julio de 2019).

[56] *Vid.* artículos 14 y 18 del Texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo.

[57] Quizá una norma reglamentaria aclare este *tertius genus* de nota marginal pues no es estrictamente sustantiva ni de relación.

[58] Considero que las primeras tres reglas del artículo 51 RH, relativas a la naturaleza (1.ª) y situación de fincas rústicas (2.ª) y urbanas (3.ª) requieren un profundo retoque terminológico y sustancial. Curiosamente en estas dos últimas reglas se contiene el inciso «y cualquier circunstancia que *impida confundir* con / *sirva para distinguir de* otra la finca que se inscriba. Desde luego, la representación grafica georreferenciada exigida por el artículo 9 LH no merece solo la simple consideración de «cualquier otra circunstancia» pero nos indica ya la constante preocupación reglamentaria por la (muy) perfectible descripción de las fincas.

[59] Según dicho artículo 3 «*podrá acompañarse también al plano citado copia del mismo en soporte magnético u óptico;… El plano se archivará en los términos previstos en el inciso segundo del apartado 4 del artículo 51 del Reglamento Hipotecario…*». Concretamente la remisión se entendería hecha —hasta la anulación del apdo. 6 del párrafo 4.º por la citada STS de 2001—, a su letra b*: Cuando se trate de fincas resultantes de proyecto de expropiación, compensación o reparcelación o cualquier otro de contenido similar previsto por la legislación urbanística.*

[60] FANDOS PONS, P. *op. cit.* (2016), 97, reconoce que la reforma 13/2015 no supone una ruptura radical respecto a la descripción e identificación gráfica de las fincas registrales, sino una modificación matizada, tanto respecto de su incorporación al asiento como respecto del procedimiento para inscribirla. También ofrece una visión general y después un análisis específico de estos procedimientos GARCÍA GARCÍA, J.M. (2016).

La finca registral y el catastro: inmatriculación, obra nueva, reanudación de tracto y restantes procedimientos de la Ley 13/2015, de 24 de junio, Cizur Menor (Navarra), Civitas - Thomson Reuters. 674 y sigs.

[61] SANZ PÉREZ, C., El artículo 199 de la Ley Hipotecaria en el marco de la coordinación Catastro-Registro, en *El notario del siglo XXI*, núm. 65 [en línea] http://www.elnotario.es/index.php/editorial/6077-el-articulo-199-de-la-ley-hipotecaria-en-el-marco-de-la-coordinacion-catastro-registro, comenta respecto a la inscripción previa de las coordenadas georreferenciadas de la finca en que se ubique la edificación que quizá hubiese sido preferible indicar decididamente la tramitación del artículo 199 LH.

[62] Es preciso tener clara la diferencia conceptual entre inscribir la georreferenciación de la ubicación y delimitación de una finca (199) e inscribir la rectificación de la superficie inscrita de una finca (201), porque ello incide en su respectivos requisitos. Así, DELGADO RAMOS, J. (enero de 2019). Sobre las relaciones entre el artículo 9 y el artículo 199 LH y su interpretación conjunta. A propósito de la Resolución de la DGRN de 4/1/2019, en *Regispro.es.* [en línea] disponible en https://regispro.es/j-delgado-sobre-las-relaciones-entre-el-art-9-y-el-art-199-lh-y-su-interpretacion-conjunta/, para mayor claridad, esquematiza varios supuestos: A, para inscribir la georreferenciación de la ubicación y delimitación de una finca, se aplica el artículo 199 LH; B, para inscribir simplemente la rectificación de la superficie inscrita de una finca, se aplican los requisitos del articulo 201 LH; A+B, para inscribir la georreferenciación de la ubicación y delimitación de una finca con simultánea inscripción de la rectificación de la superficie inscrita de una finca, el artículo 9 LH añade la notificación del hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos (no propiamente a los de fincas colindantes).

[63] *Vid.* SANZ PÉREZ, *op. cit.* Obviamente, si se ubica y delimita una finca con coordenadas geográficas se determinan también sus linderos y, uniendo sus vértices, se puede también calcular su superficie. Pero esto es una consecuencia de lo anterior que no puede convertirse un efecto colateral en el objeto principal del expediente, y además solo resulta cierto respecto a las figuras poligonales.

[64] AMÉRIGO ALONSO, C. Procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, [en línea] disponible en https://www.registradoresdemadrid.org/ponencias/procedimiento-del-articulo-199-de-la-ley-hipotecaria-1314. En ello insiste la DGRN entre otras, las Resoluciones de 15 de enero de 2018 y de 27 de septiembre de 2018.

[65] DELGADO RAMOS, J. *op. cit.* (enero de 2019).

[66] Como concluye SANZ PÉREZ, *op. cit.* con proyección hacia otros procedimientos, se trata de un expediente que podía pasar de quedar relegado a un segundo o tercer plano a convertirse en el procedimiento «estrella» para los registradores, con mucha más potencial aplicación que la liberación de cargas o gravámenes o la subsanación de la doble inmatriculación. Veremos si el Reglamento potencia esta tendencia.

[67] GARCÍA GARCÍA, J.A., y SÁNCHEZ JORDÁN, E., (2018). El deslinde registral de fincas inscritas, En Sánchez Jordán, E. y Arrieta Sevilla, L.J., *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales,* Aranzadi, 193 a 195.

[68] Sobre esta materia no puede faltar la consulta de ARNÁIZ RAMOS R. (2013) *La inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva*, Ed. Bosch. Barcelona.

[69] El reciente Real Decreto 390/2021, de 1 de junio, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, recoge la obligación del dueño o promotor del edificio de encargar, conservar, registrar y actualizar dicha certificación y documentación anexa (art. 6.1) y su incorporación al Libro del edificio (si es preceptiva), o su posesión por el propietario del edificio o de la parte del mismo, o del presidente de la comunidad de propietarios (art. 6.8), siendo de especial interés para consumidores las recomendaciones de uso para el usuario. También se prevé el aspecto de la financiación pública (incentivos financieros, art. 14), y en el mercado privado existen productos bancarios a estos efectos, vg., la

denominada *ecohipoteca* o *hipoteca verde*), sin perjuicio de la constitución del derecho de superficie al efecto.

[70] La normativa vigente (Real Decreto Ley 15/2018 de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores, desarrollado por Real Decreto 244/2019, de 5 de abril, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo de energía eléctrica) recoge el sentido admisivo de la STC (Pleno) 68/2017 de 25 mayo y regula en particular el autoconsumo colectivo (art. 3, letra m), apropiado para comunidades de propietarios, o la relación entre empresas o industrias ubicadas en una misma localización, sin olvidar el concepto de «instalación de producción próxima a las de consumo y asociada a las mismas» (art. 3,g), con reducción general de cargos y trámites.

[71] *Vid.* artículos 1 y 3 Real Decreto 1077/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el sistema de información geográfica de parcelas agrícolas. Recordemos que el TR de la Ley del Catastro inmobiliario, de 5 de marzo de 2004, en su artículo 36.2, inciso final, precisamente modificado por la Ley 13/2015 junto a la Ley hipotecaria, establece la obligación de las administraciones públicas competentes de remitir a la Dirección General del Catastro la información sobre la gestión de ayudas agrarias sobre los bienes inmuebles rústicos.

[72] *Vid.* Resolución de 2 de enero de 2019.

[73] El registrador incluye la lista de coordenadas de los vértices de la finca, su código, los metadatos, en un archivo electrónico firmado por él, con indicación del Código Seguro de Verificación (C.S.V.) del mismo (según el apartado tercero de la propia Resolución-Circular).

[74] FANDOS PONS, P., *op. cit.* (2016), 339 y sigs., argumenta a favor de la expresión voluntaria de las coordenadas de la porción ocupada para la inscripción de la obra nueva.

[75] Se trata de un documento electrónico proporcionado por la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro, a partir de la referencia catastral de una parcela y de un conjunto de ficheros *GML* (acrónimo inglés de *Geography Markup Language* o *Lenguaje de Marcado Geográfico*) que incluyen la geometría de las construcciones, revelando si las huellas de las mismas están ubicadas dentro de la parcela indicada. [En línea] disponible en http://www.catastro.minhap.es/ayuda/vga/ayuda_ICUC.htm.

[76] «Solares edificados en régimen de propiedad horizontal». *Vid.* el comentario de ESQUIROL JIMÉNEZ, V., (2021), Notas sobre la resolución conjunta Catastro - DGSJFP para la incorporación de la representación gráfica de inmuebles en documentos notariales, en *Notarios y registradores.org.* [En línea] disponible en https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/resumen-resolucion-conjunta-catastro-dgsjfp-representacion-grafica-inmuebles-documentos-notariales/.

[77] Dicho identificador catastral se vinculará al Código Registral Único de la matriz y podrá obtenerse la coordinación del total solar mediante RGC, e incluso mediante RGGA, con los requisitos preceptivos.

[78] ESQUIROL JIMÉNEZ, V., *op. cit.* (2021). *Vid.* especialmente en su apdo. 5.

[79] ESQUIROL JIMÉNEZ, V., *op. loc.* (2021).

[80] *Vid.*, en este sentido, entre otras las Resoluciones de 14 de mayo de 2019, 4 de enero de 2019 y 12 de junio de 2019. En cualquier caso, son indicios de tal riesgo la ubicación parcialmente fuera del recinto, el perjuicio potencial para el dominio público y la incoherencia con la descripción del técnico, en general, situaciones más propias de zonas con edificación muy consolidada (ya desde la R. 5 de julio de 2016).

[81] Otras cuestiones (persona encargado de su custodia y gestión en la Comunidad de propietarios, relación con el informe de evaluación de los edificios) implican coordinación con la normativa correspondiente (de propiedad horizontal, urbanística, de consumo,…). *Vid.* con detalle FANDOS PONS, P. (2016) 342 y sigs.

[82] *Vid.* MERINO ESCARTÍN, J.F. Reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro,… *op. cit*. Otros aspectos podemos considerarlos de «transición tecnológica», como el que se admita la impresión en soporte papel del archivo *GML* obtenido de la Sede

Electrónica del Catastro, sin que sea imprescindible su aportación propiamente en el formato GML.

[83] *Vid.* PRADO GASCÓ, V.J., (2014). El control registral de legalidad urbanística en edificaciones *cascarón»* en *Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 36, 23 a 46.

[84] Respecto a la figura de la casa-cueva, incluso cuando ocupa parte del subsuelo de la finca colindante, *vid.* Resoluciones de 20 de junio y 22 de septiembre de 2017 *(JR* 2017, 208536). Esta segunda revisa aspectos como la previa inscripción del cerro en que se encuentra enclavada la cueva, la superación del concepto clásico de fincas perimetrales terrestres para abarcar también volúmenes sobreedificables —o subedificables—, siempre que conforme a las reglas generales dichos volúmenes estén suficientemente definidos (en virtud del principio de especialidad gráfica añadiendo a las coordenadas georreferenciadas de los vértices las cotas que determinen la situación exacta en el plano vertical).

[85] OLIVARES GARCÍA, J.M., y otros, (2018). El modelaje y la representación del Catastro español en 3D y el modelo de edificios en Inspire», [en línea]. Disponible https://idee.es/resources/presentaciones/JIIDE12/miercoles/B5.Presentacionl.pdf.

[86] Aunque parecía ciencia-ficción hace unas décadas, la aplicación de la tecnología a la protección ambiental puede encontrar un sólido apoyo en la inscripción de edificios e instalaciones y en Libro del Edificio. Dada la creciente preocupación por la eficiencia en el consumo de suministros básicos (agua, electricidad) especialmente en el medio urbano se crean figuras innovadoras el mercado de transacciones ecológicas mediante el intercambio de derechos al uso privativo con auxilio de mecanismos de medición y mercado, vg., Proyecto MERTRA, ganador del I Premio del concurso «Las nuevas tecnologías y la gestión eficiente del agua», convocado por la Cátedra Telefónica de la Univ. de Zaragoza con motivo de la Expo del Agua en Zaragoza. Vid VÁZQUEZ ASENJO, Ó. (2008). Mercado de Transacciones Ecologicas *Mertra*», JIDEE, https://www.idee.es/resources/presentaciones/JIDEE08/ARTICULOS_JIDEE2008/articulo17.pdf.

[87] No en vano, a pesar de su desmesurada extensión, al menos en dos ocasiones este precepto se remite a una futura regulación reglamentaria (respecto a la descripción literaria de la finca, 203.1.º, regla 2; y respecto de la forma de notificación, regla 5.ª, pfo. 1.º).

[88] *Vid.* JIMÉNEZ CLAR, A., (2018). Algunas consideraciones sobre el título de adquisición en el expediente notarial de dominio, en E. Sánchez Jordán y J.L. Arrieta Sevilla (dirs.), *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales*, Madrid, Aranzadi, 199. Algunos autores (Asunción Peix) llaman al expediente de dominio «expediente del demonio» no por su complejidad procesal, sino por las dificultades inherentes que quizá una futura regulación reglamentaria podría paliar (autora citada por ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F. (2015). Expediente de dominio notarial para inmatricular fincas ¿es útil? [en línea], disponible en https://www.notariofranciscorosales.com/expediente-de-dominio-notarial-para-inmatricular-fincas-es-util/.

[89] *Vid.* MARIÑO PARDO, F. (2015). Idea general sobre el nuevo expediente inmatriculador del artículo 203 Ley Hipotecaria [en línea], disponible en http://www.iurisprudente.com/2015/11/idea-general-sobre-el-nuevo-expediente.html, critica la falta de técnica del precepto, pero considera que, aunque no se trata de un acta de notoriedad, es defendible el recurso al artículo 209 Reglamento Notarial regulador de esta figura para integrar alguna laguna.

[90] Para ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F., *op. cit.* (2015), es recomendable la presencia del Notario en la finca, la correcta medición y delimitación de la misma y la necesaria rectificación de Catastro, para evitar que se pueda seguir inmatriculando incorrectamente fincas en el Registro de la Propiedad, pues, entonces, por ministerio de la ley, el Registro va a proteger una realidad que no está suficientemente contrastada, si se declaran coordinadas su reflejo registral y catastral.

[91] ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F., *op. cit.* (2015).

[92] Revisemos rápidamente el actual contenido reglamentario: el artículo 273, respecto a la competencia; el artículo 274, al contenido del escrito de iniciación; el artículo 275,

a la documentación complementaria (con cláusula abierta: «… *además, los documentos que el interesado tuviere a su disposición acreditativos de su derecho*»); el artículo 276, a la tramitación en forma ordinaria o no, según certificación de signo negativo o positivo y la conveniente solicitud de anotación preventiva; y el artículo 281 alusivo a la prueba (ahora escrita, ex Regla sexta 203 LH).

[93] MARIÑO PARDO, F., *op. cit.* (2015), nos señala que, entre otras muchas, las Resoluciones de la DGRN de 28 de junio de 2016 y de 10 de mayo de 2019 confirman que el expediente inmatriculador debe basarse en un título escrito de dominio. Progresivamente será cada vez más frecuente que esté firmado electrónicamente pero lógicamente habrá de rechazarse el documento privado cuando el negocio documentado exija la escritura pública con valor solemne. Además, tras la reforma, se especifica (art. 205.Regla 2.ª) la documentación requerida, junto al título de propiedad, a modo de material probatorio, en detrimento de otros documentos.

[94] JIMÉNEZ CLAR, A., *op. cit.* (2018), 207 y sigs.

[95] MARIÑO PARDO, *op. cit.* (2015). Esto también es lo que parece deducirse de la mención de ese mismo titular catastral de la finca entre los posibles destinatarios de la notificación notarial (art. 203, Regla quinta). Esta tesis se refuerza en el apdo. 8.º de la Resolución Conjunta (2015) entre este Centro Directivo y la Dirección General del Catastro, de 26 de octubre de 2015 cuando estima*:* «sin que la apreciación de la falta de correspondencia pueda basarse exclusivamente en diferencias en la identidad de los titulares catastrales y registrales de la fincas colindantes». En la práctica, aunque la no coincidencia en el nombre de alguno de los titulares colindantes no basta por sí solo para negar la identidad entre las descripciones de la finca, al menos ha de ser notificado el colindante real. *Vid.* también comentario de Resolución 23 de abril de 2018 por RIERA ALVÁREZ. J.A. en *Notarios y registradores.org*. Por otra parte, es frecuente que la referida titularidad catastral se halle «en investigación» en el momento de expedir la certificación del Catastro, pero ello no es óbice para la inmatriculación (*vid.* Resoluciones de 17 de enero de 2020 y las que cita de 16 de julio de 2018 de 7 de noviembre de 2017).

[96] Así de expresivo se pronuncia ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F., *op. cit.* (2015).

[97] El notario solicita dos cosas al registrador, certificación y anotación. Parece que, salvo casos particulares en que falte alguna circunstancia para el asiento, el registrador ha de practicar ambas o ninguna de ellas. Respecto a la naturaleza de esta nueva anotación preventiva «de pretensión de inmatriculación», ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F., *op. cit.* (2015), comenta la curiosidad de que haya anotación pero no haya todavía finca que anotar y además le sorprende que las propias causas de prórroga de un expediente no las determine el funcionario que lo tramita, sino un tercero. Si no considera que deba emitir la certificación, tampoco ha de practicar la anotación y la nota de calificación ha de centrarse, precisamente, en la negativa a anotar, no en la negativa a emitir certificación. La calificación podría ser objeto de recurso, por ejemplo, por no haberse motivado debidamente lo fundado de las dudas.

[98] Ello siempre dependerá del criterio del notario, pues la norma legal le permite —pero no le impone— interrumpir el expediente en dicho momento (*con el fin de que proceda al archivo de las actuaciones,* art. 203, Regla tercera, pfo. 3.º) a expensas siempre de la posible futura calificación negativa del expediente (por todas, Resolución de 20 de junio de 2018, *RJ* 2018, 4089).

[99] ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F., *op. cit.* (2015), critica agudamente algunos otros extremos. Concretamente, la letra d) alude a *los términos en los que, sin merma de sus derechos, podrán inscribirse o anotarse los documentos públicos de que los mismos resulten,* lo que parece obligar al notario a anticipar la calificación registral y el asiento que haya de practicarse; o la letra e) relativa al *apercibimiento sobre los perjuicios que de la omisión de la inscripción o anotación puedan derivarse*, por capciosa, como sería el que se recomendara la asistencia letrada para mejor defensa de sus intereses.

Lo relevante es que esta redacción no es inocua, sino que puede ser contraproducente si el incumplimiento de cualquiera de estos requisitos pudiese dar pie a justificar algún defecto en la calificación. Buena oportunidad de matizar estas incoherencias por un futuro Reglamento.

[100] Para ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F., *op cit.* (2015), razones de estrategia sugieren, en cambio, que la notificación a terceros fuese anterior y no posterior al recibo de la comunicación del Registro acreditativa de la extensión de la anotación, acompañada de la correspondiente certificación. Podría argumentarse, como *desiderátum*, que así se reducirían aquellas dudas.

[101] La Resolución de la DGRN de 23 de abril de 2018, respecto al régimen de notificaciones, aclara que no se aplican los artículos 202 y concordantes del Reglamento notarial, pues, el artículo 206 del dicho Reglamento se remite, cuando existe, a la regulación específica en este caso la contenida en el título VI de la Ley Hipotecaria (en esencia, doble notificación personal preferente a la edictal nominalmente dirigidas a los interesados, sin perjuicio del sistema de alertas, *ex* art. 199 LH). *Vid.*, disposición adicional segunda Ley 13/2015 (anuncio y edictos de publicación obligatoria por los registradores en el BOE) que se remite a su vez a la disposición adicional vigésimoprimera Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque la doctrina de la DGRN parece exigir que al menos una de las notificaciones personales se realice presencialmente por el notario, antes de poder acudirse a la notificación por edictos.

[102] *Vid.* como marco general en este lugar, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., La inmatriculación por doble título público, *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales*, Dirs. Sánchez Jordán, E, y Arrieta Sevilla, L.J.), Aranzadi, 2018, 257 y sigs.

[103] DELGADO RAMOS, J., (2018). La DGRN vuelve al acta de notoriedad «facilona» en el artículo 205 LH, en *https://regispro.es*, [en línea] disponible en https://regispro.es/la-dgrn-vuelve-al-acta-de-notoriedad-facilona-en-el-art-205-lh/, nos recuerda que, de hecho, el anteproyecto de la Ley 13/2015 suprimía el sistema inmatriculador del doble titulo (art. 205 LH) por su falta de garantías pero, por la presión del notariado, se reintrodujo en el proyecto de ley, aunque exigiendo realmente dos títulos públicos y no permitiendo suplir la falta del primero por una simple acta de notoriedad.

[104] Más específicamente, GARCÍA GARCÍA, J.A., *Reserva de ley y Derecho civil. … cit.* (2006), 209 y sigs., analiza el desarrollo de la potestad reglamentaria en el ámbito hipotecario, incluyendo algunos supuestos de desarrollo reglamentario «de carácter independiente», entre ellos el del artículo 298 RH, en su redacción de 1998.

[105] DELGADO RAMOS, J., *op. cit.* (2018).

[106] No nos referimos al título público previo, que solo debe documentar una adquisición. *Vid.* MARIÑO PARDO, F., (2015) La inmatriculación mediante doble título tras la Ley 13/2015, de 24 de junio. El nuevo artículo 205 de la Ley Hipotecaria [en línea] disponible en http://www.iurisprudente.com/2015/07/la-inmatriculacion-mediante-doble.html.

[107] La Resolución DGRN de 16 de julio de 2018 resuelve un caso en que el título previo era una escritura de agrupación y herencia y el inmatriculador otra de compraventa, otorgadas ambas ante el mismo notario y el mismo día, de modo consecutivo. O pudiera suceder que siendo el primer título adquisitivo anterior en menos de un año al segundo, en el momento de la presentación para la inmatriculación ese título tuviese ya una antigüedad superior al año. OLIVA IZQUIERDO, A.M. (2016), *La nueva coordinación Registro-Catastro.* Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 2016, 158 a 162, analiza varios supuestos de combinación entre título y antetítulo y podría concluirse que en el caso de documentar en un solo instrumento dos transmisiones (vg., una herencia seguida de una venta) debe atenderse a la separación de fechas de los títulos materiales y no a la fecha del único título formal. En parecido sentido FANDOS PONS P. (2016), *Los efectos jurídicos de la identificación y descripción gráfica de fincas registrales: la base gráfica registral,* Valencia.Tirant lo Blanch, 283, considera lógico que el plazo de un año no debe contarse desde la fecha de la escritura de partición, sino desde la fecha

de la muerte del causante (a la que se retrotrae la aceptación); consecuentemente durante ese plazo procede acudir al expediente general del artículo 203 LH.

[108] Un criterio para responder a estas cuestiones podría ser el equilibrio entre el sistema de notificaciones, la calificación y la suspensión de la fe pública registral (ex art. 207 LH) Si todos los posibles afectados van a ser personalmente notificados ¿por qué suspender la fe pública registral —no la presunción de legitimación— o no reducir el plazo de suspensión? (MERINO ESCARTÍN, J.F., (2019) Inmatriculación por el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, en *Notarios y registradores.org* [en línea] disponible en https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/inmatriculacion-por-el-articulo-205-de-la-ley-hipotecaria/.

[109] Las opciones del interesado, ante esta situación de dudas de identidad de la finca por el registrador son varias: recurrir la calificación ante el Juez de Primera Instancia competente que en juicio verbal puede decidir sobre la inmatriculación; instar un procedimiento judicial declarativo ordinario finalizado con sentencia, o acudir al procedimiento más específico del expediente de dominio notarial para inmatriculación de fincas regulado en el artículo 203 LH, tal y como permite el artículo 198 LH según DE LA FUENTE SANCHO, A., en su Comentario de la Resolución de 24 enero 2017, en *Notarios y registradores.org*.

[110] GARCÍA GARCÍA, J.A., (2018). Régimen de las operaciones registrales sobre los bienes de las Administraciones públicas, en E. Sánchez Jordán, y L.J. Arrieta Sevilla (dirs.), *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales,* Aranzadi, 285 y sigs., considera que el artículo 37.1 Ley 33/2003, de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAP) no establece ninguna subsidiariedad en su tenor: «La inscripción en el Registro de la Propiedad se practicará de conformidad con lo prevenido en la legislación hipotecaria y en esta ley.» Ello sin perjuicio de la promoción de dicha inscripción (art. 39 LPAP).

[111] Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

[112] Dicha anulación se fundaba en que tales preceptos reglamentarios imponían la obligatoriedad de la inscripción de los bienes de dominio público y demás bienes inmuebles y derechos reales pertenecientes a las Administraciones públicas, y por tanto, invadían el ámbito del régimen jurídico de estos bienes, reservado a la Ley.

[113] Se trata del artículo 20 RH respecto a la enajenación de bienes con arreglo a dicha legislación y del artículo 23 RH, que se remite a los artículos 205 y 206 LH (redacción vigente en 1947) y al artículo 306 del RH. En cualquier caso, se observa una progresiva reducción del tratamiento reglamentario de esta cuestión: desde la presencia de los artículos 11,15, 20 y 23 en la redacción de 1947, a los dos últimos citados en la versión de 1959. *Vid.* GARCÍA GARCÍA J.M. (2004), *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, Thomson-Civitas, comentando el artículo 51.9.b RH en 398 (nota 38) con remisión al comentario del artículo 19 RH en 366 a 368 (nota 29).

[114] Dicha exclusión de la Iglesia Católica respecto a este procedimiento se justifica en la exposición de motivos Ley 13/2015, en ser innecesario dado el cambio del contexto histórico y normativo, ya que según el artículo 16 C.E, ninguna confesión tendrá carácter estatal.

[115] *Vid.* en particular Libro V. *De los bienes temporales de la Iglesia* (Cann. 1254-1310), los acuerdos entre Estado español y Santa Sede (en especial sobre Asuntos jurídicos) de 3 de enero 1979; y respecto de otras confesiones, el Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas, en orden a acreditar ante el registrador la personalidad jurídica de la entidad religiosa en cuestión que pretenda la inscripción, especialmente en nuestros días en relación a las confesiones de notorio arraigo en España (RD 593/2015, de 3 de julio).

[116] *Vid.* Ley 33/2003, Patrimonio de las Administraciones Públicas y Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector público.

[117] MERINO ESCARTÍN, J.F. Prontuario… *cit.,* menciona entre otras, la Resolución de la DGRN de 10 de febrero de 2009 (título procedente de la Agencia Tributaria), la de 9 de abril de 2014 (título proveniente de la Autoridad Portuaria), pero la de 24 de mayo de 2018 no permite usar este medio a una comunidad de regantes al no ser Administración Pública Institucional.

[118] A la postre, viene a concurrir con la regulación establecida en el artículo 208 LH. En ese sentido la certificación administrativa para reanudar el tracto sucesivo tiene también el propio carácter excepcional de esta función, debiendo comprobarse minuciosamente el cumplimiento de los requisitos legales. En concreto, debe de constar el título de adquisición (Resolución de la DGRN de 19 de julio de 2019).

[119] Se refiere a los casos en que, mediante los informes preceptivos, se acredite la inexistencia actual o la imposibilidad de localización física de la finca, o se reconozca el mejor derecho o preferencia del título de un tercero sobre el de la Administración pública en caso de doble inmatriculación o incluso cuando la finca aparece inscrita (solo) a favor de las Administraciones públicas.

[120] GARCÍA GARCÍA, J.A., *op. cit.* (2006), 300, fundamenta su rechazo no solo en que dicho precepto prevé un efecto distinto (concretamente, la suspensión de inscripción solicitada, extendiendo anotación preventiva —coherente, pues se trata de suspensión— si la pidiera el interesado, y remisión de copia de los asientos contradictorios a la Autoridad que haya firmado aquellas certificaciones) sino porque se erige en norma directamente atributiva de competencia para asuntos de jurisdicción voluntaria a la jurisdicción ordinaria.

[121] V.g., cuando se inscriban en el Registro de la Propiedad excesos de cabida —incluso la propia inmatriculación— de fincas colindantes con otras pertenecientes a una Administración pública (art. 38 LPAP).

[122] *Vid.* el apdo. duodécimo, 4.º de esta norma.

[123] CAPOTE PÉREZ, L.J., (2018). La reanudación del tracto sucesivo, en E. Sánchez Jordán, y L.J. Arrieta Sevilla (dirs.), *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales,* Madrid, Aranzadi, 248 y sigs., nos recuerda que se pretende evitar fraudes de ley y evasión de tributos sucesorios o burla de derechos hereditarios y el aumento casos de ventas o transmisiones sin título alguno para cuya formalización debería acudirse al procedimiento adecuado. *Vid.* también Resolución de la DGRN de 6 de febrero de 2017, comentada por RIERA ÁLVAREZ, J.A., en *Notarios y registradores.org*.

[124] En concreto, se trata tanto de la Regla primera como de la Regla quinta y última. La primera se refiere a la misma conceptuación del tracto sucesivo (quizá más propia de art. 20 LH), mientras la Regla quinta afirma la eficacia de la reanudación a favor de los terceros de buena fe frente a los títulos de dominio o de otros derechos reales contradictorios con el del solicitante que no hubieran sido inscritos en el Registro con anterioridad (inoponibilidad, *ex* art. 32 LH).

[125] Por otra parte, *vid.* tanto los artículos 285 y 286 RH (pues el 287 se refiere a la constancia de excesos de cabida) como los relativos a la competencia (288), circunstancias del acta de requerimiento (289), posteriores diligencias, notificaciones y edictos (290 y 291), juicio de estimación notarial (292) y resolución judicial (293).

[126] Dice: *…mediante expediente de dominio o acta de notoriedad en los que conste incorporada, o a los que se acompañe la indicada certificación*, precepto desplazado por el procedimiento especial del apartado 3 del artículo 37 LPAP, precisamente modificado ligeramente por la Ley 13/2015, como vimos.

[127] *Vid.* artículo 9 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. Se establecen las reglas aplicables cuando alguna de las fincas incluidas en la unidad de ejecución constare inscrita a favor de persona distinta de quien justificare en el expediente mejor derecho de propiedad sobre aquella, previendo varios supuestos (títulos

públicos intermedios tan solo pendientes de inscripción; inscripción contradictoria con la titularidad alegada con menos o más de treinta años de antigüedad; tramitación por la Administración actuante, incluso por notario competente, etc.).

[128] Sobre otros medios para reanudar el tracto sucesivo interrumpido,vid. MUÑOZ NAVARRO A.J. (2021). El expediente de dominio para la reanudación del tracto y la rectificación de la descripción, en Espejo Lerdo de Tejada, M. y Del Rey Barba, S. (dirs.), *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral,* Valencia,Tirant Lo Blanch, 2021, 1759 y sigs.

[129] ROJAS MARTÍNEZ DE MÁRMOL, E. (2016). La reanudación del tracto sucesivo interrumpido con el nuevo expediente de dominio notarial, en *Notarios y registradores.org.*[en línea] disponible en https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/la-reanudacion-del-tracto-sucesivo-interrumpido-con-el-nuevo-expediente-de-dominio-notarial/.

[130] La Resolución de la DGRN de 1 de febrero de 2019 resuelve que no es necesario notificar a colindantes. En este sentido parece preferible lo que disponía el derogado artículo 201 3.º LH: «… *el Juzgado dará traslado del escrito…a aquellos que tengan algún derecho real sobre la finca, aquel de quien procedan los bienes o a sus causahabientes, si estos fueran conocidos…y convocará a las personas ignoradas a quienes pueda perjudicar la inscripción solicitada por medio de edictos* (en tablones, periódicos y BOE)». A este mismo resultado extensivo podría llegarse con la interpretación sistemática y teleológica, aplicando a la reanudación del tracto lo dispuesto para la inmatriculación en el actual artículo 203. Sexta («Cualquier interesado podrá hacer alegaciones…»).

[131] En efecto, MERINO ESCARTÍN, *op. cit.* (2020), concluye que «*la notificación se tiene que hacer por el notario personalmente a los interesados, y si residen en otro distrito notarial, por exhorto notarial y no por correo con acuse de recibo».* Otra duda sería la constancia de la publicación efectiva de edictos por nota marginal (aunque no parece que procedan las alertas en línea, *ex* artículo 203. Regla séptima); tampoco parece admisible la tramitación de otro procedimiento simultáneo que afecte de forma total o parcial a la finca (203.regla octava).

[132] *Vid.* Resolución de la DGRN de 23 de mayo de 2016 comentada por RIERA ÁLVAREZ, J.A., en *Notarios y registradores.org*, y que nos brinda algunos criterios aclaratorios: (a) La comparecencia inexcusable aun sin formular oposición se refiere solo a titulares registrales o herederos de los mismos cuya inscripción tenga menos de treinta años de antigüedad y hayan sido citados personalmente (o en los casos en los que se hubiese practicado algún otro asiento con posterioridad, dentro de dicho plazo); (b) En los casos de más de treinta años de antigüedad no será obligada la comparecencia, sin perjuicio de que si se produjera y se formulara oposición determinaría la conclusión del expediente. Otra interpretación se alejaría del concepto y finalidad propios de este procedimiento para reanudar el tracto, que es heredero de la regulación anterior a la Ley 13/2015, y dificultaría gran parte de los supuestos en la práctica, quedando estéril su previsión legal.

[133] Y en este último sentido deberá disponerlo el futuro Reglamento. *Vid.* Resolución de la DGRN de 18 de septiembre de 2019, que considera derogado el artículo 286 RH y aplica respecto al 208 LH el viejo brocardo latino *«ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit»* (es decir, donde la ley quiso lo dijo, donde no quiso guardó silencio).

[134] Concretamente en la redacción de 1998, el artículo 313 RH distingue entre los supuestos en que la finca inscrita en diferentes folios, lo estuviere a favor de la misma persona (apdo. 1.º) o de personas distintas y, en este segundo caso existiere acuerdo (apdo. 2.º). Incluso alude al titular de cualquier derecho real inscrito sobre la finca registral afectada por la doble inmatriculación.

[135] En el supuesto de la Resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2019 *(RJ* 2019, 4758) el registrador concluye que como a su juicio no hay indicios de la doble inmatriculación deberá rechazar la continuidad de la tramitación, quedando a salvo la facultad de

los interesados para acudir al procedimiento correspondiente, en defensa de su derecho al inmueble. Pero respecto a la segunda inmatriculación en juego, como los asientos están bajo la salvaguarda de los tribunales, su rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial. *Vid.* comentario de NÚÑEZ NÚÑEZ, M., en *Notarios y registradores.org.* Por su parte, MORENO ESCARTIN, Prontuario… *cit.* (2020), desde la óptica del registrador, considera sus opciones: «podría dudarse entre iniciar dicho procedimiento tras suspender la inscripción de la representación gráfica por existir dudas sobre la identidad de una finca, o precisamente rechazar su apertura —o continuación— por falta de identificación de las fincas afectadas o por pretenderse una rectificación de la superficie que puede encubrir negocios que no han accedido al Registro, sin perjuicio de la facultad de los interesados interponer los recursos gubernativos o judiciales oportunos».

[136] Recordemos que dicho artículo 2 RH ha sido modificado por la disposición final primera del Real Decreto 195/2017, de 3 de marzo, por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, y que en su redacción original (desde 1947 hasta 2017) preceptuaba que se hiciese la descripción de la totalidad de la finca en todos ellos, especificando la cabida correspondiente a cada Sección o Ayuntamiento (y que se consignaría también, si constare, la descripción especial de cada porción).

[137] ARRIETA SEVILLA L.J., *op. cit.* (2018). La subsanación de la doble inmatriculación, en E. Sánchez Jordán, y L.J. Arrieta Sevilla (dirs.), *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales,* Madrid, Aranzadi, 319 y 320, en relación a los artículos 9 y 199 LH.

[138] TRUJILLO CABRERA, C., *op. cit.* (2018), 255, matiza que la identidad a la que se refiere el artículo 313 RH no es propiamente la de la finca de la que se es titular (como sinónimo de su localización, propia de la reivindicación) sino la identidad entre dicha finca y otra, en el sentido de que ambos títulos hagan referencia a la misma finca como realidad. De ahí la especial importancia de las bases gráficas en este procedimiento.

[139] ARRIETA SEVILLA L.J. *op cit.* (2018), 325 y 326.

[140] Así lo reconocen, entre otras, la Resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2019 *(RJ* 2019, 4758), o la más reciente de 17 de junio de 2020 *(RJ* 2020, 3390) que trata un supuesto de otra norma reglamentaria (el derogado artículo 35 del anterior Reglamento de Costas y la aplicación del artículo 36 del nuevo y vigente, aprobado por RD 876/2014, de 10 de octubre) y las de 14 de octubre *(RJ* 2020, 4305) y 30 de octubre *(RJ* 2020, 4312) de 2020.

[141] Así, en caso de estar afectada una Administración Pública es preferente el procedimiento del artículo 37.4 LPAP que prevé, mediante certificación administrativa, la cancelación o rectificación de las inscripciones practicadas a su favor cuando se reconozca el mejor derecho o preferencia del título de un tercero sobre el de la propia Administración en caso de doble inmatriculación, previo informe de la Abogacía del Estado o del órgano asesor correspondiente de la Administración actuante. Y más específicamente en materia de urbanismo, el citado Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, establece el *modus operandi* en caso de que la finca ya constare doblemente inmatriculada, atendiendo a varios aspectos (vg., interesados, acreditación de mejor derecho en juicio declarativo ordinario, sin perjuicio de convenio entre titulares, art. 10.1).

[142] Respecto a si se procede o no el correspondiente cierre registral una vez advertida la doble inmatriculación, FANDOS PONS, P. *op. cit.* (2016), admite ambas posibilidades y consideramos que el Reglamento podría pronunciarse al respecto.

[143] *Vid.,* en este apartado, entre otros, a AFONSO RODRÍGUEZ, E., (2018). El expediente de liberación registral de cargas o gravámenes, en E. Sánchez Jordán, y L.J. Arrieta Sevilla (dirs.), *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales,* Madrid, Aranzadi, 329 y sigs.

[144] En este sentido, MERINO ESCARTÍN, J.F., (2015). Resumen de la Ley que reforma La Ley de Enjuiciamiento Civil y la Prescripción [en línea] disponible en https://

www.notariosyregistradores.com/web/normas/destacadas/resumen-de-la-ley-que-reforma-la-ley-de-enjuiciamiento-civil-y-la-prescripcion/#12-art-1964-del-codigo-civil, cita a ROMÁN SEVILLA, M., en *Notarios y registadores.org*, que señalaba una prescripción masiva el 7 de octubre de 2020 porque en esa fecha prescribirían todas las acciones personales que pudieran haber sido ejercitadas antes de la entrada en vigor de esta ley, que lo fue el 7 de octubre de 2015, aunque en relación al artículo 82.5 LH la exigencia de los 16 años (quince de prescripción según legislación ordinaria, más el año siguiente) para cancelar condiciones resolutorias por caducidad se mantendrá hasta el 7 de octubre de 2021. A partir de entonces, el plazo se reducirá a seis años (cinco más uno), incluso para las condiciones resolutorias inscritas antes de esta Ley.

[145] Entre otros comentarios, *vid.* MARTÍN MARTÍN, Á., (2020). Cómputo de plazos de prescripción y caducidad del Código Civil después del Covid-19, [en línea] disponible en https://www.notariosyregistradores.com/web/utilidades/computo-plazos-prescripcion-y-caducidad-codigo-civil-tras-covid-19/#a1964, alude a retrasar las fechas 82 días hasta el 28 de diciembre de 2020.

[146] En realidad este procedimiento regulado en el artículo 210 LH se estructura en una tramitación general a solicitud de cualquiera de los titulares de un derecho inscrito gravado (siguiendo las Reglas 1.ª a 7.ª del apdo Primero) y otra específica (a instancia de cualquier interesado y sin necesidad de tramitación de expediente, según la Regla 8.ª del apdo Primero y apdo Segundo).

[147] JIMÉNEZ GALLEGO (2016). *La nueva coordinación realidad-Catastro-Registro*, Tirant lo Blanch, 411 y sigs., considera en general que el artículo 210 LH no necesita desarrollo reglamentario, prueba de la suficiencia de su redacción (especialmente se refiere a la regla 2.ª).

[148] Dice el artículo 177.1 RH (no afectado por la declaración de nulidad de la STS de 2001 citada): *Los asientos relativos a derechos que tuviesen un plazo de vigencia para su ejercicio convenido por las partes, se cancelarán por caducidad transcurridos cinco años desde su vencimiento, salvo caso de prórroga legal, y siempre que no conste asiento alguno que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento.*

[149] El artículo 177 RH había sido reformado conforme al Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en cuyo preámbulo se establecía el propósito bienintencionado de cancelación de asientos caducados en relación a distintos tipos de derechos, afecciones y cargas, pero dicha sentencia estimó la contradicción de la redacción del párrafo 2.º con los dispuesto para la prescripción en las Compilaciones forales de Navarra y Cataluña, aunque rechazó otros motivos de anulación (Fto. decimotercero de STS 3.ª de 31 de enero de 2001). Además, *(L)a imposibilidad, ya expresada en el fundamento jurídico séptimo de esta resolución, de que determinemos la forma en que habría de quedar redactado el párrafo segundo del artículo 177 del Reglamento Hipotecario para preservar su legalidad, no deja otra alternativa que la declaración de su nulidad de pleno derecho* (Fto. decimoséptimo).

[150] Para GARCÍA GARCÍA, J.M. *Código de legislación inmobiliaria, cit.* (2004), 514 (19), dicho inciso parece referirse a los supuestos de prórroga indefinida de arrendamientos urbanos (en la normativa desde 1921 y 1964 cancelables una vez transcurran los plazos establecidos en las disposiciones transitorias de la LAU de 1994, y los 5 años más, exigidos por el propio art. 177 RH), y salvando las distancias, aplicable también a los arrendamientos rústicos, transcurrido su plazo máximo de prórroga y sin perjuicio de las últimas modificaciones de la legislación arrendaticia (2013, 2018 y 2019).

[151] *Vid.* GARCÍA GARCÍA, J.M., *op. cit.* (2004), 607 (51).

(Trabajo recibido el 29 de noviembre de 2021 y aceptado para su publicación el 13 de enero de 2022)

DICTÁMENES Y NOTAS

Repaso a la figura de la doble venta contenida en el artículo 1473 del Código Civil

Review of the figure of the double sale contained in article 1473 of the Civil Code

por

NAIARA RODRÍGUEZ ELORRIETA

Profesora adjunta de Derecho civil (acreditada como profesora agregada)
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

RESUMEN: La intención del presente trabajo no es otra que realizar un repaso sobre la figura de la doble venta, sin olvidar la relación que le une a la teoría del título y el modo. Precisamente, a través del análisis de la razón de ser del artículo 1473 del Código Civil en nuestro ordenamiento jurídico y de las notas que caracterizan el precepto, a saber, la exigencia de buena fe y la posesión.

ABSTRACT: The intention of the present work is none other than to review the figure of the double sale, without forgetting the relationship that unites it with the theory of the title and the mode. Precisely, through the analysis of the reason of article 1473 of the Civil Code in our legal system and the notes that characterise the precept, namely, the requirement of good faith and possession.

PALABRAS CLAVE: Doble venta. Adquisición *a domino*. Adquisición *a non domino*. Venta de cosa ajena.

KEY WORDS: Double sale. To domino acquisition. A non domino acquisition. Sale of another thing.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DOBLE VENTA Y VENTA DE COSA AJENA: COETANEIDAD O *TRADITIO*.—III. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1473 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. Relevancia de la buena fe. 2. Posesión real y efectiva: Venta inmobiliaria y venta de bienes muebles. 3. Doble venta de bienes inmuebles: *A) Casuística. B) Jurisprudencia.* 4. Doble venta de bienes muebles: Casuística. —IV. ESPECIALIDAD DEL ARTÍCULO 1473 DEL CÓDIGO CIVIL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL.—V. CONCLUSIONES.—VI. RESOLUCIONES CITADAS. —VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de la controversia doctrinal y jurisprudencial no es extraño encontrar supuestos de compraventa con más de un contrato válido sobre la misma cosa. Así, el artículo 1473 del Código Civil regula la figura de la doble venta a fin de resolver a cuál de los compradores (pueden ser más de dos) le corresponde la propiedad. Del tenor del precepto se deduce que no resuelve un conflicto de derechos de crédito (mejor derecho a la entrega del bien para convertirse en propietario) sino que se trata de decidir quién será preferido en la adquisición. En otras palabras, el artículo 1473 no determina quién ha adquirido sino quién es preferido aunque algún comprador haya consumado la adquisición por aplicación general del sistema establecido en el artículo 609 del Código Civil[1]. Ello implica que, al menos respecto de alguno de los compradores, debe haber concurrido alguna circunstancia que pueda considerarse *traditio* (arts. 1462 y sigs. CC). De manera que, tal y como regula el artículo 1473 del Código Civil, «*si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble. Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando esta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe*».

Cuando del mismo bien se realizan sucesivos contratos de compraventa por el mismo vendedor sería prescindible un precepto como el artículo 1473 del Código Civil. Como hemos señalado inicialmente, este artículo no se ocupa de ordenar las pretensiones de varios compradores únicamente titulares de derechos de crédito. De hecho, los conflictos relativos a la efectiva adquisición del dominio se podrían solucionar con las reglas generales relativas a la *traditio* (arts. 609 y 1462 CC), aplicadas a la vista del principio *prior tempore* (y, por supuesto, *modalizadas* por las normas más específicas de protección de la apariencia y buena fe en el tráfico: arts. 34 LH y 464 CC). Es, por tanto, lógico pensar que el sentido del precepto sea conducir a un resultado distinto, dando relevancia a la buena fe y a la posesión, como término no equivalente a la *traditio*. En consecuencia, una cosa es adquirir la propiedad de acuerdo a la teoría del título y el modo, y, otra, ser preferido en la adquisición de acuerdo a las reglas del artículo 1473 del Código Civil.

Se han apuntado ya dos cuestiones fundamentales en el análisis de la regulación de la doble venta en el Código Civil, el papel de la buena fe y qué se ha de entender por posesión. Pero, también hay otro extremo polémico: el de si deben entenderse comprendidos en la regulación de este precepto los casos de venta de cosa ajena; es decir, los supuestos en los que el vendedor cuando realiza la segunda o ulterior venta ya no es propietario.

II. DOBLE VENTA Y VENTA DE COSA AJENA: COETANEIDAD O TRADITIO

El contrato de compraventa es consensual y no requiere de la entrega de las prestaciones para perfeccionarse, de acuerdo con el artículo 1450 del Código Civil. Ahora, en el momento en el que se produce la tradición a favor de uno de los compradores estaremos ante una adquisición *a non domino* respecto al otro comprador, concretamente, de venta de cosa ajena. Entonces, por venta de cosa ajena se entiende aquella en la que la cosa o derecho objeto del contrato no pertenece al vendedor por haber adquirido, en el caso de la doble venta, uno de los dos compradores la propiedad o dominio de la cosa.

El problema que se puede plantear es si la doble venta incluye la venta de cosa ajena, o, por el contrario, esta queda excluida. Una primera aproximación doctrinal entiende que el artículo 1473 del Código Civil sí puede incluir la venta de cosa ajena[2] y, sin embargo, una segunda posición entiende que el supuesto contemplado en el artículo 1473 del Código Civil no incluye los casos de venta de cosa ajena[3], precisamente, por conectar el régimen de la doble venta con la teoría del título y el modo.

La mayoría de la doctrina se inclina por entender que la venta de cosa ajena puede aparecer junto a la doble venta regulada en el artículo 1473 del Código Civil por la relevancia que otorgan a la buena fe. La ignorancia y la creencia son los dos elementos que integran la buena fe: ignorancia de que la misma cosa se ha vendido a otra persona y, al mismo tiempo, creencia en que el vendedor es dueño de la cosa vendida —cuestión esta que analizaremos con mayor detenimiento al tratar la buena fe—. Este último elemento, el de la creencia, encuentra su verdadera razón de ser en las adquisiciones *a non domino*. Así, si se mantuviera la idea de que el artículo 1473 del Código Civil no es aplicable cuando la primera venta ha sido consumada, la buena fe no podría consistir en la falta de poder de disposición del transmitente, sino únicamente en el desconocimiento de la primera venta[4]. En otras palabras, no tendría sentido alguno referirse a la buena fe como creencia por parte del sujeto de estar adquiriendo del dueño si no se produjera la tradición en la primera de las ventas. Si el primer adquirente no adquiriera la propiedad de la cosa mediante el título y el modo, aún en el supuesto de producirse una nueva venta, el modo del transmitente no adolecería de ningún tipo de vicio por su falta de poder de disposición[5]. Y es que, efectivamente, la buena fe se entiende como un elemento que viene a subsanar un defecto consistente en la ausencia del poder de disposición en el *tradens*[6], de esta manera, independientemente de que se hable de una adquisición *a non domino* por parte del segundo comprador, su buena fe vendría a reparar la situación en la que el vendedor ya no era propietario.

Pudiera pensarse que el motivo para excluir del ámbito de aplicación del artículo 1473 del Código Civil la venta de cosa ajena reside en entender que el citado artículo se basa en la teoría del título y el modo, de manera que si uno de los compradores recibe la tradición de la cosa o derecho estaremos hablando de venta de cosa ajena. Ahora bien, ese podría constituir el punto de partida de parte de la doctrina[7], sin embargo, entienden que las adquisiciones *a non domino* han alterado el sistema histórico del artículo 1473 del Código Civil. De esta manera, siempre que de su aplicación se obtenga la protección de un comprador que ya había recibido la tradición de la cosa, el precepto habrá funcionado de la mano del sistema de transmisión. Por el contrario, cuando el comprador amparado por el artículo 1473 del Código Civil se alza sobre otro comprador que había previamente recibido la tradición, entonces el precepto habrá funcionado de espaldas al sistema señalado[8]. No cabe duda que, en este caso también, el adquirente *a non domino* será preferido, precisamente, por exigírsele la buena fe, independientemente de la conexión que pudiera tener el citado precepto con la teoría del título y el modo.

Posición contraria constituye aquella que mantiene que el artículo 1473 del Código Civil regula una doble venta que deja al margen la venta de

cosa ajena[9], estableciendo en qué casos el segundo comprador será preferido como propietario frente al primero cuando no se haya producido la tradición frente al primer comprador. De esta forma, si la primera transmisión se ha consumado antes de las posteriores ventas, no hay lugar a dudas de que el primer comprador es ya en ese momento propietario y que en consecuencia no existe conflicto que requiera ser resuelto por el artículo 1473 del Código Civil: la segunda venta será una trasmisión *a non domino* y su situación se guiará por las normas *ad hoc*. Ciertamente, es en el periodo anterior a la tradición de una de las ventas en que desplegará su eficacia el referido precepto. Posición esta que mantiene una parte de la doctrina, añadiendo que el artículo 1473 del Código Civil no resuelve un conflicto que no pueda ser resuelto a través de la teoría del título y el modo. De esta manera, se prescinde de la relevancia de la buena fe y del papel tan sumamente importante que constituye esta cuestión para reconducir la problemática al sistema del título y el modo. Opinión doctrinal esta última que nos aleja, tal y como podrá analizarse más adelante, del sentido y ámbito de aplicación que corresponde al artículo 1473 del Código Civil: en ocasiones, converge con la teoría del título y el modo; en otras, resuelve conflictos que quedarían a falta de solución a través del sistema traslativo.

En esta materia se produce un punto de inflexión importante a partir de la Sentencia de 7 de septiembre de 2007 del Tribunal Supremo[10], donde el Alto Tribunal zanja la cuestión y determina que la venta de cosa ajena no tiene por qué quedar al margen de la regulación del artículo 1473 del Código Civil.

La citada sentencia aborda un litigio que versa sobre la propiedad de una finca vendida por su propietario a dos compradores diferentes a través de sendas escrituras públicas (en la primera de las ventas se vende una parte de la finca y, en la segunda compraventa, se vende la totalidad de la finca), sin embargo, solo el segundo de los compradores inscribe en el Registro de la Propiedad. En este caso, la doble venta se produce entre dos objetos coincidentes, pero solo en la porción de la finca que adquiere uno de los compradores y que el otro comprador obtiene a través de la adquisición de la totalidad de la finca. De esta manera, la identidad puede ser solo parcial, con lo que el conflicto se reduce al ámbito en el que habrían de concurrir las titularidades de los distintos compradores[11].

Así las cosas, ambas compraventas se otorgan mediante escritura pública: la primera el 30 de octubre de 1992, y, la segunda, el 17 de febrero de 1998.

Es el segundo comprador el que interpone la demanda en primera instancia basándose en el artículo 1473 del Código Civil, entendiendo que la finca le pertenecía en pleno dominio. La oposición de la parte demandada se funda en el hecho de que ella y su esposo habían poseído la finca desde

su venta (habitando en ella, teniendo animales, etc.), y, por ello, se trataría de una venta de cosa ajena y no de una doble venta.

El Juzgado de Primera Instancia absuelve a la demandada haciendo uso del artículo 1473 del Código Civil: entiende que el segundo comprador no actúa de buena fe al conocer la posesión de la finca que ostenta el primer comprador y, además, no existe consumación del contrato en la primera venta al no haberse subrogado en la hipoteca, con lo cual, se trata de una doble venta y no de una venta de cosa ajena. Cuestión esta última totalmente irrelevante para el caso a examen, pues tal y como observa el Tribunal Supremo posteriormente, «*las sentencias de ambas instancias no aciertan al detenerse en la consumación del contrato desde la perspectiva de las obligaciones de la primera compradora, pues lo que importaba, dados los términos del litigio, era si conforme al artículo 609 del Código Civil esa primera compradora podía haber llegado a adquirir la finca comprada; es decir, si su compra había estado acompañada de la tradición*».

Acto seguido, la parte demandante interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y se estima la demanda, entendiendo que es al segundo comprador a quien pertenece en pleno dominio la finca. La Audiencia considera, por un lado, que es una doble venta y no una venta de cosa ajena, ya que la primera venta no había llegado a consumarse por falta de pago de la mayor parte del precio y, por otro lado, confirma que es la segunda compradora quien está amparada por el artículo 1473 del Código Civil y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. De nuevo, en esta ocasión, la sentencia se refiere a la consumación del contrato para determinar que se habla de una doble venta, y no de si se ha producido o no la tradición. El segundo comprador es preferido, pero no por entender que la inscripción se añada como requisito para adquirir la propiedad *erga omnes*[12], sino porque entiende que este adquiere *a domino*.

En base a tal resolución, la parte demandada —primer comprador parcial—interpone recurso de casación fundado en dos motivos: primero, la indebida aplicación del concepto de doble venta que aparece en el artículo 1473 del Código Civil; y, segundo, por infracción de los artículos 1473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria en cuanto que la demandante no era compradora de buena fe. El Tribunal Supremo entiende que hay lugar al recurso de casación y confirma el fallo de Primera Instancia.

La presente sentencia del Tribunal Supremo fija la aplicabilidad del artículo 1473 del Código Civil a la venta de cosa ajena y, ello, independientemente del tiempo que transcurra entre las ventas. Hasta entonces, el Alto Tribunal entendía que si concurría cierta coetaneidad cronológica entre las dos o más ventas sería un caso de doble venta[13]; en caso contrario, se hablaría de una venta de cosa ajena, venta que de ninguna manera encontraría cabida en el artículo 1473 del Código Civil. De esta manera, hasta los años 90 no

hubo inconveniente en aplicar el artículo 1473 del Código Civil para resolver los conflictos planteados por dos o más ventas separadas entre sí incluso por más de diez años; sin embargo, en los años 90 se impone el criterio de excluir de su ámbito la venta de cosa ajena. Para poder aplicar el artículo 1473 del Código Civil era necesario que existiera una cierta cercanía en el tiempo entre los dos negocios jurídicos: si concurría, se hablaría de una doble venta; si no, de venta de cosa ajena excluido del ámbito de aplicación del artículo 1473 del Código Civil. Como se puede observar, el Tribunal Supremo empleaba el requisito de la coetaneidad o proximidad en el tiempo de las ventas para acotar la doble venta y así, excluir la venta de cosa ajena; no obstante, carece de sentido emplear el requisito de la proximidad temporal, puesto que la cosa es o no ajena al vendedor dependiendo de si en el primer comprador concurren título y modo, y, ello, con independencia del tiempo transcurrido entre una y otra venta[14].

A través de la resolución que nos ocupa, el Tribunal Supremo fija la doctrina de la Sala en el sentido de que la aplicación del artículo 1473 del Código Civil no exige necesariamente el requisito de una cierta proximidad cronológica entre las dos o más ventas en conflicto para entender que se trata de una doble venta. En definitiva, la coetaneidad cronológica ya no constituirá un elemento clave para determinar que nos encontramos ante una doble venta y, por ende, no excluirá del ámbito de aplicación del precepto la venta de cosa ajena. Calificar el negocio jurídico como doble venta o venta de cosa ajena nada tiene que ver con el elemento del tiempo, sino más bien con la tradición, si esta se ha producido o no a favor del primer comprador.

Tal y como expone el Tribunal Supremo, el propio precepto ya prevé que el primer comprador haya tomado posesión de la cosa antes que el segundo, consumando, desde la perspectiva de las obligaciones del vendedor, la primera venta mediante la tradición material, y, sin embargo, la propiedad puede acabar perteneciendo a quien compró más tarde la misma cosa, mediante un contrato intrínsecamente válido, plasmado en escritura pública e inscribió su adquisición en el Registro. De ahí que lo verdaderamente importante no es que exista una relativa proximidad en el tiempo entre ambas compraventas, sino que se produzca la tradición, al menos, en una de las ventas. Tal y como tiene ocasión de afirmar el Tribunal Supremo en la presente sentencia, «*en la mayoría de los casos la primera venta suele ir acompañada de tradición material, mediante entrega de la posesión, y la segunda de tradición instrumental, mediante el otorgamiento de escritura pública que, permitiendo la inscripción registral, adolecerá sin embargo de la irregularidad, en cuanto tradición instrumental, de la falta de poder de disposición del transmitente*» (FD 2.º). Por lo tanto, si la tradición se produjera a favor del primer comprador, en una posterior venta hablaríamos de venta

de cosa ajena que encuentra cabida en el artículo 1473 del Código Civil, independientemente del lapso de tiempo que transcurra entre la primera y la segunda venta.

Así, la doble venta regulada en el artículo 1473 del Código Civil puede incluir supuestos de venta de cosa ajena por las siguientes razones: el Tribunal Supremo afirma que se logra la concordancia del artículo 1473 del Código Civil con los artículos 606 y 608 del Código Civil, y los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. Si la finca estaba inscrita a nombre del doble vendedor y el primer comprador no ha inscrito su adquisición será de aplicación el artículo 34 de la Ley Hipotecaria; y, si la finca no estaba inscrita, y el primer comprador no inscribe su adquisición, pero el segundo sí lo hace, será de aplicación el artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Efectivamente, en la venta de cosa ajena el vendedor vende un mismo objeto a dos personas diferentes, pero es en la segunda venta cuando ya no podría ser considerado propietario en el caso de que se hubiera producido la tradición a favor del primer comprador. En ese supuesto de hecho los referidos artículos cobran sentido y, por lo tanto, las imprecisiones que pudieran existir en el Registro no afectarían a terceras personas, ya que se verían protegidos a través de los citados preceptos. En un análisis posterior podrá observarse de qué manera resuelve el Tribunal Supremo en sucesivas resoluciones, a raíz de la presente sentencia, la cuestión de la doble venta en la que la segunda compraventa se produce *a non domino* por haberse producido la tradición a favor del primer comprador. Aunque se puede anticipar en este punto que el Alto Tribunal aplicará el artículo 34 de la Ley Hipotecaria prescindiendo del artículo 1473 del Código Civil.

Por último, tal y como expone el Tribunal Supremo, renunciando al elemento de la proximidad temporal de las ventas realizadas y entendiendo que la venta de cosa ajena puede tener cabida en el artículo 1473 del Código Civil, se comprende y se clarifica aún más la interpretación del citado precepto con su antecedente legislativo, representado por la Ley Hipotecaria de 1861 y su artículo 23, cuyo contenido se corresponde con el del artículo 32 del vigente texto. La exposición de motivos de la norma indicaba que el comprador que no inscribiera la venta, «*aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción*». Ya se preveía el supuesto de que un primer comprador adquiriera la posesión de la cosa, pero que fuera un segundo quien procediera a la inscripción. De esta manera, prevalece la seguridad jurídica fomentándose la inscripción de las ventas, lo que no hace sino potenciar la inscripción en el Registro de la Propiedad.

En definitiva, el Tribunal Supremo zanja una controvertida cuestión: si es necesaria o no una proximidad en el tiempo entre las ventas para entender que se está ante una doble venta y, excluir así, del ámbito de aplicación del

artículo 1473 del Código Civil la venta de cosa ajena. Las sucesivas sentencias, hasta el momento, también han prescindido del elemento «tiempo» o de la coetaneidad para determinar si se habla de una doble venta o de una venta de cosa ajena, por lo que parece que la controversia ha quedado resuelta.

Conviene detenerse en este punto para hacer mención a la STS de 5 de marzo de 2007, que, precisamente, viene a fijar la doctrina sobre si el artículo 34 de la Ley Hipotecaria ampara o no las adquisiciones *a non domino*. Se trata de determinar si quien compró en 1997 e inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad debe ser mantenido en su adquisición pese a la previa adquisición de la misma finca en 1994 por otro comprador. En este caso, se produce una primera venta por el titular registral en 1994, otorgando escritura pública de dación en pago a favor de un Banco. El comprador presenta en el Registro la escritura para su inscripción, pero se deniega por defectos subsanables. La segunda venta se produce en 1997, en la que la Agencia Tributaria, como consecuencia de un expediente administrativo de apremio, procede a vender la finca a una sociedad, compraventa que es documentada en escritura pública e inscrita en el Registro de la Propiedad.

El primer comprador (1994) presenta la demanda por entender que la finca le pertenece de acuerdo al artículo 1473 del Código Civil y que la segunda compraventa es nula. En primera instancia se desestiman las pretensiones de la parte demandante. Se descarta la aplicación del artículo 1473 del Código Civil por haberse producido la consumación a favor de la primera transmisión y, también, por haber tenido lugar años antes de llevarse a cabo la segunda compraventa. En otras palabras, se entiende que es una venta de cosa ajena que queda al margen del artículo 1473 del Código Civil. El primer comprador (1994) recurre y la Audiencia revoca la sentencia. En esta ocasión, la Sala entiende que la segunda venta es nula por inexistencia del objeto y, por ello, no le permite la protección que otorga el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Finalmente, el Abogado del Estado interpone el recurso de casación por infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y por infracción de la jurisprudencia que protege la adquisición de una finca en un procedimiento de apremio.

El Tribunal Supremo parte de un recorrido por los diferentes criterios de decisión de la Sala a lo largo del tiempo en relación con la materia tratada y señala que «*el panorama jurisprudencial que se acaba de describir aconseja que para resolver el presente recurso, fundado en infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y de la jurisprudencia al respecto, se fije definitivamente la doctrina de esta Sala sobre si dicho precepto ampara o no las adquisiciones a non domino*».

El Tribunal Supremo entiende que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria «*ampara las adquisiciones a non domino precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro,*

aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritariamente por esta Sala». Tal y como se mencionaba con anterioridad, la buena fe requerida por el artículo 1473 del Código Civil viene a subsanar la falta de poder de disposición del *tradens*. En definitiva, ese defecto de titularidad en que incurre el transmitente (por haberse producido la tradición en una venta anterior y ser una venta de cosa ajena) es compensado con la buena fe que requiere el artículo 1473 del Código Civil y, a su vez, por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Por lo que no tendría sentido entender incluida la venta de cosa ajena en el primero de los preceptos y no, en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Prosigue el Alto Tribunal, «*se trató de una segunda enajenación hecha por el mismo transmitente, puesto que la escritura pública se otorgó por la autoridad administrativa competente en sustitución del mismo; enajenación que determinó, merced a su posterior inscripción, el mantenimiento de la propiedad del segundo adquirente por aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ya que adquirió la finca de quien registralmente aparecía facultado para transmitir su dominio y el procedimiento administrativo de apremio, con independencia del embargo trabado sobre la finca después de su enajenación al Banco demandante, no adoleció de irregularidad alguna que pudiera determinar la nulidad del acto adquisitivo en el sentido contemplado por el artículo 33 de la Ley Hipotecaria*». Por lo tanto, el Tribunal Supremo resuelve el problema jurídico de determinar si quien compró en 1997 e inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad debe ser mantenido en su adquisición pese a la previa adquisición de la misma finca en 1994 por el Banco demandante, aduciendo que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria ampara las adquisiciones *a non domino* y, aunque el primer comprador haya adquirido de acuerdo al sistema de transmisión, el segundo adquiere por la protección que le confiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

En lo referente a la falta de buena fe de la segunda compradora—cuestión esta a la que se atenderá con mayor detenimiento posteriormente—, el Tribunal Supremo señala que «*la jurisprudencia suele identificar la buena fe con la creencia de que el vendedor es dueño de la cosa vendida o, si se quiere, con el desconocimiento de que la misma cosa se ha vendido anteriormente a otros con eficacia traslativa*». Pues bien, queda sentado que la primera compradora poseía la finca y que la segunda compradora no actuó de buena fe al adquirir e inscribir su adquisición, puesto que antes de su obtención pudo comprobar que la finca se encontraba segregada por un cierre metálico, al igual que pudo comprobarse que la posesión efectiva se llevó a cabo antes de producirse la segunda compraventa.

Pudiera pensarse que todas las sentencias del Tribunal Supremo que han precedido a la presente han optado por mantener el criterio expuesto —prescindir de la errónea idea de que la proximidad de las ventas deter-

mina que se trata de una doble venta y excluir las ventas de cosa ajena—, y así ha sido, salvo en dos, la Sentencia de 13 de noviembre de 2009[15] y la de 13 de mayo de 2013[16]. Ambas consideran que la venta de cosa ajena de ninguna manera encuentra respuesta en el artículo 1473 del Código Civil. Si bien, como en el caso concreto de la primera sentencia no se produce la tradición a favor del primer comprador, emplea el artículo dedicado a la doble venta para resolver la cuestión. Pero vayamos por partes, en el caso de la Sentencia de 2009 el Tribunal Supremo resuelve de la siguiente manera: *«En el presente caso, la sociedad adquirente conocía la anterior venta a otra sociedad y esto significa que tenía mala fe en su adquisición e inscripción en el Registro de la Propiedad a sabiendas de la anterior venta a otra sociedad».* Y, prosigue*, «se hace especial hincapié en que en el primer contrato el comprador no llegó a adquirir la propiedad porque no se produjo la tradición real o ficticia. Lo cual es cierto, pero precisamente por ello se da el caso de la doble venta que contempla el citado artículo 1473; si se hubiera producido la tradición, la segunda venta a Muebles Barreto, hubiera sido una venta de cosa ajena, en la que hubiera faltado el presupuesto de la buena fe de esta sociedad, presupuesto básico para la aplicación del artículo 34 LH*».

En este caso, el Tribunal Supremo otorga relevancia a la buena fe y en ese sentido se pronuncia al afirmar que «*el concepto de buena fe aplicado al caso de la doble venta consiste en ignorar que la cosa había sido vendida a otro. No es un estado de conducta como ocurre en las obligaciones y contratos sino de conocimiento: el creer o ignorar si la situación registral es o no exacta, respecto a la titularidad registral. El concepto de buena fe en materia de propiedad y derechos reales consiste, en su aspecto positivo, 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 sentido negativo, en la ignorancia y desconocimiento de inexactitudes o de vicios invalidatarios que puedan afectar a la titularidad del enajenante, por lo que carecen de tal cualidad quienes tienen noticia perfecta de la situación extratabular o de las posibles causas capaces de enervar el título de su transferente».* El Tribunal Supremo vuelve a excluir la venta de cosa ajena del precepto del Código Civil dedicado a la doble venta. El Tribunal entiende que el artículo 1473 del Código Civil tiene su reflejo y funciona de acuerdo al sistema del título y el modo, de manera que si se produce la tradición a favor del primer comprador hablaremos de una adquisición *a non domino* que no encuentra cabida en tal precepto. El tribunal parte de la correcta concepción de la buena fe; pero es justamente en esa acepción donde tiene cabida la adquisición *a non domino*. Como bien se apuntaba anteriormente, si se partiera de la inadecuada idea de que el artículo 1473 del Código Civil no es aplicable cuando en la primera venta se ha producido la tradición, entonces la buena fe solo podría consistir en

el desconocimiento de que se hayan producido otras ventas, pero no en la creencia de que el vendedor es dueño.

De la misma manera, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013[17], el Alto Tribunal vuelve a entender que la venta de cosa ajena nada tiene que ver con la doble venta, precisamente porque el artículo 1473 del Código Civil va de la mano de la teoría del título y el modo.

Así, el magistrado parte de la teoría del título y el modo y dice, «*el artículo 609, en relación con el 1095, impone en nuestro Derecho la doctrina romana del título y el modo y el fallecido don Carlos Jesús obtuvo el título con el contrato de compraventa en documento privado y el modo con la posesión material, conforme al párrafo primero del artículo 1462*». Prosigue y añade, «*en consecuencia, es este —don Carlos Jesús— quien adquirió la finca por la concurrencia del título —documento privado de compraventa— y el modo —posesión efectiva— de tal manera que cuando el mismo vendedor vendió la finca a tercero en escritura pública, por más que se hiciera constar en ella que equivalía a la tradición, no pudo constituir traditio ficta porque la tradición real se había producido con anterioridad*». Además, añade que «*el caso presente no es doble venta y no se aplica el artículo 1473, sino que cuando el Sr. Tomás vendió en escritura pública la finca no era de su propiedad, por más que siguiera siendo titular registral (porque se había negado a otorgar escritura pública al primer comprador). No era de su propiedad porque ya la había vendido a don Carlos Jesús en documento privado (título) y este había tomado posesión material de la finca (modo). Es decir, en conclusión, vendió algo que no era de su propiedad y los sucesivos adquirentes no estaban protegidos por la fe pública registral al carecer del presupuesto de la buena fe*».

Esta resolución adoptada por el Tribunal Supremo merece un comentario: por un lado, se dice que si se ha producido la tradición a favor del primer comprador no se puede constituir la *traditio ficta* a favor del segundo, pero ello es perfectamente posible —recordemos que, para hablar de doble venta, al menos en uno de los compradores se ha tenido que producir la tradición—. Por otro lado, se vuelve a entender que la venta de cosa ajena no está incluida dentro de la doble venta por ser una adquisición *a non domino,* al haberse producido la tradición a favor del primer comprador.

En definitiva, las citadas sentencias, al igual que parte de la doctrina, entienden que la venta de cosa ajena queda al margen de la regulación de la doble venta del artículo 1473 del Código Civil no solo porque el precepto sea un reflejo de la teoría del título y el modo, sino porque, además, no otorgan al elemento de la buena fe la importancia que merece: la buena fe es el requisito que viene a salvar la falta de poder de disposición del *tradens* cuando realiza la segunda venta.

Es precisamente la venta de cosa ajena la que ha generado históricamente la regulación de la doble venta, pues tal y como se argumentará

posteriormente, el artículo 1473 del Código Civil adquiere su razón de ser en las adquisiciones *a non domino,* por lo que no puede concluirse este apartado sin dejar de mencionar el Proyecto de Código Civil español de 1851[18], inspirado en el Código Civil francés que regula la doble venta y no entiende esta sin la venta de cosa ajena. Así, el ámbito de aplicación de la venta múltiple se extiende por definición a la venta de cosa ajena, dada su adscripción al sistema de transmisión consensual[19] o, en otras palabras, al mecanismo de transmisión por el solo contrato.

Si se acude, concretamente, al artículo 982 del citado Proyecto, este indica que «*cuando por diversos contratos se haya uno obligado a entregar la misma cosa a diferentes personas, la propiedad se transfiere a la persona que primero haya tomado posesión de la cosa con buena fe, si fuere mueble: siendo inmueble, se estará a lo dispuesto en el artículo 1859, salvo en ambos casos al adquirente de buena fe el derecho que le corresponda, según lo dispuesto en la sección 3.ª, capítulo 3.ª de este título».* En este caso, el sistema elegido coincide con el regulado por el artículo 1473 respecto a los bienes muebles, y en cuanto a los bienes inmuebles solo el segundo párrafo (inscripción en el Registro), puesto que el Código Civil añade, además, un tercer párrafo que hace alusión a la posesión y al título de fecha más antigua.

El Proyecto no se basa en la teoría del título y el modo, como puede observarse a través del artículo 548 que señala que «*la propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripción*». De manera que el contrato por sí solo, prescindiendo de la tradición, produce la transmisión de la propiedad. En otras palabras, basta la simple voluntad de las partes para trasmitir la propiedad[20]. Así lo corrobora, igualmente, el artículo 981 al indicar que «*la entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad».* En este caso, la simple concurrencia de voluntades de las partes produciría la transmisión de la propiedad, y, si a su vez, el vendedor realizara un segundo contrato sobre el mismo bien, se hablaría de adquisición *a non domino*.

III. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1473 DEL CÓDIGO CIVIL

Con el fin de entender el artículo referido a la doble venta, resulta necesario analizar los requisitos del citado precepto, a saber, la buena fe, la posesión y la doble venta de bienes muebles e inmuebles.

1. Relevancia de la buena fe

Habiendo analizado la relación que guarda la venta de cosa ajena con la doble venta del Código Civil, procede tratar a continuación la buena fe a

la que hace referencia el artículo 1473 del Código Civil. No es esta cuestión baladí, ya que como se ha podido anticipar, constituye uno de los pilares de la materia. La buena fe es uno de los elementos clave que diferencian la doble venta regulada en el artículo 1473 del Código Civil y la teoría del título y el modo: es necesario que concurra buena fe en el adquirente para que este sea preferido en su adquisición.

El elemento constantemente repetido por el artículo 1473 del Código Civil es el referente a la buena fe del adquirente. Cabe matizar, sin embargo, que la buena fe no aparece cuando se hace alusión a la venta de inmuebles, y, concretamente, el segundo párrafo señala que, «*si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro*»; no siendo ello un olvido grosero del legislador o una elipsis, para no hacer redundante lo evidente[21]. El sistema de publicidad registral recogido en nuestro Ordenamiento protege a quien inscribe de buena fe, y muestra de ello son varios artículos de la Ley Hipotecaria (arts. 32, 34, 36, 37 y 40). De esta manera, es completamente armonioso que la buena fe sea silenciada por el precepto, al ser ello simple ilación del propio modelo de publicidad adoptado originariamente en nuestro país[22]. No cabe lugar a dudas de que es necesaria la concurrencia de la buena fe aun cuando no se mencione expresamente en el artículo 1473.II[23], ya que se trata de un requisito que unánimemente se viene exigiendo en dicho ámbito por la jurisprudencia, pues se trata de un elemento que se deduce de relacionar el artículo 1473 del Código Civil con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria[24] y de los principios generales del Derecho[25].

La buena fe requerida por el artículo 1473 del Código Civil se basa en la subjetividad y es una «*disposición de ánimo o estado intelectivo*»[26]. Consiste, tal y como recogen las diferentes sentencias del Tribunal Supremo antes citadas, precisamente en la creencia del comprador de adquirir del propietario y, a su vez, en la ignorancia de que se haya realizado otra venta por parte del mismo vendedor. Creencia, a su vez, que se desgrana en dos elementos: el aspecto positivo, 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 podría transmitirle su dominio y, en su sentido negativo, en la ignorancia y desconocimiento de inexactitudes o de vicios invalidatorios que puedan afectar a la titularidad del enajenante. De modo que el concepto aglutinaría dos vertientes: la *ignorancia* y la *creencia*. Este concepto de buena fe se justifica por la admisión previa de la doble venta y la venta de cosa ajena en el marco del artículo 1473 del Código Civil y su conexión con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria[27], puesto que, en caso contrario, no tendría sentido requerir al adquirente la creencia de que el vendedor es dueño (ya que no se ha producido la tradición a través de ninguna otra compraventa). En ese último caso, sería suficiente la simple

ignorancia del comprador de que se hayan producido otras ventas para entender que actúa de buena fe.

¿Es igual la buena fe requerida en las transmisiones *a domino* y *a non domino*? Parte de la doctrina entiende que no[28]. Si en una doble venta solo se produce la tradición en la segunda compraventa, entonces hablaríamos de adquisición *a domino y* bastaría que se produjera la ignorancia por parte del segundo comprador respecto de la venta previa. Sin embargo, si la primera venta tuviera efectos traditorios, entonces la segunda compraventa constituiría un caso de adquisición *a non domino*, donde la buena fe tendría que estar compuesta por los dos elementos expuestos, a saber, la ignorancia de la venta previa y, a su vez, la creencia de que el vendedor es dueño. Pero, además, será requerida cierta diligencia por parte del adquirente que carecerá de protección jurídica cuando positivamente conozca la transmisión anterior, y también cuando se hubiera debido conocer con la diligencia exigible[29].

Bien podrían extrapolarse a nuestro caso los artículos 433 y 1950 del Código Civil relativos a la buena fe en la posesión y a la buena fe en la usucapión. El artículo 433 en relación a la posesión indica que «*se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide*»; mientras que el artículo 1950 señala, en referencia a la posesión mediante usucapión, que «*la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio*». Pues bien, el primero de los artículos remarca una *ignorancia*, mientras que el segundo se refiere a una *creencia*, sin embargo, no dejan de expresar dos caras de una misma moneda: la creencia de que el vendedor es dueño. Por eso, cuando en el segundo comprador concurre antes el requisito de la tradición, su falta de buena fe consiste en el conocimiento de la venta anterior[30] o, lo que es lo mismo, en la ignorancia de conocer una venta anterior. En esta definición de buena fe no parecen tener sentido ni el artículo 433 del Código Civil, pues en su modo de adquirir no existe vicio provocado por la falta de poder de disposición del *tradens*, ni, desde la misma perspectiva, el artículo 1950 del Código Civil [31].

Sin embargo, cuando el comprador preferido es aquel que adquiere *a non domino*, los artículos 433 y 1950 del Código Civil adquieren pleno sentido, ya que el adquirente, además, tendrá que creer estar adquiriendo del dueño. Así pues, en las adquisiciones *a domino* la buena fe del comprador es un estado de ignorancia de que se haya producido otra venta sobre el mismo objeto por parte del mismo vendedor y, en las adquisiciones *a non domino* se protegerá al comprador que no conozca otra venta; pero, del mismo modo, también se protegerá al comprador que crea adquirir del propietario y, que, además, actúe con la diligencia debida.

Por tanto, en los casos en los que se haya producido la tradición a favor del primer comprador y la segunda adquisición sea *a non domino*,

para que el segundo comprador sea preferido será necesario que su buena fe consista en el desconocimiento de una anterior venta y, además, en la falta de disposición de *tradens*[32]*;* pero si se habla de adquisición *a domino* entonces con el simple desconocimiento de que se ha producido una venta anterior será suficiente.

Habiendo analizado qué ha de entenderse por buena fe de acuerdo al artículo 1473 del Código Civil, la siguiente cuestión a tratar será la relativa al momento en que esta debe concurrir y si es exigible respecto a todos los compradores, o, por el contrario, solo es requerida al segundo o sucesivos adquirentes.

Respecto al momento en que debe ser apreciada la buena fe conviene distinguir, nuevamente, las adquisiciones *a domino* y *a non domino*[33]. En las primeras, la buena fe necesaria requerida por el artículo 1473 del Código Civil tendrá que concurrir en el mismo instante en que se perfecciona el contrato, pero, en las segundas, la buena fe también tendrá que presentarse cuando el comprador inscriba o reciba la posesión. En consecuencia, en las adquisiciones *a domino* la buena fe del comprador será necesaria cuando se produzca la perfección del contrato y, en las adquisiciones *a non domino*, en cambio, la buena fe del comprador tendrá que concurrir no solo cuando se perfeccione el contrato, sino, además, cuando reciba la posesión o proceda a la inscripción.

Otra cuestión: ¿a qué compradores debe exigirse la buena fe? ¿A todos los compradores, o solo al segundo o sucesivos adquirentes? Ciertamente el requisito no tendría sentido para el primer comprador si este fuera el primero en la tradición[34]. Ahora bien, cuando el primer comprador reciba la tradición *a domino*, aunque hubiere conocido ya en ese momento la venta posterior, *mala fides superveniens non nocet,* con lo que nada impediría que se produjera la adquisición de la propiedad a favor del primer comprador conforme al sistema del título y el modo[35]. Y, efectivamente, así es, ya que el comprador que adquiere *a domino* tiene que actuar de buena fe cuando se produce la perfección del contrato, no cuando se lleva a cabo la tradición.

En la práctica totalidad de los casos el primer adquirente lo es de buena fe[36], sin embargo, piénsese que si el primer comprador traza un plan previo con el vendedor para ulteriormente sonsacarle un precio a cambio de nada a un segundo comprador nos toparíamos con una conducta execrable[37]. En este caso, el primer comprador incluso antes de producirse la perfección del contrato ya no actuará de acuerdo a las exigencias de la buena fe, puesto que será conocedor de que se producirá una posterior venta. Esta situación podría ser reconducida por la figura de la simulación que conllevaría aparejada la nulidad[38] y no por la de la doble venta regulada en el artículo 1473 del Código Civil.

La buena fe necesaria debe concurrir en el segundo comprador para que este sea preferido sobre el primer comprador.

2. Posesión real y efectiva: venta inmobiliaria y venta de bienes muebles

Otra cuestión importante es la relativa a qué ha de entenderse por posesión de acuerdo al artículo 1473 del Código Civil. Posesión a la que se refiere el precepto y no a la tradición. Como ya se anticipaba anteriormente, no significa que se produzca un orden de prelación en el sistema de *traditio* de nuestro ordenamiento jurídico.

El artículo 1473 del Código Civil distingue entre la doble venta inmobiliaria y la doble venta en bienes muebles. Siendo esto así, la regulación en cada caso es diferente. En el caso de venta sobre bienes muebles, el primer párrafo del citado artículo establece que la propiedad pertenecerá a quien primero haya tomado posesión de la cosa de buena fe.

Nuestro sistema acoge el sistema del título y el modo a través del artículo 609 del Código Civil, y, a su vez, las formas de tradición admitidas se regulan en los artículos 1462 a 1464 del Código Civil, pero, ¿es acaso coincidente la posesión a la que se refiere el artículo 1473 y las formas de tradición reguladas en el del Código Civil? Dicho de otra manera, ¿qué relación guarda el artículo 1473 del Código Civil y a la teoría del título y el modo?

Se entiende que la posesión debe interpretarse como posesión real y efectiva, puesto que se habla de *posesión* y no, como en el artículo 609 del Código Civil de *tradición*[39]. Lo mismo ocurrirá en la doble venta inmobiliaria: se requerirá una posesión, también entendida como real y, en el caso del título de fecha más antigua, se hará referencia a la escritura pública otorgada con anterioridad[40]. Como bien se apuntaba brevemente con anterioridad, no es lo mismo hablar de tradición y de posesión, pues el criterio de preferencia tan solo es coincidente con una forma de tradición, la real. La tradición en nuestro sistema se desgrana, a su vez, en dos elementos: el título y el modo. Normalmente, la tradición se ha entendido como transmisión de la posesión, cuando en realidad «*lo que resulta de esencia a la tradición es la concurrencia de poder de disposición en el tradens junto con la voluntad de transmitir y adquirir manifestada en el contrato antecedente*»[41]. Esto es, a través de la tradición el *tradens* con poder de disposición transmite la propiedad, pero no tiene por qué transmitir la posesión. Piénsese en la tradición instrumental donde la compraventa se realiza a través de escritura pública. Este tipo de tradición «*no es un equivalente de la tradición, sino una forma de ella, de la tradición del artículo 609 del Código Civil (…) no es*

de esencia a la tradición traslativa del dominio, la transmisión de la posesión del bien»[42]. Por eso, en la tradición instrumental se produce la transmisión traslativa, pero no sustituye a la entrega, por tratarse la escritura pública de una forma de tradición.

En cuanto a la doble venta inmobiliaria, el artículo 1473 establece una priorización para ser preferido en la adquisición: la inscripción en el Registro, la posesión y, el título de fecha más antigua, en este orden. El primero de ellos, la inscripción en el Registro, se refiere al comprador que primero inscribe su título en el Registro[43]. Los términos tradición e inscripción, en palabras de CUENA CASAS, «*son dos elementos de distinta naturaleza: destinado el uno a perfeccionar el proceso adquisitivo y dirigido el otro a dar publicidad a la titularidad que es consecuencia de la transmisión*»[44].

En el supuesto de que ninguno de los compradores hubiere inscrito, el segundo criterio de preferencia en la doble venta de bienes inmuebles es el de la posesión. En este caso, se entiende, al igual que en la doble venta de bienes muebles, que la posesión se refiere a la posesión real. Así, el término posesión empleado por el artículo 1473 del Código Civil no puede entenderse como sinónimo de tradición en sentido amplio, sino literalmente como expresión de la entrada material en la posesión de la cosa comprada[45]. No obstante, existe doctrina que opina que, al igual que en la doble venta de bienes muebles, la posesión ha de entenderse referida a cualquier tipo de tradición[46].

En defecto de los anteriores, el último criterio hace referencia al título de fecha más antigua. La mayoría de la doctrina entiende que se refiere a la fecha del contrato de compraventa[47], mientras que una minoría entiende que el título al que hace referencia no es al título material, sino a la escritura pública[48]. Si se entiende la posesión en la doble venta como la posesión real o efectiva, fuera de la misma quedaría la tradición a través de escritura pública que recoge el artículo 1462 del Código Civil, por lo que es más adecuado entender que el título al que hace referencia el artículo 1473 del Código Civil es la escritura pública.

En definitiva, el criterio de preferencia por el que opta el artículo 1473 del Código Civil para ser preferido en la adquisición es el de la apariencia[49], bien por medio de la inscripción en el caso de bienes inmuebles, bien mediante la posesión en los bienes muebles. El precepto ampara en su adquisición a quien ostente una apariencia pública y la pregunta es si el artículo 1473 del Código Civil y la teoría del título y el modo conducen a una misma solución ante un mismo problema. Para ello será necesario atender a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y analizar qué aporta el precepto referido a la doble venta en nuestro ordenamiento jurídico, aunque parece lógico pensar que el precepto arrojará resultados diferentes al requerir la buena fe y la posesión (entendida esta como no equivalente a la tradición) como elementos clave.

3. Doble venta de bienes inmuebles

Partiendo de la idea de que el artículo 1473 del Código Civil otorga carácter preferente a quien primero inscribe en el Registro, resulta procedente hablar siquiera sucintamente, previo al análisis de este apartado, de las dos reglas que existen para proteger al titular que inscribe, consecuencia del principio de publicidad registral[50]: la inoponibilidad de lo no inscrito y la protección del tercero que adquiere de otro titular registral previo frente a la resolución hipotética del derecho de su transmitente (protección a la apariencia).

Por un lado, el sistema de inoponibilidad «*reproduce el principio de protección al segundo comprador que inscribe frente al primero que descuida esta formalidad: la adquisición de este primer contratante, pese a ser válida y eficaz en su momento, no es oponible a quien celebra su contrato más tarde, pero lo lleva al Registro antes*»[51], aplicación de esa regla que tiene su reflejo en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria[52]. Artículo este que «*algunos hipotecaristas (…) entienden que el adquirente protegido no precisa reunir las condiciones de buena fe y título oneroso, que no viene exigidas por ese precepto (no, la buena fe, por el art. 1473 CC). O sea que si la finca se enajenó sucesivamente a dos compradores, le bastará al segundo con inscribir su compra, aun cuando conociera, en el momento de comprar, la existencia de la primera*»[53]. Sin embargo, «*dados los intereses en presencia en la tutela del tercero, y la finalidad perseguida por la Ley, ambas circunstancias son también exigibles cuando el adquirente resuelta protegido en virtud del artículo 32 LH. Ni tendría razón de ser la exención de buena fe y onerosidad en unos casos sí y en otros no, cuando la situación de intereses es la misma en todos*»[54].

Por otro lado, volviendo a la reglas que emanan del principio de publicidad registral, el sistema de protección a la apariencia con el que se pretende algo más que tutelar el derecho del segundo comprador: tutelar al nuevo dueño tabular frente a aquellos vicios, defectos y limitaciones que, aquejando a la titularidad de su antecesor y transferente no venían publicados en el folio de la finca ni tampoco eran conocidos de dicho nuevo dueño[55]. Protección que principalmente se proporciona a través del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

A partir de este contexto, han surgidos dos teorías diferentes que pretenden explicar al tercero hipotecario como un tipo o dos: la teoría monista clásica y la teoría dualista[56]. La primera, «*entiende que el Registro protege al titular registral que adquiere de otro titular registral, y ello como resultado de la aplicación conjunta de los artículos 32, 33 y 34 LH, de modo que no cabría defender que el tercero que inscribe por primera vez una finca sea un tercero al que la ley convierte en propietario por efecto de la inscripción*»[57]. Frente a esta, la teoría dualista «*que entiende que hay que diferenciar el tercero que*

inscribe en disputa otro tercero que no inscribe (arts. 32 LH y 1473 CC) y el tercero subadquirente del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Es decir, parte esta teoría del claramente diferente ámbito de aplicación del artículo 32 y del 34» [58].

En este sentido, LACRUZ BERDEJO se plantea si el Derecho español responde enteramente a un sistema de protección a la apariencia registral en el que la protección se otorga siempre al tercero que haya adquirido de quien aparece como titular registral, o si adicionalmente persiste el sistema de salvar la adquisición de cualquiera que lleva al Registro su escritura, por ejemplo, un segundo comprador de una finca no registrada que la inmatricula[59]. El mismo autor defiende la autonomía del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, cuya tutela puede hacerse extensible a aquellos adquirentes que no han contratado con un titular inscrito, al ser ellos quienes registran por primera vez[60]. Así, «*esta última interpretación encuentra un buen apoyo en la consideración de los intereses protegidos mediante la dinámica registral, y de los motivos y fines de esa protección*»[61]. Por lo tanto, podría hablarse de sistemas diferentes para la transmisión de la propiedad inscrita (art. 34 LH) y para aquella que no está inscrita (art. 32 de la Ley Hipotecaria)[62], tal y como apunta la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007.

Asimismo, parece necesario igualmente referirse al carácter de la adquisición protegida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Tal y como viene haciéndose referencia hasta el momento, las adquisiciones que se producen al amparo del artículo 34 tendrán consideración de *a non domino* si previamente se produce la tradición a favor del primer comprador. Pues bien, algunos autores como MÉNDEZ GONZÁLEZ entienden que tal adquisición sería *a domino, «ello significa que el supuesto considerado usualmente como de adquisición* a non domino *protegida por el artículo 34 LH —el del segundo adquirente de un titular registral que inscribe y queda protegido por dicho precepto, frente a un primer adquirente que no inscribió— no sería tal porque el segundo sería un adquirente* a domino*. Los supuestos de adquisición* a non domino*serían otros. Concretamente, aquellos en los que el sistema registral, como tal, falla: v.gr.: el notario no detecta una suplantación de identidad por parte de un compareciente que se hace pasar por el titular registral y dispone, o el Registro no detecta la falsificación de un título*»[63]. Sin embargo, dicha postura no es compartida «*por buena parte de la comunidad jurídica privatista, que sigue considerando que la transmisión opera extrarregistralmente, y que por tanto el titular registral, sí acaba siendo propietario solo en base a la inscripción, en tanto no adquiere de quien dejó de ser titular extrarregistral, adquiere* a non domino»[64].

A continuación, y atendiendo al apartado que nos ocupa, se hará referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo —jurisprudencia que sucede a la Sentencia de 7 de septiembre de 2007 y que viene a zanjar la cuestión de si la venta de cosa ajena puede ser considerada doble venta de acuerdo al

artículo 1473 del Código Civil—, precisamente porque todas las sentencias analizadas en el periodo descrito se refieren a ventas inmobiliarias. Como se podrá concluir tras la lectura de las mismas, todas ellas, salvo una, guardan relación en cuanto a la manera de resolver el litigio: si concurre mala fe en alguno de los compradores, se opta por acudir al artículo 1473 del Código Civil; pero, si los compradores actúan de buena fe el Alto Tribunal prescinde del artículo 1473 del Código Civil y acude al amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, puesto que en todas ellas la segunda compraventa es inscrita en el Registro. Asimismo, se analizarán diferentes supuestos no contemplados por la jurisprudencia citada para completar el análisis de la materia.

A) Casuística

Pues bien, supóngase que se realiza una primera venta de un piso a través de documento privado y el comprador adquiere la posesión real. Igualmente, se realiza una segunda venta sobre el mismo piso en documento privado a un segundo comprador y se hace entrega de las llaves. Si se acude a la teoría del título y el modo (arts. 609 y 1462 CC), el primer comprador sería el propietario del piso; pero la solución no difiere si se aplica el artículo 1473 del Código Civil, puesto que cuando no haya inscripción, la propiedad pertenecerá a quien sea primero de buena fe en la posesión. La novedad que aportaría el concreto artículo de la doble venta sería el referido a la buena fe, puesto que constituye uno de los requisitos de la doble venta.

Siguiendo con la exposición de casos, imagínese que el vendedor vende un solar y este comprador procede a la inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad. El vendedor, a su vez, vende el mismo solar a un segundo comprador a través de documento privado y este obtiene la posesión real. De acuerdo a la aplicación de los artículos 609 y 1462 del Código Civil, el primer comprador sería el propietario del solar e igualmente propietario si se aplicara el artículo 1473 del Código Civil, puesto que él es el primero que inscribe en el Registro de buena fe.

Variará el resultado que se obtiene de la aplicación de los artículos referidos a la doble venta y al sistema del título y el modo en el supuesto de que una de las partes actúe de mala fe.

Así, en el caso de que el vendedor venda a un primer comprador un local a través de documento privado y, además, venda también el mismo objeto a un segundo comprador a través de documento público y entregue las llaves del negocio, de acuerdo a los artículos 609, 1462 y 1473 del Código Civil, el propietario será el segundo comprador. Sin embargo, si el comprador actúa de mala fe, conocedor de la previa venta, el segundo comprador

será propietario de acuerdo a los artículos 609 y 1462 del Código Civil. El precepto dedicado a la doble venta no le otorgaría protección por no actuar de acuerdo a las exigencias de la buena fe.

Pero no solo se vislumbra la diferencia entre la aplicación de los artículos 609 y 1462 del Código Civil, y el referido a la doble venta cuando concurre mala fe; también en los supuestos en los que los dos compradores actúan de buena fe la solución varía en función de si el segundo comprador inscribe su título.

Es el caso en el que se realiza una venta de un polígono industrial a través de escritura pública, y, a su vez, se realiza otra compraventa con un segundo comprador, quien inscribe en el Registro. De acuerdo a la teoría del título y el modo, el primer comprador será el propietario, puesto que tal y como afirma el artículo 1462 del Código Civil, *cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de esta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario.* No obstante, de la aplicación del artículo 1473 del Código Civil se podría concluir que es el segundo comprador quien adquiere la propiedad por ser el primero en inscribir.

En este supuesto particular, en el que partimos de un primer comprador que escritura la venta y, un segundo comprador que inscribe en el Registro, la jurisprudencia ha venido resolviéndolo haciendo uso del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Indudablemente, el análisis de la doble venta inmobiliaria no puede entenderse sin mencionar este artículo, puesto que cuando el segundo comprador inscribe en el Registro perfectamente podríamos aplicar el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y prescindir del artículo 1473 del Código Civil. De esta manera lo afirma la citada sentencia del Tribunal Supremo de 2007: «*se logra la concordancia del artículo 1473 del Código Civil tanto con los artículos 606 y 608 del propio Código como con la Ley Hipotecaria, con su artículo 34, si la finca estaba inscrita a nombre del doble vendedor y el primer comprador no ha inscrito su adquisición*». Así, señala que «*ello no significa, sin embargo, que la segunda venta quedara excluida del ámbito del artículo 1473 del Código Civil… sino pura y simplemente, que al tratarse de una finca previamente inscrita en el Registro de la Propiedad, el problema debe resolverse conjugando dicho precepto con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria*».

B) Jurisprudencia

La STS de 3 de noviembre de 2008[65], expone los siguientes hechos: se procede a la venta de un solar el 7 de octubre de 1968 mediante escritura pública. Sin embargo, debido a un juicio ejecutivo seguido contra la parte

vendedora, se adjudica el solar a otra empresa, quien inscribe el título en el Registro de la Propiedad.

El primer comprador interpone recurso de casación por entender que la sentencia recurrida se opone a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la interpretación del artículo 1473 del Código Civil, ya que, según la recurrente, estamos ante una venta de cosa ajena y no ante un supuesto de doble venta, además de que la adjudicataria de la subasta carece de buena fe para ser tercero hipotecario. Pues bien, el Tribunal Supremo entiende que la recurrente parte de la base errónea «*de que la adjudicación a la codemandada Galerías Rosas, en el procedimiento ejecutivo carecía de objeto, era inexistente*» en cuanto considera que está ante una venta de cosa ajena. Tal y como señala la sentencia, «*el problema se centra en que Cosecheros de Lanzarote, no obstante haber vendido la finca, a Cooperativa La Madera, seguía figurando en el Registro de la Propiedad como propietario con plenas facultades dispositivas porque la compradora no inscribió, hasta el punto de que un acreedor de la vendedora ejecutó dicha finca, que finalmente se adjudicó Galerías Rosas. Frente a esta sociedad no puede prosperar una compraventa en escritura pública no inscrita, por impedirlo el artículo 34 LH existiendo buena fe, que la sentencia recurrida da por probado que tenía al adquirir*». Por lo tanto, y, a modo resumen, el Tribunal Supremo aplica correctamente el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al ser un supuesto en el que la segunda venta está inscrita en el Registro.

Lo mismo ocurre en la STS de 18 de diciembre de 2008[66], donde el Tribunal resuelve la cuestión a través de la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Pues bien, en el presente caso se realiza una venta de tres fincas a una empresa a través de escritura pública el 25 de febrero de 1991, pero no es hasta noviembre cuando la empresa vendedora inscribe en el Registro a su nombre. En 1994 la Agencia Tributaria procede al embargo de las tres fincas mediante inscripción del embargo en febrero de 1995 y en marzo de 1996. Resultan adjudicatarias del embargo tres personas que realizan la inscripción en el Registro un año más tarde. A su vez, la primera empresa compradora (1991), en agosto de 1996, realiza una venta sobre las tres fincas a favor de otra y, esta última, presenta en septiembre de 1996 su escritura de compraventa para inscribir, pero, finalmente, en marzo de 1997 se procede a la cancelación de las dos inscripciones.

La primera empresa compradora (1991) recurre la sentencia basándose en dos motivos: no se ha aplicado la doctrina referente a la doble venta y, además, se ha aplicado indebidamente el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Tal y como señala la parte recurrente, la segunda de las ventas efectuada mediante embargo es una venta de cosa ajena, inexistente por falta de objeto y, por ello, la fe pública registral no puede desempeñar función sanatoria del acto que se inscribe por cuanto es inexistente por falta de objeto.

Finalmente, el Tribunal Supremo desestima los dos motivos basando su argumentación en la STS de 5 de marzo de 2007. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria «*ampara las adquisiciones* a non domino *precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca*». El Tribunal concluye que «*dichos adjudicatarios tienen la condición de terceros protegidos por el artículo 34 LH, puesto que el embargo efectuado por la Administración tributaria y el procedimiento posterior se efectuó teniendo en cuenta que la deuda figuraba en el Registro como titular de la finca, por lo que se debe aplicar la doctrina jurisprudencial reproducida*».

En el mismo sentido, la Resolución del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2015 también se basa en la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria[67]. Los hechos parten de la venta de un apartamento en documento privado firmado el 19 de agosto de 1987. El vendedor había adquirido el inmueble a través de documento privado el 9 de octubre de 1986 de un matrimonio, quienes aparecían como titulares en el Registro. Mediante auto de fecha 2 de noviembre de 2004 el inmueble es adjudicado a una empresa por embargo que constaba en el Registro a nombre del matrimonio. No obstante, el primer comprador alegaba haber detentado la posesión del apartamento desde 1987. El Tribunal Supremo entiende que la propiedad pertenece a la empresa adjudicataria del embargo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y, que esta «*no actuó de mala fe pues la falta de diligencia en la comprobación de la situación de hecho de la finca o de sus posibles ocupantes no puede equipararse a conocimiento de la situación fáctica y jurídica de la actora, pues dicha demandada actuó confiando en la titularidad que proclamaba el Registro de la Propiedad».* Tal y como se mencionaba anteriormente, la buena fe aglutina la ignorancia de que se haya producido otra venta y, a su vez, la creencia de que se está adquiriendo del propietario, lo que ocurre en el presente caso.

Asimismo, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2019[68] expone los siguientes hechos controvertidos: se vende a través de documento privado una parcela que formaba parte de una finca a una mercantil el 2 de agosto de 2002. La mercantil compradora adquiere la posesión de la misma y el 23 de abril de 2004 se eleva a escritura pública el documento de compraventa. Al mismo tiempo, el administrador de la empresa vendedora vende tres fincas —una de ellas se corresponde con parte de la parcela previamente vendida— a otra empresa mediante documento privado el 6 de noviembre de 2003, que es elevado a público el 25 de noviembre y posteriormente inscrito en el Registro. En julio de 2004 la primera empresa compradora acude al Registro para inscribir la venta, pero se niega su inscripción porque consta una inscripción a nombre del segundo comprador.

El Tribunal Supremo entiende, tomando como base el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que la propiedad pertenece al segundo comprador porque «*si el dominio estaba inscrito a favor del vendedor, aunque realmente lo hubiera transmitido a otro comprador, prevalece el comprador que inscribe si reúne en ese momento la buena fe requerida por el artículo 34 LH*». Buena fe del segundo comprador que se entiende que posee en el momento de la inscripción. No solo eso, también de la aplicación del artículo 1473 del Código Civil admite «*una identidad en el objeto ("si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores…"). Esa identidad también se da cuando, como sucedió en el caso de la Sentencia 928/2007, de 7 de septiembre, el objeto de las dos ventas no es totalmente coincidente porque con ocasión de la primera se segregó de la finca matriz una porción que fue la que se vendió, mientras que en la segunda compraventa se vendió la totalidad de la finca. Esto es lo que sucede en el presente caso*».

Igualmente, en el concreto caso de que el primer vendedor realizara un contrato de compraventa privado con un primer comprador y este adquiriera la posesión real a través de la transferencia de la posesión y, al mismo tiempo, el vendedor vendiera el mismo objeto a un segundo comprador, quien inscribe en el Registro, podríamos concluir que de acuerdo a la teoría del título y el modo el primer comprador sería el propietario, sin embargo, el artículo 1473 del Código Civil determinaría que el adquirente de la propiedad sería el segundo comprador por haber inscrito primero.

En todos los casos expuestos, cuando se produce la inscripción en el Registro de la Propiedad del segundo comprador y concurre su buena fe, el Tribunal Supremo opta por aplicar el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, si hablamos de segundas ventas que son inscritas en el Registro, pero en las que concurre mala fe de algún comprador, entonces, el Tribunal Supremo se inclina por aludir al artículo 1473 del Código Civil para recalcar la falta de buena fe del sujeto.

Una de las sentencias que opta por ello es la de 13 de noviembre de 2007[69], en ella los hechos controvertidos que dan lugar a la sentencia son los siguientes: Un matrimonio vende una parcela a un particular el 23 de septiembre de 1992 a través de contrato privado cuya transmisión se produce al tiempo de la firma del contrato. Sin embargo, el 18 de noviembre de 1993 el matrimonio realiza otra venta sobre la misma parcela a favor de otro comprador en escritura pública, después inscrita en el Registro de la Propiedad.

El segundo comprador interpone recurso de casación y el tercer motivo de su recurso se basa en la errónea aplicación de los artículos 609 y 1473 del Código Civil, y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, principalmente, para que se aprecie la buena fe del recurrente. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que, «*tratando que esta Sala aprecie la buena fe del*

recurrente, que no se le reconoció en las instancias, al considerarse que tuvo conocimiento anterior de perfeccionamiento de la venta previa, y, además, la mala fe del demandante, todo ello desde una parcial e interesada valoración de los hechos probados… [merece la] desestimación también de este motivo, por cuanto el éxito de lo pretendido conllevaría la conversión de la casación en una tercera instancia, lo que es inadmisible».

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2009[70] existen dos ventas de un mismo objeto: en fecha 2 de junio de 2000 la vendedora realiza un contrato privado de compraventa con una mercantil sobre dos fincas, pero esta nunca llega a tomar posesión de las mismas. Posteriormente, el 22 de octubre de 2001 la vendedora otorga escritura pública de compraventa a favor de otra mercantil y esta presenta un acta de requerimiento al primer comprador para que se dé por notificada la posterior compraventa e insta a la resolución del contrato privado de compraventa. Finalmente, el 7 de diciembre de 2001 se practica la inscripción registral de las fincas enajenadas a favor de la segunda compradora.

El segundo comprador interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo resuelve de la siguiente manera: «*en el presente caso, la sociedad adquirente conocía la anterior venta a otra sociedad y esto significa que tenía mala fe en su adquisición e inscripción en el Registro de la Propiedad a sabiendas de la anterior venta a otra sociedad*». Y, prosigue: *«se hace especial hincapié en que en el primer contrato el comprador no llegó a adquirir la propiedad porque no se produjo la tradición real o ficticia. Lo cual es cierto, pero precisamente por ello se da el caso de la doble venta que contempla el citado artículo 1473; si se hubiera producido la tradición, la segunda venta a Muebles Barreto, hubiera sido una venta de cosa ajena, en la que hubiera faltado el presupuesto de la buena fe en esta sociedad, básico para la aplicación del artículo 34 LH*». De lo que concluye 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*».

El Tribunal Supremo en otro pronunciamiento, de 11 de febrero de 2011[71], ante el supuesto de un vendedor que realiza una primera compraventa de varias fincas en documento privado el 24 de enero de 2001 y, después, realiza una segunda compraventa sobre el mismo objeto en escritura pública que es inscrita el 30 de enero de 2002, y en relación a la infracción del artículo 1473 del Código Civil que alega la parte recurrente, entiende que ninguno de los contratantes toma posesión sobre la cosa objeto de la compraventa y en este sentido se pronuncia: «*Es discutible que el artículo 1473 incluya esta entrega de la posesión, ficta, como tal posesión, pero lo*

que no es discutible es que tal tradición instrumental sea considerada como tal posesión, cuando de la escritura o de los propios hechos probados se desprenda que no hubo transmisión posesoria y este es el caso de autos». Y, concluye determinando que «*nada de ello es trascendente porque se ha declarado la falta de buena fe de tal adquirente y, por ello, no se le puede reconocer preferencia en la doble venta*».

Solución diferente alcanza la STS de 27 de junio de 2012[72]: una empresa realiza un contrato de compraventa de una vivienda en documento privado con un primer comprador el 29 de septiembre de 2000, obligándose a que en el plazo de 24 meses se realice el pago y entrega y se eleve el documento a escritura pública. En el año 2002 la empresa requiere a los compradores para acudir a la Notaría y elevar a escritura pública, pero los compradores no acuden. Es entonces cuando la empresa busca un nuevo comprador con el que realiza una escritura pública y se procede a su inscripción en el año 2003.

El Tribunal Supremo con la aplicación del artículo 1473 del Código Civil determina que «*frente al mero criterio temporal de adquisición de la propiedad deba prevalecer el de la inscripción registral siempre que por parte del titular inscrito haya mediado buena fe en la adquisición y también en el momento de la inscripción*». Es decir, que por parte del segundo comprador no concurrió buena fe, ya que conocía la situación creada por la no comparecencia del primer comprador.

El Tribunal Supremo concluye que el primer comprador es propietario de la vivienda, porque si bien la compraventa se realiza en documento privado, la *traditio* se entiende cumplida, puesto que «*el comprador actúa sobre la cosa como verdadero dueño, con el consentimiento del vendedor, y como efectivo poseedor, modificándola para establecer determinadas mejoras cuyo importe asume directamente*».

Una vez analizados los anteriores supuestos referidos a bienes inmuebles, podríamos afirmar que las soluciones que se obtienen bien por aplicación de la teoría del título y el modo, bien por aplicación del artículo 1473 del Código Civil no varían, salvo en dos ocasiones: cuando concurre mala fe del segundo comprador y, cuando el adquirente preferido que actúa de buena fe lo es sobre otro comprador que previamente ha recibido la tradición. Estos dos supuestos son los que aparecen en las sentencias analizadas. En todas ellas se habla de segundas compraventas que son inscritas en el Registro—por lo que el segundo comprador es preferido independiente de haberse producido la tradición en la primera venta—, y, en algunas de las sentencias, además, concurre mala fe en el segundo comprador. Por eso, cuando se habla de compraventas realizadas de buena fe, pero en supuestos en los que la segunda venta ha sido inscrita, el Tribunal aplica el artículo 34 de la Ley Hipotecaria; sin embargo, si concurre mala fe por parte de algún comprador acude al cobijo del artículo 1473 del Código Civil para recalcar

la falta de buena fe necesaria del sujeto pues, recordemos, que la buena fe es uno de los requisitos que deben concurrir en la doble venta.

Lo que verdaderamente diferencia la doble venta de la teoría del título y el modo es precisamente el ámbito de aplicación que no es coincidente entre ambos supuestos, a saber, cuando concurre mala fe por parte de alguno de los compradores o cuando el adquirente preferido de buena fe lo es sobre otro comprador que previamente ha recibido la tradición. Sin embargo, si el segundo comprador de buena fe inscribe en el Registro (cuestión que ocurre en la totalidad de la jurisprudencia estudiada), bastaría con acudir al artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

A mayor abundamiento, de la jurisprudencia expuesta se puede deducir que todos aquellos supuestos que han sido resueltos en base a la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria han omitido la mención al artículo 1473, salvo la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2019: en ese caso, es remarcable que el Tribunal Supremo hace alusión al artículo 1473 para indicar que en la doble venta se tiene que producir la identidad del objeto. Por lo que lo adecuado será aplicar de manera conjunta el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y el artículo 1473 del Código Civil. Así, el fenómeno fáctico sería rápidamente identificado (la doble venta con sus características y requisitos propios que no contiene el artículo 34 de la Ley Hipotecaria), sin dejar lugar a dudas, independientemente que de la aplicación de los referidos preceptos se obtenga una misma solución. En otras palabras, aunque en ocasiones, el resultado que se obtiene de aplicar ambos preceptos es coincidente, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no regula la doble venta ni sus singularidades, por eso hace necesario aplicar conjuntamente los artículos 34 y 1473.

4. Doble venta de bienes muebles: casuística

En el supuesto de ventas sobre bienes muebles, a falta de jurisprudencia en el periodo estudiado, se analizan varios supuestos para observar si difiere la aplicación del artículo 464 del Código Civil y la del artículo correspondiente a la doble venta, a saber, el artículo 1473 del Código Civil.

Así, imagínese que el vendedor vende su coche a un primer comprador mediante documento privado y, después, vende ese mismo coche a un segundo comprador quien adquiere la posesión real. En ese caso, podríamos afirmar que es el segundo comprador quien adquiriría la propiedad del coche de acuerdo a ambos preceptos por ser él quien adquiere primero la posesión del coche de buena fe.

En otro supuesto, si se vendiera un cuadro de Picasso a un comprador y este adquiriera su posesión real, y, después, se vendiera el mismo cuadro

a otro comprador mediante documento público, indudablemente, el primer comprador sería el propietario del cuadro por adquirir primero la posesión de buena fe.

Sin embargo, si se llevará a cabo la venta de una bicicleta a un comprador mediante documento público e, igualmente, se vendiera la misma bicicleta a otro segundo comprador, quien adquiriría su posesión real, el adquirente preferido sería el segundo comprador de acuerdo con el artículo 1473 del Código Civil, pero de acuerdo a la teoría del título y el modo, el primer comprador adquiriría la propiedad mediante tradición. Este es el supuesto en el que la aplicación de ambos sistemas difiere: cuando el primer comprador recibe la tradición y el segundo comprador recibe la posesión real del bien.

Por tanto, la solución que se obtiene de la aplicación conjunta de los artículos 464 y 1473 del Código Civil varía en un solo caso: cuando el primer comprador recibe la tradición, pero es el segundo comprador quien es preferido por actuar de buena fe y recibir la posesión.

Por último, el caso concreto en el que se realizan dos ventas dentro de otro contrato: el mandato o el depósito. Por ejemplo, se vende un coche, pero antes de ser entregado el vendedor deposita su vehículo en las instalaciones de un empresario. Este último como depositario, vende el vehículo, a su vez, a otro comprador. Estaríamos ante una venta de cosa ajena, pues el depositario, en principio, no tiene poder de disposición sobre el bien. Otro ejemplo: una persona manda a otra que entregue unos zapatos a una tercera persona (en virtud de la venta que han llevado a cabo); pero antes de que pueda entregárselos el mandatario vende los zapatos del mandante a otra persona. Podría parecer que estamos ante dos supuestos de doble venta, porque se trata de dos ventas sobre un mismo objeto; sin embargo, no es un único vendedor quien lleva a cabo las ventas, existen dos vendedores (uno que es el propietario y, otro, que nunca ha sido propietario). En estos casos, hablaríamos de ventas de cosas ajenas que no encuentran solución con la aplicación de la figura de la doble venta de acuerdo con lo expuesto con anterioridad.

IV. ESPECIALIDAD DEL ARTÍCULO 1473 DEL CÓDIGO CIVIL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL

Podemos afirmar que la doble venta puede versar sobre una venta de cosa ajena —cuestión que ha sido zanjada mediante sentencia del Tribunal Supremo en 2007, mantenida en las sentencias posteriores, y con excepción de las citadas Sentencias de 13 de noviembre de 2009 y 13 de mayo de

2013—, y, «*allí donde resulte preferido el comprador adquirente* a non domino *se observará que su protección se logra integrando en el contenido del artículo 1473 del Código Civil las reglas que disciplinan dichas adquisiciones (art. 464 CC para bienes muebles, art. 34 LH para inmuebles) y, probablemente, a la misma conclusión se arribaría aunque hubiéramos prescindido del artículo 1473 del Código Civil y nos hubiéramos atenido exclusivamente a las normas de adquisición originaria e inmediata a non domino*»[73]. Vemos cómo, en ocasiones, se vacía de contenido el artículo 1473 al afirmar que el mismo no resuelve un conflicto que el artículo 609 del Código Civil no pueda resolver[74] y, por ello, en la doble venta inmobiliaria la aplicación del artículo 1473 del Código Civil adquiere su sentido cuando el adquirente preferido (el segundo comprador) que actúa de buena fe lo es sobre otro que previamente recibe la tradición[75]. Ya no es infrecuente que aparezca ante los ojos de los terceros como propietario quien haya dejado de serlo porque se haya consumado una de las ventas, pero conserva aún la posesión material o la titularidad registral; en estos casos, fuera del esquema del título y el modo[76]. Lo mismo ocurre si se habla de venta de cosas muebles, el artículo 1473 del Código Civil alcanza su sentido cuando el primer comprador recibe la tradición pero el segundo comprador es preferido por actuar de buena fe y obtener la posesión del mismo.

La norma dedicada a la doble venta «*decide en unos casos quién de los potenciales adquirentes, consumará su adquisición, coincidiendo, en ocasiones con el sistema del artículo 609 (tal sucederá cuando el primer comprador no ha recibido la tradición en ninguna de las formas, y el segundo comprador que ha inscrito sí ha recibido la tradición de un dominus, en virtud del valor traditorio de la escritura pública) o quién será preferido (entre el que adquirió* a domino *pero no hizo pública su adquisición y el que de buena fe compró el mismo bien a un* ex dominus *pero hizo patente su adquisición) y, por tanto, de espaldas al artículo 609, pero no derogándolo o añadiendo un nuevo paso al iter adquisitivo, ya que cuando el primer comprador ha recibido la tradición, ya sea real o fingida, adquirió la propiedad y en ese caso el artículo 1473 genera una adquisición* a non domino *para el segundo, pero ello no significa que el 609 no haya entrado en juego sino que precisamente porque ha intervenido hay que recurrir al artículo 34 LH o al 464 del Código Civil que derogan la máxima* nemo dat quod non habet»[77]. Así, el artículo 1473 del Código Civil decide al comprador preferido para ser propietario en dos situaciones: primera, se trataría de una adquisición *a domino*, cuando en el primer comprador no se produce la tradición y sí en el segundo comprador de buena fe, quién consolida su adquisición (puesto que la adquisición se consuma con la teoría del título y el modo); y segunda, se trataría de una adquisición *a non domino*, cuando se produce la tradición a favor del primer comprador, pero es el segundo comprador quien será considerado propie-

tario por publicitar su adquisición. En ambas situaciones se evidencian los dos elementos clave de la doble venta del artículo 1473 del Código Civil: la buena fe y, la publicidad o la apariencia a través de la inscripción en el Registro o de la posesión. El artículo 1473 del Código Civil no favorece con una protección especial a quien es primero en la tradición (pues eso ya lo establece el art. 609 CC), sino a quien, con independencia de haber adquirido o no conforme al sistema general, hace pública su adquisición. El legislador no ha estimado suficiente las normas generales del sistema de transmisión y ha introducido un criterio adicional: el de la publicidad. Por ello, cuando el resultado que se consigue de la aplicación del artículo 1473 del Código Civil no es coincidente con el que resultaría de aplicar el régimen general del artículo 609 del Código Civil, significa que lo que se deroga en determinadas ocasiones es la regla *nemo dat quod non habet*, en aras a la protección de la apariencia jurídica amparada en la buena fe del *accipiens*[78]. Y, precisamente, el supuesto no coincidente con la teoría del título y el modo es aquel donde el primer comprador adquiere la tradición de la cosa, pero es el segundo preferido por la apariencia o publicidad creada y, por lo tanto, será un adquirente *a non domino*.

Es necesario, por tanto, acudir al principio de protección del adquirente de buena fe para entender el artículo 1473, «*la verdadera explicación de la norma está en la protección a tercero de buena fe. Resultaría sistemáticamente más adecuado el resolver todos los conflictos producidos por la doble venta de una misma cosa en favor de aquel comprador que la obtuvo en la creencia de quien se la daba era dueño de ello y tenía su libre disposición; y, ello supuesto, fue más diligente que los demás compradores destruyendo esa apariencia en el transmitente y creándola a su favor*»[79]. Por ello, tal y como se mencionaba anteriormente, el criterio de preferencia por el que opta el artículo 1473 para ser preferido en la adquisición es la apariencia o publicidad lo que aporta, a su vez, seguridad en el tráfico jurídico. Se puede decir que la verdadera especialidad del artículo referido a la doble venta consiste en la excepción que introduce y que impide la atribución del dominio al segundo comprador que sea primero en la tradición: es necesaria su buena fe[80]. De la misma manera, respecto de las adquisiciones *a non domino* podría decirse que el artículo 1473 introduce otra excepción: posibilita la atribución del dominio al segundo comprador que no sea primero en la tradición, para ello será necesaria su buena fe. Tal y como señala GONZÁLEZ PACANOWSKA, la doble venta converge con la teoría del título y el modo, excepcionado o matizado[81], ya que se trata de una norma compleja, que debe ser incardinada en el sistema de transmisión derivativa de los derechos reales contemplado en el artículo 609.2 del Código Civil y con el bloque normativo contenido en la Ley Hipotecaria[82]. En ocasiones, ambos convergen, pero no siempre es así, por eso la necesidad del precepto 1473 del Código Civil que

añade dos importantísimos requisitos que difieren de la teoría del título y el modo: la publicidad y la buena fe del adquirente.

A la doble venta se refiere la *Propuesta de Código Civil* elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil en el Capítulo III titulado «de la doble transmisión». El artículo 413-1 regula la transmisión de la misma cosa a diferentes adquirentes y de manera muy semejante a la analizada: «*1. Si una misma cosa mueble se transmite onerosamente por la misma persona a diferentes adquirentes la propiedad pertenece a quien primero ha tomado posesión de aquella con buena fe. 2. Si es inmueble la propiedad pertenece a quien antes la haya inscrito en el Registro de la Propiedad, con buena fe. En su defecto la propiedad pertenece a quien de buena fe sea primero en la posesión, y faltando esta a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe. 3. Si el conflicto se plantea entre una transmisión a título oneroso y otra a título gratuito la propiedad pertenece a quien haya adquirido onerosamente con buena fe*».

La novedad que aportaría esta propuesta radica en incluir una referencia a las transmisiones onerosas y gratuitas. En el caso de bienes muebles, las ventas tendrían que llevarse a cabo de manera onerosa para poder aplicar el referido artículo; y en el supuesto de bienes inmuebles, se entiende que la transmisión se puede producir de manera gratuita u onerosa. La propuesta introduce un nuevo requisito que se añade al referido a la buena fe: la onerosidad. Necesaria esta en la adquisición de los bienes muebles y la onerosidad o gratuidad necesaria en la adquisición de los bienes inmuebles, pero con preferencia por quien adquiere de manera onerosa frente al que lo hace de manera gratuita. Así, en el caso de compraventas realizadas sobre bienes muebles, el adquirente preferido lo será por haber adquirido onerosamente, lo que implica que las adquisiciones gratuitas no serán resueltas de acuerdo al artículo dedicado a la doble venta, sino de acuerdo a si se ha producido la tradición o no. Sin embargo, en las transmisiones de bienes inmuebles, en el supuesto en que una se lleve a cabo de manera onerosa y, la otra de manera gratuita, el adquirente preferido será quien haya adquirido onerosamente.

V. CONCLUSIONES

I. Ante la doble venta se contempla un doble bloque de disposiciones normativas: por un lado, los artículos 1473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria y, por otro lado, los artículos 609 y 464 del Código Civil. En el primer bloque se regula la doble venta y tercero que de buena fe adquiere e inscribe el bien inmueble; y, en el segundo bloque se regula la teoría del título y el modo y la posesión de bienes muebles, respectivamente. Bloque de

artículos que se complementan a la perfección, pues constituyen situaciones diferentes el adquirir la propiedad de acuerdo a los artículos relativos a la teoría del título y el modo, y ser preferido y mantenido en la adquisición de acuerdo a los artículos 1473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria.

II. La auténtica razón de ser del precepto dedicado a la doble venta, el supuesto concreto que excepciona la teoría del título y el modo, y que varía la solución que se obtendría de la aplicación del sistema de transmisión es el siguiente: cuando el segundo comprador que actúa de buena fe es preferido en su adquisición, aunque previamente otro comprador haya recibido la tradición.

III. En suma, podría decirse que la regulación de la doble venta contenida en el artículo 1473 del Código Civil no constituye una aplicación de la teoría del título y el modo[83], precisamente por los dos importantes elementos que diferencian a ambas: la posesión y la buena fe requerida en la doble venta. Son figuras diferentes: una cosa es adquirir la propiedad de acuerdo al sistema traslativo y, otra, ser preferido en la adquisición al concurrir los requisitos que establece el artículo 1473 del Código Civil. Cuestión diferente conforma el hecho de que se hayan entendido insuficientes las reglas de adquisición del dominio para solventar los problemas derivados de la doble venta y, por ello, se haya decidido crear un precepto especial y detallado sobre la cuestión, delimitado por su propia razón de ser. En la aplicación del artículo 1473 del Código Civil entra en juego la teoría del título y el modo, son figuras que se encuentran conectadas, precisamente, porque se tiene que producir la tradición a favor de alguno de los compradores. Por ello, al hacer referencia al artículo 1473 del Código Civil es inevitable mencionar la teoría del título y el modo, sin que en ningún caso ello signifique que el precepto dedicado a la doble venta constituya o forme una extensión de la teoría del título y el modo. Podría decirse y, permítaseme la licencia, que ambas figuras son ríos que en algunos lugares confluyen, sí, pero ello no obsta para que sean considerados ríos diferenciados entre sí con su propio ecosistema.

VI. RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 5 de marzo de 2007
- STS de 7 de septiembre de 2007
- STS de 13 de noviembre de 2007
- STS de 3 de noviembre de 2008
- STS de 18 de noviembre de 2008
- STS de 18 de diciembre de 2008
- STS de 13 de noviembre de 2009

- STS de 30 de mayo de 2010
- STS de 11 de febrero de 2011
- STS de 27 de junio de 2012
- STS de 13 de mayo de 2013
- STS de 28 de mayo de 2019

VII. BIBLIOGRAFÍA

AAVV. (2020). *Curso de Derecho Civil (III) Derechos Reales* (De Pablo Contreras, P. Coord.). Madrid: Colex, 5.º ed.

ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. (1986). *Derecho inmobiliario registral.* Madrid: Civitas.

ARCOS VIEIRA, M.L. (2013). ¿Importa la diferencia entre compraventa de cosa ajena y doble venta? En AAVV. *Tratado de la compraventa, Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz,* Tomo I (Carrasco Perera, A. Dir.). Cizur Menor: Aranzadi.

BOTANA GARCÍA, G.A. (2004). Doble venta. *Actualidad Civil,* núm. 7.

CUENA CASAS, M. (1996). *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales.* Barcelona: José María Bosch Editor.

(2008). Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007. Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del artículo 1473 del Código Civil. *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Vol. I.

FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (2018). La doble venta. *Anuario de Derecho civil,* tomo LXXI.

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, M.ª C. (1994). *Compraventa de cosa ajena.* Barcelona: José María Bosch Editor.

GARCÍA GARCÍA, J.M. (1993), *Derecho inmobiliario registral o hipotecario, tomo II. El concepto de tercero. Inoponibilidad. Fe pública. Prioridad*. Madrid: Civitas.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). Artículo 1473. En AAVV. *Comentarios al Código Civil VII* (Bercovitz Rodriguez-Cano, R. Coord.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2021). Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 784.

HERBOSA MARTÍNEZ, I. (2013). *El contrato de compraventa civil.* Madrid: Editorial Civitas.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F.A. (1991). *Derecho inmobiliario registral.* Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 2.º edición.

LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (2011). *III bis Derecho inmobiliario registral.* Madrid: Dykinson, 2.º edición.

MARÍN PÉREZ, P. (1984). *Derecho civil, Volumen III, Derechos reales y Derecho registral.* Madrid: Tecnos.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. En AAVV. *Comentarios a las sentencias de unifi-*

cación de doctrina (Civil y Mercantil), (Yzquierdo Tolsada, M., Dir.). Madrid: Dykinson.

MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (2012). La doble venta inmobiliaria y la buena fe necesaria para ser preferido en la adquisición. La mala fe como elemento constitutivo de una posible simulación absoluta. *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 28.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1985). *Compendio de Derecho civil, Tomo III, Derechos reales e hipotecario.* Madrid: Editorial Revista de Derecho privado.

PEÑA LÓPEZ, F. (2013). Artículo 1473. En AAVV. *Comentarios al Código Civil* (Bercovitz Rodriguez-Cano, R. Coord.). Pamplona: Aranzadi, 4.º edición.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. DEL P. (2006). La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho privado europeo. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid,* núm. 14.

RUBIO GARRIDO, T. (1994). *La doble venta y la doble disposición*. Barcelona: José María Bosch Editor.

VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2020). Derecho registral de bienes. En AAVV. *Lecciones de Derecho privado, Tomo III, Derechos reales* (Rivera Fernández, M. y Espejo Lerdo de Tejada, M., Dirs.). Madrid: Tecnos.

— (2021). El tercer hipotecario. En *Tratado de Derecho inmobiliario registral, Tomo I* (Del Rey Barba, S. y Espejo Lerdo de Tejada, M., Dirs.).Valencia: Tirant Lo Blanch.

NOTAS

[1] CUENA CASAS, M. (1996). *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*. Barcelona: Jose María Bosch Editor.

[2] CUENAS CASAS, M. (2008). Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007. Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del art. 1473 del Código Civil. *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil,* Vol. I., 505 y sigs.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). Artículo 1473. En R. Bercovitz Rodriguez-Cano (coord.) *Comentarios al Código Civil VII*. Valencia: Tirant Lo Blanch, (10426 y sigs.); y RUBIO GARRIDO, T. (1994). *La doble venta y la doble disposición*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1994.

[3] ARCOS VIEIRA, M.L. (2013). ¿Importa la diferencia entre compraventa de cosa ajena y doble venta? En A. Carrasco Perera, (dir.), *Tratado de la compraventa, Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz,* Tomo I. Cizur Menor: Aranzadi (864 y sigs.).

[4] CUENAS CASAS, M. (2008). Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007… *ob. cit*., 510.

[5] «(…) el modo es el elemento fundamental en el proceso adquisitivo y el título constituye tan solo un requisito de la tradición como modo de adquirir; es pues un requisito que acompaña al poder de disposición (…) De esta manera, la ausencia del poder de disposición será un problema del modo, que hace ineficaz la tradición como modo de adquirir, permitiendo la supervivencia del título», CUENA CASAS, M. (1996). *Función del poder de disposición… ob. cit*.

[6] GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). *ob. cit*., (10431).

[7] RUBIO GARRIDO, T. (1994). *ob. cit*.

[8] Como habrá oportunidad de desarrollar posteriormente, el artículo 1473 del Código Civil adquiere su verdadera razón de ser cuando el adquirente preferido (el segundo

comprador) que actúa de buena fe lo es sobre otro comprador que previamente ha recibido la tradición.

[9] ARCOS VIEIRA, M.L. (2013). *ob. cit*., (864 y sigs.).

[10] STS de 7 de septiembre de 2007.

[11] GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). *ob. cit*., (10416).

[12] CUENAS CASAS, M. (2008). Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007… *ob. cit*., 503.

[13] FD 5.º de la STS de 5 de marzo de 2007 y FD 2.º de la STS de 7 de septiembre de 2007.

[14] CUENAS CASAS, M. (2008). Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007… *ob. cit*., 496.

[15] STS de 13 de noviembre de 2009.

[16] STS de 13 de mayo de 2013.

[17] STS de 13 de mayo de 2013.

[18] Conocido como Proyecto de García Goyena.

[19] FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (2018). La doble venta. *Anuario de Derecho civil*, tomo LXXI, (709).

[20] PÉREZ ÁLVAREZ, M. del P. (2006). La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho privado europeo. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 14, 228.

[21] RUBIO GARRIDO, T. (1994). *ob. cit*.

[22] *Ibídem.*

[23] PEÑA LÓPEZ, F. (2013). Artículo 1473. En R. Bercovitz Rodriguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil.* Pamplona: Aranzadi, disponible en https://proview.thomsonreuters.com.

[24] Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE de 27 de febrero de 1946, núm. 58).

[25] MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (2012). La doble venta inmobiliaria y la buena fe necesaria para ser preferido en la adquisición. La mala fe como elemento constitutivo de una posible simulación absoluta. *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 28, 8.

[26] RUBIO GARRIDO, T. (1994). *ob. cit*.

[27] CUENAS CASAS, M. (2008). Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007… *ob. cit*., 510.

[28] RUBIO GARRIDO, T. (1994). *ob. cit*. y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). *ob. cit*., (10430 y sigs.). Si bien, RUBIO GARRIDO conceptúa la buena fe necesaria en las adquisiciones *a domino* con el hecho de que no se haya actuado de mala fe (RUBIO GARRIDO, T. [1994]. *ob. cit*.).

[29] GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). *ob. cit*., (10432). Cuestión esta con la que se muestra conforme también RUBIO GARRIDO, T. (1994). *ob. cit*.

[30] GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). *ob. cit*., (10431).

[31] *Ibídem.*

[32] CUENAS CASAS, M. (2008). Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007… *ob. cit*., 511.

[33] RUBIO GARRIDO, T. (1994). *ob. cit*.

[34] GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). *ob. cit*., (10433).

[35] *Ibídem.*

[36] En la jurisprudencia solo se encuentran supuestos en los que el segundo comprador es quien no actúa acorde a la buena fe requerida en el artículo 1473 del Código Civil.

[37] RUBIO GARRIDO, T. (1994). *ob. cit*.

[38] GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). *ob. cit*., (10433).

[39] CUENAS CASAS, M. (2008). Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007… *ob. cit*., 506.

[40] AAVV. (2008). En P. de Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil (III) Derechos Reales*. Madrid: Colex (370).

[41] CUENA CASAS, M. (1996). *Función del poder de disposición… ob. cit.*

[42] *Ibídem.*

[43] (…) *la importancia de la inscripción. Prácticamente, ya es distinto; una gran masa de la propiedad no resulta inscrita a pesar de los medios indirectos que creyeron conveniente emplear los autores de la Ley Hipotecaria para estimar e inscribir a los propietarios; la inscripción no es obligatoria. Si fuese, no lo dudamos, el Código estimaría como única firma de verdadera tradición respecto de bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos, la inscripción en el Registro de la Propiedad. No siendo obligatoria, el Código en un caso de duda (art. 1473), da la preferencia al título inscrito si lo hay; no habiéndolo, recurre a otros medios o a otros signos de preferencia. De aquí el dualismo en la legislación respecto a bienes inmuebles.* MARÍN PÉREZ, P. (1984). *Derecho civil, Volumen III, Derechos reales y Derecho registral.* Madrid: Tecnos.

[44] CUENA CASAS, M. (1996). *Función del poder de disposición… ob. cit.*

[45] MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (2012). *ob. cit*., 7.

[46] PEÑA LÓPEZ, F. (2013). Artículo 1473. En R. Bercovitz Rodriguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil.* Pamplona: Aranzadi, disponible en https://proview.thomsonreuters.com, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). *ob. cit*., (10438).

[47] HERBOSA MARTÍNEZ, I. (2013). *El contrato de compraventa civil.* Madrid: Editorial Civitas; PEÑA LÓPEZ, F. (2013). Artículo 1473. En R. Bercovitz Rodriguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil.* Pamplona: Aranzadi, disponible en https://proview.thomsonreuters.com; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). *ob. cit*., (10440).

[48] ARCOS VIEIRA, M.L. (2013). *ob. cit*., (868).

[49] CUENAS CASAS, M. (2008). Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007… *ob. cit.,* 509.

[50] *La publicidad es la garantía de los derechos inscritos, tal como están inscritos, al tercer adquirente de buena fe que inscribe. La publicidad es una presunción iuris et de iure de veracidad e integridad del registro para el tercero que confía en el mismo e inscribe su adquisición*. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. (1986). *Derecho inmobiliario registral.* Madrid: Civitas.

[51] LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F.A. (1991). *Derecho inmobiliario registral.* Barcelona: José María Bosch Editor, 1991.

[52] *Se garantiza simplemente que el título inscrito prevalece y se prefiere sobre el título no inscrito, pero no se garantiza la titularidad del transmitente*, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. (1986). *Derecho inmobiliario registral… ob. cit.*

[53] LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A, LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (2011). *III bis Derecho inmobiliario registral.* Madrid: Dykinson, 2.º edición.

[54] LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A, LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (2011). *III bis Derecho… ob. cit.*

Para comprender adecuadamente el requisito de la buena fe, es necesario partir de la diferencia entre buena fe-falta de fraude y buena fe-conocimiento, tal y como expone VIGIL DE QUIÑONES OTERO en el *Tratado de Derecho inmobiliario registral, Tomo I* (Del Rey Barba, S. y Espejo Lerdo De Tejada, M. Dirs.). Valencia: Tirant lo Blanch. El citado autor indica que la única fe exigible al tercero del artículo 32 de la Ley hipotecaria es que no cometa fraude, que no esté usando la inscripción con intención dolosa y, en ese sentido, tal y como se refiere GARCÍA GARCÍA en *Derecho inmobiliario registral o hipotecario, tomo II. El concepto de tercero. Inoponibilidad. Fe pública. Prioridad*. Madrid: Civitas, hay que distinguir además entre la buena fe en el erjercicio de los derechos (art. 7 CC) de la buena fe en la adquisición de los derechos.

[55] LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F.A. (1991). *Derecho inmobiliario registral… ob. cit.*

[56] VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2020). Derecho registral de bienes. En AAVV. *Lecciones de Derecho privado, Tomo III, Derechos reales* (Rivera Fernández, M. y Espejo Lerdo de Tejada, M., Dirs.). Madrid: Tecnos.

En este sentido, sería conveniente consultar a VIGIL DE QUIÑONES OTERO en el *Tratado de Derecho inmobiliario registral, Tomo I* (Del Rey Barba, S. y Espejo Lerdo de Tejada, M. Dirs.). Valencia: Tirant lo Blanch, cuando menciona que para la doctrina monista la inscripción es generalmente declarativa, y para la doctrina dualista la inscripción es cuasi-constitutiva. Se refiere a la evolución hacía la inscripción constitutiva dado el peso creciente que el dualismo va teniendo en la doctrina.

[57] VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2020). Derecho registral de bienes… *ob. cit.*

[58] VIGIL DE QUIÑONES OTERO señala que «*el artículo 32 resuelve un conflicto entre dos pretendidos titulares entre los cuales hay una conexión transversal en tanto que ambos se relacionan con un mismo primero(…) En cambio, el artículo 34 está para otra cosa: para proteger al subadquirente del segundo cuando la relación del segundo con el primero se resuelve, de modo que no perjudique al tercero la causa de resolución de la que no pudo tener conocimiento*», *Tratado de Derecho inmobiliario registral, Tomo I* (Del Rey Barba, S. y Espejo Lerdo de Tejada, M. Dirs.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Tal y como se mencionaba con anterioridad, el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de marzo de 2007 confirma la aplicabilidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria a la doble venta, por lo que se separaría de lo dicho por la teoría dualista de que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria es el que se refiere al tercero que inscribe cuando otro comprador no inscribe con anterioridad.

[59] LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F.A. (1991). *Derecho inmobiliario registral… ob. cit.*

[60] LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F.A. (1991). *Derecho inmobiliario registral… ob. cit.*

[61] LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A, LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (2011). *III bis Derecho… ob. cit.*

[62] O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1985). *Compendio de Derecho civil, Tomo III, Derechos reales e hipotecario.* Madrid: Editorial Revista de Derecho privado.

[63] MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (2017). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. En AAVV. *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, (Yzquierdo Tolsada, M., Dir.). Madrid: Dykinson.

[64] VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2020). Derecho registral de bienes… *ob. cit.*

[65] STS de 3 de noviembre de 2008.

[66] STS de 18 de diciembre de 2008.

[67] STS de 30 de mayo de 2013.

[68] STS de 28 de mayo de 2019.

[69] STS de 13 de noviembre de 2007.

[70] STS de 13 de noviembre de 2009.

[71] STS de 11 de febrero de 2011.

[72] STS de 27 de junio de 2012.

[73] GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). *ob. cit*., (10429-10430).

[74] ARCOS VIEIRA, M.L. (2013). *ob. cit*., (866).

[75] Salvo en el supuesto de que el segundo comprador inscribiera en el Registro. En ese caso, con acudir al artículo 34 LH bastaría, ya que el resultado obtenido sería el mismo de aplicar el artículo 1473 del Código Civil. Así lo ha refrendado el Tribunal Supremo, que en los casos en que el segundo comprador inscribe en el Registro, será de aplicación el artículo 34 LH, por ser esta una venta que previamente estaba inscrita.

[76] FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, M.ª C. (1994). *ob. cit*.

[77] CUENA CASAS, M. (1996). *Función del poder de disposición… ob. cit.*

[78] *Ibídem.*

[79] *Ibídem.*

[80] GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). *ob. cit*., (10423).

[81] *Ibidem.*

[82] CUENAS CASAS, M. (2008). Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007… *ob. cit*., 495.

[83] CUENA CASAS, M. (1996). *Función del poder de disposición… ob. cit.* y GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2021). *ob. cit*., 980.

(Trabajo recibido el 7 de febrero de 2022 y aceptado para su publicación el 4 de abril de 2022)

DERECHO COMPARADO

La Regla contra las Perpetuidades en el Derecho inglés

The rule against perpetuities in English law

por
MARÍA FERNÁNDEZ-ARROJO
Profesora adjunta de Derecho civil
Universitat Internacional de Catalunya

RESUMEN: Este artículo trae a consideración una institución jurídica del Derecho inglés que opera como límite temporal al poder de disposición ínsito en el derecho de propiedad, conocida como Regla contra las Perpetuidades. Se trata de una norma que nació con carácter jurisprudencial en el siglo XVII. Fue positivizada por primera vez en 1964. Esta primera ley fue reformada en 2009 por el *Perpetuities and Accummulations Act* de 2009, que contiene el régimen vigente. La Regla opera imponiendo la obligación al propietario de que los llamamientos sucesivos que pueda realizar a todo o parte de su patrimonio no se hagan efectivos más allá de un periodo de 125 años a contar de acuerdo con las especificaciones legales. Tras exponer las líneas fundamentales del régimen inglés se proponen una serie de conclusiones sobre el paralelismo que puede tener con las limitaciones a las prohibiciones de disponer del ordenamiento español.

ABSTRACT: This paper takes into consideration the rule against perpetuities, a legal institution of English law that acts as a temporary limit to the power of disposal of the property owner. This rule was born in England in the 17th century and was originally based on case-law. For the first time,

it was embodied in the 1964 Perpetuities and Accumulations Act. The 1964 Act was amended in 2009 by the Perpetuities and Accumulations Act, which includes the current regime. This rule introduced a 125-year perpetuity period for trusts; it means that all interests created on real or personal property under a trust must vest within such trust period or before such vesting day. This paper presents the fundamental outlines of the English regime and draws up a set of conclusions. These conclusions focus on the parallels between this English rule and the provisions of the Spanish legal system regarding the constraints on the power of disposal of the owner.

PALABRAS CLAVE: Perpetuidad. Vinculación. Amortización de la propiedad. Inalienabilidad. Prohibición de disponer. Propiedad.

KEY WORDS: Perpetuity. Bonding. Amortization of property. Inalienability. Prohibition to dispose. Ownership.

SUMARIO: I. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA CUESTIÓN.—II. UNA PRECISIÓN: EL SIGNIFICADO DE LA INALIENABILIDAD EN EL CONTEXTO DE LA REGLA CONTRA LAS PERPETUIDADES.—III. OBJETO DE LA REGLA CONTRA LAS PERPETUIDADES: 1. Los derechos futuros en el derecho inglés. 2. Los derechos futuros contingentes. 3. Los poderes de nombramiento.—IV. RÉGIMEN ACTUAL CONTRA LAS PERPETUIDADES: 1. Antecedentes. 2. Líneas maestras del régimen de la regla contra la perpetuidad en el *Perpetuities and Accumulations Act* 2009: *A) Ámbito de aplicación. B) Periodo de perpetuidad en la nueva ley. C) La regla de esperar y comprobar. D) Periodo especial de perpetuidad.*—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

«A property owner is thinking of making a will or creating a trust. How far into the future should the law allow him or her to reach when tying up that property? Can he or she control the devolution of that property indefinitely? For a lifetime? For a fixed period of years? How far should one generation be given freedom to dispose of property in ways that will restrict the freedom of the next? These fundamental questions […], are ancient ones, and different answers have been given to them at different times». (The Law Commission, 1998, *Item 7 of the Sixth Programme of Law Reform: The Law of Trusts. The Rules against Perpetuities and Excessive Accumulations*).

I. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA CUESTIÓN

El término «perpetuidad» se ha usado, en distintas épocas de la historia del Derecho inglés, para designar aquellos negocios jurídicos, *inter vivos* o *mortis causa*, concebidos por especialistas en la transmisión de bienes inmuebles, con el fin de permitir a los terratenientes restringir el poder de libre disposición sobre dichos bienes; estas vinculaciones de la propiedad imposibilitaban a sus sucesores en el título (generalmente sus hijos) para disponer de ella con tanta libertad como sus causantes[1] (SIMPSON, 1986, 208).

Los intentos de amortizar la propiedad han generado desde su origen un rechazo en la jurisprudencia inglesa, reprobación que terminó por cuajar en lo que se conoce como la Regla contra las Perpetuidades[2]. Esta institución del *common law* en su configuración actual, es el resultado de una evolución histórica que tuvo su origen en el caso del Duque de Norfolk[3]. A mediados del siglo XVII, el decimoquinto Conde de Arundel otorgó testamento por el que dispuso de un derecho de *term of years* de 200 años sobre las tierras adscritas a unas baronías; es decir, de un derecho de arrendamiento a título gratuito de un bien inmueble con una duración de dos siglos[4]. Este poder para usar y disfrutar de la tierra durante 200 años se legó, mediante la creación de un *trust*, a unos administradores fiduciarios —o *trustees*— para que lo tuviesen en beneficio del segundo hijo del Conde, Henry, y de sus sucesores. Sin embargo, este derecho se sometió a una condición que funcionaba con carácter resolutorio: si el primogénito del causante moría sin descendencia en vida de Henry, o si este sucedía a su padre por cualquier otra causa en el Condado de Arundel —título principal del causante—, una parte del derecho de arrendamiento debería ser tenida por los *trustees* en beneficio de Charles, tercer hijo del Conde. Cumplida la condición tras la muerte sin descendencia del mayorazgo, mentalmente discapacitado, Henry no quiso desprenderse de su derecho sobre las tierras, y fue demandado por su hermano Charles. El litigio se centró en el reconocimiento o no de la validez del derecho incierto o contingente de Charles.

La aproximación del caso del Duque de Norfolk, llamado así porque Henry ostentaba tal dignidad, al problema de la amortización de los bienes, constituyó una novedad en su época. Introdujo de una vez para siempre el tiempo como factor de medida de la perpetuidad, y de determinación de la validez o nulidad de las disposiciones por este motivo. Tras un juicio largo y complejo ante el Tribunal de Equidad, el magistrado, Lord Nottingham, declaró la validez de la disposición y, por tanto, del derecho de Charles. Según sus palabras, porque el derecho cedido en favor del tercer hijo debía adquirirse, si llegaba a cumplirse alguna vez el elemento condicionante, mientras el segundo, su hermano, viviese. De ellas se deduce que el medio para amortizar los bienes se basaba en aprovechar las situaciones válidas

de pendencia jurídica para alargar temporalmente el poder de disposición del propietario actual. Esas situaciones de pendencia jurídica se denominan, en Derecho inglés, derechos o intereses futuros contingentes. Se trata de derechos que podríamos calificar de situaciones jurídicas interinas o provisionales; derechos inciertos o en fase de formación, en el sentido de que, a pesar de haber sido creados mediante una disposición de autonomía de la voluntad, todavía no han sido definitivamente adquiridos por su titular (CASTÁN TOBEÑAS, 2007, 45). La Regla contra las Perpetuidades acota el periodo de incertidumbre, entendiendo por tal el que media entre el momento en que la disposición creadora del derecho es eficaz, y aquel en el que el derecho es adquirido definitivamente por su titular. Lord Nottingham cifró ese límite en el tiempo de la vida de una persona *in esse* —o viva— en el momento de la conclusión del negocio jurídico que crea el derecho contingente. Consideró válido el derecho de Charles porque el tiempo de pendencia de su derecho, en ningún caso duraría más que la vida de una persona que estaba viva en el momento en que el testamento se abrió, en concreto la de su hermano Henry.

La jurisprudencia posterior continuó perfilando las particularidades de este sistema, que se desarrolló originalmente en el ámbito de los *settlements*[5] familiares. Su objetivo era restringir el control por parte de una generación, del uso de la propiedad por parte de las generaciones futuras. Sin embargo, con el tiempo, su aplicación se extendió a otros tipos de derechos, en general derechos futuros en la propiedad y a disposiciones que los creaban a título gratuito u oneroso. Así, se aplicó a servidumbres futuras, derechos de opción de compra o derechos de adquisición preferente y a los llamados poderes de nombramiento[6]. Este régimen, de corte exclusivamente jurisprudencial, se conoce como Regla contra las Perpetuidades del *common law*.

Modernamente, la Regla contra las Perpetuidades ha sido objeto de dos intervenciones estatutarias. La primera reforma realizada por vía legislativa, en 1964, salió al paso de las críticas de una corriente doctrinal a la antigua regla del *common law* (LEACH, 1952), y está basada en un informe de 1956, el Fourth Report, del Law Reform Committee[7]. La regulación de la perpetuidad era vista por los autores (LEACH, 1952; SIMES, 1953 y 1955; MORRIS y WADE, 1964), así como por la Comisión que elaboró el informe, como especialmente compleja y rígida. Por esta razón la intervención estatutaria se dirigió a la flexibilización y simplificación del *common law*. El Acta se aprobó el 16 de julio de 1964 con el nombre de *Perpetuities and Accumulations Act* (en adelante PAA 1964)[8].

La ley actual, del 2009 (en adelante PAA 2009) está basada en las propuestas de reforma emitidas en 1993 en el Documento de Consulta núm. 133 de la *Law Commission*[9], y en un Informe del mismo órgano de 1998[10].

Su principal objetivo ha sido lograr lo que su predecesora no consiguió: la simplificación del régimen contra la perpetuidad mediante la abolición definitiva de la antigua regla del *common law*. Entró en vigor el 6 de abril de 2010.

En definitiva, hasta el día de hoy se han sucedido tres regímenes diferentes contra la perpetuidad, el del *common law*, de carácter jurisprudencial y consuetudinario; y dos de carácter positivo, el del PAA de 1964 y el de 2009.

A pesar de que la tendencia marcada por la evolución legal ha sido la de simplificar la regulación y adaptarla a las necesidades del comercio, a día de hoy todavía son aplicables los tres regímenes: el del PAA 2009, actualmente en vigor; y la regla del *common law* así como el estatuto del 1964 por virtud del régimen transitorio previsto por aquel[11].

En cualquier caso, la forma de atajar el problema que representa la amortización de la propiedad en las tres normativas hunde sus raíces en la misma idea. Siempre consiste en limitar el periodo de tiempo en el que deben investirse los derechos reales[12] futuros en el sentido usado *ante*. Ese periodo se ha definido tradicionalmente por el tiempo de duración de la vida o vidas de personas que viven en el momento de la conclusión del negocio que crea el derecho más un término de 21 años. Las personas cuyas vidas dan la medida del periodo pueden especificarse expresamente por el disponente o no. En el segundo caso habrá que buscar a esas personas entre aquellas cuya vida esté de alguna forma conectada con la fecha de la consolidación (o investidura) de los derechos futuros. Junto a esta forma de medir el periodo de perpetuidad, los dos Estatutos mencionados han regulado la posibilidad de que el disponente elija un plazo de tiempo no superior al término legalmente establecido. Y el de 2009 ha sustituido definitivamente el periodo del *common law* por un término específico.

En este artículo se expone el régimen vigente, contenido en el Acta de 2009, con el fin de ver posibles paralelismos con instituciones de nuestro ordenamiento. En primer lugar, se harán algunas precisiones sobre el significado de la inalienabilidad que trata de contrarrestar la Regla contra las Perpetuidades en el Derecho inglés. De esa manera se puede comprender mejor su sentido. A continuación, se analizarán los derechos futuros y los poderes de nombramiento como recursos a disposición del propietario para extender temporalmente su poder de disposición. Por esta razón, tanto los derechos futuros contingentes como los poderes de nombramiento constituyen el objeto de la Regla contra las Perpetuidades. En el cuarto apartado se mostrarán las líneas maestras del *Perpetuities and Accummulations Act* de 2009 que, como se ha señalado, contiene el régimen vigente. Finalmente, se incluyen las conclusiones.

II. UNA PRECISIÓN: EL SIGNIFICADO DE LA INALIENABILIDAD EN EL CONTEXTO DE LA REGLA CONTRA LAS PERPETUIDADES

El objetivo perseguido por la regla jurisprudencial establecida por LORD NOTTINGHAM era impedir vinculaciones de propiedad excesivamente largas en el tiempo, que por su naturaleza pudieran dar lugar a la inalienabilidad de la propiedad. Sin embargo, la existencia de estas trabas no impidió que la mayoría de las grandes propiedades inmuebles de Inglaterra en el siglo XIX estuvieran amortizadas en las familias a través de *settlements* y sucesivos *re-settlements* (UNDERHILL, 1909, 674-675). La manifestación del problema de la inalienabilidad, a través de la ausencia de tierras en el mercado y de la falta de desarrollo de las mismas en manos de las grandes familias, dio lugar a una intervención legislativa de gran calado a través de los *Settled Land Acts* de 1882 y de 1925. Estas leyes introdujeron un mecanismo por el que en cualquier *settlement* siempre hubiera alguien con poder de disposición sobre los bienes concretos, vinculados merced a la fragmentación de la propiedad en derechos sucesivos. El fin de estas leyes fue convertir la tierra en un objeto más del comercio. Es decir, atribuyeron al tenente vitalicio con posesión actual, u otros en una situación análoga, la facultad legal, cuando no el deber, de enajenación de los bienes vinculados, provocando una subrogación real del capital —producto de la venta— en el lugar que las cosas habían ocupado en el *settlement*. De esta forma se protegían los siguientes derechos sucesivos del *settlement*, que pasaban de ser derechos sobre unos bienes determinados a ser derechos sobre el producto de su venta. Este capital pasaba a ser controlado por los *trustees* o por la autoridad judicial.

La concesión de estos poderes de venta y, con ella, la desaparición del problema de la amortización de la tierra, no supuso la abolición de la Regla contra las Perpetuidades, que, por otro lado, llevaba varios siglos en vigor. De ello se deduce que hasta 1882 la Regla impedía indirectamente la inalienabilidad de la tierra; y alcanzaba este fin mediante la imposición de un límite temporal a las situaciones de pendencia jurídica, lo que a su vez procuraba la adquisición del derecho de propiedad sin cargas ni gravámenes en un tiempo prudencial. No obstante, procurar la liberalización de las cargas de la propiedad inmueble no constituía su función principal, puesto que se había aplicado ya antes de 1882 a *settlements* de capital donde no había amortización de bienes; y, además, continuó vigente después de ese año cuando los bienes vinculados podían enajenarse por imperativo legal.

Ello nos lleva a distinguir una inalienabilidad en sentido estricto de otra entendida en sentido amplio; y, en segundo término, a preguntarnos por el sentido de la Regla contra las Perpetuidades. La inalienabilidad considerada

en sentido estricto se referiría a la imposibilidad de disponer de los bienes en cuanto tales bienes; equivale a la inalienabilidad que se desprende del principio *salva rerum substantia* que corresponde a la naturaleza de un derecho de usufructo, o del deber de transmitir los bienes que tiene el fiduciario en una sustitución fideicomisaria en Derecho español.

La inalienabilidad *lato sensu*, parte del tratamiento jurídico de los bienes en cuanto riqueza o por su valor, y no por su unicidad[13]. Esta situación se daría cuando lo que se amortiza es el valor del bien y no el bien mismo. Y es la única que pervive en Inglaterra tras las reformas legales de finales del XIX y principios del XX. Un precedente, siquiera remoto, de este tipo de inalienabilidad lo encontraríamos en la figura del cuasiusufructo romano, o derecho de usufructo sobre cosas destinadas al consumo, sobre todo el dinero. Para no vaciar de contenido el derecho sobre estos bienes se permitió al usufructuario disponer de ellos siempre que prometiese devolver la misma cantidad al terminar el usufructo o su estimación en dinero (GARCÍA GARRIDO, 1995, 382). Es cierto que no hay aquí propiamente una subrogación real, sino la asunción de una obligación nacida de una promesa, exigible mediante una acción personal. Pero también lo es que esa obligación sustituye la prohibición de disponer de un bien concreto que debe ser devuelto, por la devolución de su valor.

En el Derecho inglés actual, esta inalienabilidad es la que se da como consecuencia de la aplicación de la doctrina de la fragmentación de la propiedad en intereses sucesivos y limitados a bienes que poseen un valor de capital y otro de renta, ya sean inmuebles o muebles —por ejemplo, las acciones de una compañía. La fragmentación de la propiedad se hace siempre mediante *trusts*[14]. En ellos, la propiedad legal de los fondos del *trust* corresponde a los *trustees*, propiedad que incluye amplios poderes de administración incluida la venta, pero solo con el fin de cumplir sus funciones como fiduciarios al servicio de la voluntad del creador del *trust* y de sus beneficiarios. En consecuencia, en defecto de disposiciones específicas del *trust*, no pueden donar la propiedad, ni abandonarla, ni destruirla; ni, por supuesto, esta responde de sus deudas personales frente a sus acreedores (RUDDEN, 1994, 82). En este contexto, la inalienabilidad implica que no hay nadie que tenga el poder del propietario sobre el valor total de la dotación del *trust*, independientemente de las formas que adopte en cada momento.

Así las cosas, se puede afirmar que la inalienabilidad que causan los *settlements* —o vinculaciones actuales— en el Derecho inglés es una inalienabilidad del valor de los bienes y no de los bienes mismos o, como se ha dicho, de las cosas en cuanto riqueza y no de las cosas en cuanto tales (RUDDEN, 1994, 87). Además, está configurada por dos parámetros: por la voluntad del creador del *settlement* y, en segundo lugar, por los poderes de los *trustees*. Desde el punto de vista de su duración, la libre disposición

de la riqueza —o derecho de propiedad libre de cargas[15]— se alcanzará cuando el creador del *settlement* lo haya dispuesto; y desde el punto de vista del contenido de los derechos, mientras el *settlement* está vigente, la inalienabilidad podría definirse por lo que falta a los poderes de los *trustees* para constituir el *plenum dominium*.

El ordenamiento inglés posee recursos para desincentivar el deseo del propietario de controlar el destino futuro de la riqueza. Sirvan como ejemplo la legislación tributaria —que grava las disposiciones sucesivas de la propiedad con el consiguiente efecto disuasorio—, los poderes de venta estatutarios de los *trustees* de cualquier *settlement*, la regulación de la variación de *trust* y el *Inheritance Act* 1975 que permite a los tribunales variar las últimas voluntades de una persona que no haya dejado nada a determinados miembros de su familia (LAW COMMISSION, 1993, 5.24-5.30). No obstante, ninguno tiene la virtualidad de impedir la vinculación de la riqueza.

Sin embargo, la Regla contra las Perpetuidades impide la inalienabilidad *lato sensu*. Aunque es preciso matizar que se trata de un control indirecto, en tanto en cuanto sus efectos están primariamente dirigidos a promover la consolidación definitiva de derechos en fase de formación o situaciones de pendencia jurídica. Pero, promoviendo la nulidad de aquellos derechos creados para consolidarse más allá del periodo de perpetuidad establecido por la Regla, impide, de hecho y de derecho, la amortización del capital.

III. OBJETO DE LA REGLA CONTRA LAS PERPETUIDADES

La Regla contra las Perpetuidades se aplica a actos de disposición de la propiedad que permiten al propietario controlar su destino no solo próximo sino también lejano. Para ejercer tal control el Derecho inglés cuenta con los derechos futuros contingentes y con los llamados poderes de nombramiento. Unos y otros constituyen el objeto de la Regla.

En este apartado se expondrá en primer término lo que son los derechos futuros en general y de dónde provienen; también se analizarán los distintos tipos. El segundo punto se centrará en los derechos futuros contingentes, que son los que introducen el punto de incertidumbre que la Regla contra las Perpetuidades trata de evitar. Por último, se hará especial mención de los poderes de nombramiento.

1. Los derechos futuros en el Derecho Inglés

La existencia de derechos futuros en el Derecho inglés está relacionada con la doctrina de los estados. Esta doctrina permite dividir el derecho de

propiedad temporalmente, en varios derechos —también llamados intereses o estados— sucesivos y de duración menor que el derecho de propiedad absoluto (conocido como *fee simple absolute* cuando se trata del derecho de propiedad sobre inmuebles)[16]. Esta facultad, inherente al derecho de propiedad, implica una extensión temporal del poder del transmitente que limita el poder de disposición de los sucesivos titulares. Se dice que los titulares que no gozan del disfrute actual del derecho ostentan derechos futuros[17], que pueden ser de distintas clases.

Ahora bien, antes de entrar a describir los diferentes tipos de derechos futuros, se ha de considerar el concepto de investidura en el Derecho inglés. Se trata de un término que hace referencia a la adquisición efectiva de los derechos. Se enmarca en el tema más general de lo que se ha denominado situaciones jurídicas estables y situaciones jurídicas interinas, en íntima conexión, a su vez, con los derechos futuros (DE CASTRO, 2008, 676-677).

En el ordenamiento inglés, cuando el titular de un interés tiene atribuida la facultad inmediata de poseer y disfrutar del bien —como objeto del derecho— se dice que es un derecho «investido en la posesión» (JAMES, 1985, 450). Los derechos *vested in possession* no son derechos futuros. Sin embargo, cuando ya se ha adquirido el derecho, pero con facultad de goce futuro, se dice que el derecho está «investido en el interés»[18]. Los derechos *vested in interest* son derechos futuros, pero hay que señalar que esta última categoría es más amplia, ya que existen derechos futuros transmitidos, pero no adquiridos y, en consecuencia, no investidos de ninguna manera. Para designar a los derechos no investidos se suele hablar de derechos contingentes. En resumidas cuentas, los derechos futuros pueden ser contingentes —transmitidos, pero no adquiridos todavía— o investidos en el interés —derechos adquiridos, pero con facultad de goce diferida.

Es difícil trazar un paralelismo centrado en lo concreto entre las categorías jurídicas británicas y las de nuestro sistema jurídico, siendo ordenamientos de corte tan dispar. Sin embargo, mediando instituciones o recursos jurídicos muy diferentes, cabe afirmar que el paralelismo existe. La razón de semejanza se encuentra bien en la búsqueda de soluciones para los mismos problemas o bien en la necesidad de dar cauce a la autonomía de la voluntad reconocida a los titulares de derechos subjetivos. El concepto de investidura permite la existencia de derechos futuros, en el sentido de aquellos que existen, pero su goce o su ejercicio se dilata en el tiempo. Con este concepto el Derecho anglosajón da cauce a la autonomía de la voluntad para crear derechos con existencia y ejercicio —o, si se quiere, eficacia— actual; y para crear otros con existencia actual, pero con ejercicio o eficacia aplazada en el tiempo. Y frente a los derechos de esta segunda clase —o investidos en el interés—, el ordenamiento inglés todavía reconoce la posibilidad de crear derechos contingentes, como aquellos transmitidos y,

sin embargo, no adquiridos todavía. Estas son las categorías generales. Los distintos tipos de derechos futuros concretos que se verán posteriormente se pueden reconducir a derechos investidos en el interés, con existencia actual y eficacia pendiente, o a derechos contingentes cuya propia existencia es eventual.

Ahora bien, los derechos investidos en la posesión, con existencia y eficacia actual, pueden dar lugar a situaciones jurídicas estables en el sentido de firmes y destinadas a durar indefinidamente[19]; o bien constituir una situación jurídica interina, es decir nacida con el fin de mantener «un cierto *statu quo*, mientras que no se den las circunstancias necesarias para que sea sustituida la situación interina por la definitiva»[20] (DE CASTRO, 2008, 677).

Como resultado de la evolución histórica, el Derecho inglés contempla hasta cinco tipos de derechos futuros[21].

El primero sería la reversión, que aparece cuando una persona dispone de fragmentos temporales de su derecho de propiedad en favor de un tercero o varios con carácter sucesivo. El titular de la reversión es siempre el mismo disponente o sus sucesores, que entran a disfrutar de su derecho cuando finalice el o los derechos temporales anteriores.

Piénsese, por ejemplo, en la donación de un *life interest* —o propiedad que dura la vida de su titular—. Cuando el titular del *life interest* fallezca, el derecho de propiedad revierte al donante o a sus sucesores. Se podría trazar un paralelismo entre la situación jurídica del titular de la reversión y la del nudo propietario, que está llamado a recuperar las facultades de uso y disfrute a la extinción de lo que sería un usufructo, o de cualquier otro derecho limitado que grave su propiedad y que las lleve aparejadas. En el ejemplo anterior, esto implica partir de la comparación entre el usufructo y el *life interest*. Pero no hay que olvidar que no son categorías exactamente equivalentes desde un punto de vista técnico. Conceptualmente, el *life interest* es una propiedad vitalicia más que un derecho real limitado. Ahora bien, salvando esa distancia, la reversión constituye la consolidación del dominio absoluto, que se ha visto temporalmente menoscabado en su contenido por la existencia de otro derecho con facultades de uso y disfrute durante un periodo de tiempo limitado.

La reversión es, además, un derecho investido en el interés —en este sentido, ya adquirido, pero con facultad de goce futuro— y no contingente[22]. Quizá sea este rasgo lo que más lo aleje de la concepción jurídica continental, que nunca consideraría el derecho del nudo propietario como un derecho futuro, sino como un derecho actual que se consolida o recupera la totalidad de sus facultades a la extinción del derecho real limitado que lo grava.

El segundo tipo de derecho futuro es el conocido como *remainder*, que he traducido como «derecho remanente»[23]. Se trata de un interés o derecho cuyo beneficiario es siempre una persona distinta al transmitente

o sus sucesores legales, que se crea simultáneamente junto a otro interés anterior particular[24]. El derecho particular anterior debe ser de duración o *quantum* menor al del cedente[25]. Además, en general, la cesión de un derecho remanente debe estar configurada de tal modo que, en principio, sea posible que tal derecho se adquiera en la posesión en el momento de la terminación del estado particular anterior. El derecho remanente es un derecho futuro que puede configurarse como investido en el interés —por ejemplo, mediante una disposición del *life interest* o usufructo[26] a favor de A, tal que a su extinción la propiedad pase a B, toda vez que B sea una persona determinada y viva en el momento de la conclusión del negocio—; o como contingente. Los derechos *remainder* devienen contingentes en dos casos: a) cuando se le añade una condición adicional a la adquisición del titular del *remainder*. Por ejemplo: A lega un fundo a B de por vida —un *life interest*— y luego a C si logra graduarse en Derecho; se dice entonces que C tiene un derecho remanente contingente o *contingent remainder interest* en el fundo; y b) cuando el derecho remanente se da a personas no nacidas o inciertas. Por ejemplo: A lega el *life interest* sobre un fundo a B y luego a los herederos de C. En la medida en que los herederos solo son tales en el momento de la muerte del causante, el interés de los herederos de C depende de que C tenga herederos realmente en el momento de su deceso; y, también, del número de ellos. En este caso, son estos quienes ostentan el derecho remanente contingente sobre el fundo.

En definitiva, se puede encontrar un cierto paralelismo entre los derechos remanentes investidos y la situación jurídica de los titulares de derechos reales sucesivos y, singularmente, del nudo propietario, cuando se trata de persona/s distinta/s del disponente. Piénsese, por ejemplo, en la disposición de una finca en dos usufructos sucesivos en favor de dos sobrinos del disponente y de la nuda propiedad en favor de un hijo. Teniendo en cuenta que los tres beneficiarios son personas vivas en el momento de la conclusión del negocio, los derechos de los titulares del segundo usufructo y de la nuda propiedad son remanentes investidos en el interés —o *remainder* a secas—, ya que se trata de derechos con existencia actual al goce futuro del bien sobre el que recaen. Nuestro ordenamiento solo podría plantearse la existencia de un «derecho futuro» —en el sentido de situación jurídica de pendencia— en el caso del segundo usufructo, en la medida en que su eficacia pende de la condición de que su titular sobreviva al titular del primero, y ni siquiera transmite la expectativa *mortis causa* puesto que el usufructo es naturalmente vitalicio.

Diferente es el supuesto de los intereses remanentes contingentes. En ellos aparece lo que el Derecho inglés considera como una situación de incertidumbre en lo que se refiere a la adquisición del derecho; y lo que en nuestro ordenamiento se consideraría una situación jurídica interina de

pendencia[27]. Más adelante en este apartado se verá como articula el Derecho inglés esta posición jurídica. Mientras tanto, baste decir que la incertidumbre puede deberse a la existencia de una condición que supedita la adquisición del derecho remanente al cumplimiento de un hecho futuro e incierto, o bien a la indeterminación temporal de su titular por ser persona no nacida o indefinida.

La tercera clase de derechos futuros son los conocidos como *executory interests* o derechos ejecutorios. A diferencia de los derechos remanentes, los *executory* nunca son derechos investidos. Y, a diferencia de la reversión, su titular siempre es un tercero distinto del cedente. Se configuran de tal manera que su investidura se producirá con el cumplimiento, bien de una condición o evento incierto, o bien, excepcionalmente, de un evento o fecha cierta[28].

Los derechos ejecutorios pueden ser de dos tipos. El *springing interest* o derecho emergente es un derecho sometido a condición suspensiva o término, cuyo cumplimiento o vencimiento da lugar a la extinción del derecho del otorgante o disponente; un ejemplo sería que A transmita un fundo a B si B se gradúa en la Facultad de Derecho. El s*hifting interest* o derecho cambiante, por su parte, es un derecho sometido a condición suspensiva cuyo cumplimiento da lugar a la extinción del derecho de un primer adquirente, para quien el cumplimiento de la condición actúa como causa de resolución de su derecho. Véase un ejemplo: A transmite la propiedad de un fundo a B, pero si C se gradúa en la Facultad de Derecho entonces a C; C tiene un *shifting interest* que resuelve el derecho de otro adquirente cuando ocurre un evento determinado[29].

Con la excepción del derecho emergente sometido a término, las otras modalidades de derechos ejecutorios son condicionales. Es decir, se trata de derechos que no se invisten de ninguna manera hasta que no tenga lugar el evento decisor. Esta particularidad introduce el elemento de la incertidumbre mientras no se cumpla la condición. El control más característico al que quedan sometidos es el de la perpetuidad, según veremos.

En cuarto lugar, se habla de la posibilidad de revertir como derecho futuro contingente. Se trata de un interés futuro propio del transmitente o su sucesor en aquellas transmisiones del derecho de propiedad determinable[30]. Así, en el acto de disposición de la propiedad de una finca «en favor de B tanto tiempo como mantenga los establos reparados», el transmitente conserva la posibilidad de recuperar la propiedad, si B o sus sucesores dejan de reparar los establos. El derecho de propiedad determinable podría considerarse como una disposición de la propiedad sometida a modo determinante, en el sentido de «cláusulas modales que subjetivamente resultan decisivas para el otorgamiento del acto» (DURÁN RIVACOBA, 1988, 301), si no fuera porque en Derecho inglés también se puede dar la posibilidad de revertir en actos onerosos. Y porque, en caso de incumplimiento de la

carga, la recuperación de la propiedad por el cedente o sus sucesores se produce de modo automático. Por eso entiendo que se asemeja más a una condición potestativa resolutoria en la medida en que el evento condicionante depende de la voluntad del adquirente y su incumplimiento resuelve automáticamente su derecho[31].

Una última categoría de derecho futuro es el llamado derecho de entrada por condición incumplida. Se trata de una facultad propia del transmitente o su sucesor en las cesiones de derechos sujetos a condición subsecuente o posterior según el *common law*[32]. La condición posterior funciona como una carga o gravamen que se impone por el cedente al destinatario del bien en actos a título gratuito u oneroso. En este sentido, su concepto se acerca a nuestro modo determinante aun cuando no termina de compartir su naturaleza. Y se diferencia de la «posibilidad de revertir» en que el derecho de entrada no se adquiere automáticamente con el incumplimiento de la carga, sino que requiere de su titular la realización de los actos jurídicos pertinentes para manifestar su intención de recuperar el estado sometido a condición subsecuente. Es decir, cuando se incumple el evento condicionante, el transmitente del estado o su sucesor adquieren la facultad potestativa de rescindirlo. Y solo cuando ejercitan esa facultad el derecho se inviste en ellos.

En la práctica es difícil diferenciar la posibilidad de revertir del derecho de entrada por condición incumplida. Suele ser una cuestión de interpretación de la intención del disponente[33].

2. Los derechos futuros contingentes

Los derechos futuros pueden ser investidos o contingentes. Sin embargo, solo los contingentes son susceptibles de generar una vinculación de la propiedad potencialmente prohibida por el ordenamiento.

Se ha dicho que un interés es contingente a menos que cumpla las siguientes condiciones: a) que el beneficiario esté identificado; b) que el *quantum* del interés se halle definitivamente consolidado; y c) que cualquier condición puesta para su adquisición esté cumplida (DALTON, 1983, 176-177)[34].

En consecuencia, se puede afirmar que lo que distingue esencialmente a un derecho contingente es la incertidumbre. Entendida esta como situación jurídica provocada por la creación de un derecho cuyo titular no está determinado de momento, o bien tiene un contenido indefinido, o bien pende del cumplimiento de una condición, ya sea potestativa, casual o mixta, suspensiva o resolutoria. Esa incertidumbre o falta de definición es la que impide que el derecho esté investido siquiera en el interés. Así, el derecho contingente no podría calificarse propiamente, con parámetros de Derecho español, como derecho subjetivo plenamente desenvuelto, sino como una

situación interina o provisional en la que lo que se protege no es un derecho acabado sino incierto o en fase de formación (CASTÁN TOBEÑAS, 1987, 50). Por su parte, DE CASTRO habla de situaciones jurídicas de pendencia[35] entre la que incluye derechos reales o de crédito bajo condición, disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, hechas bajo condición o a ciertos derechos hereditarios a favor de personas no concebidas. Este tipo de situaciones jurídicas provisionales o interinas se caracterizan por la incertidumbre, mantienen un cierto *statu quo* pero solo hasta que suceda lo necesario para que se consolide la situación definitiva (DE CASTRO, 2008, 677). Sin perjuicio de las diferencias derivadas de dos concepciones jurídicas dispares, se puede afirmar que la incertidumbre es la característica que comparten las situaciones jurídicas de pendencia con los derechos futuros contingentes del Derecho inglés.

De todos los derechos futuros analizados en los párrafos anteriores, aquellos que pueden conceptualizarse como situaciones jurídicas de pendencia son los derechos remanentes contingentes —en tanto pueden estar sometidos a condición o recaen en personas inciertas—, los ejecutorios —en cuanto condicionados en los términos expuestos *ante*—[36], la posibilidad de reversión y el derecho de entrada por condición incumplida —en cuanto que imponen una carga al adquirente cuyo incumplimiento da lugar a la resolución automática o no de su derecho.

Por lo que se refiere a la estructura de las situaciones interinas de pendencia, DE CASTRO diferencia dos titularidades provisionales, la titularidad interina —encargada de defender la situación de pendencia— y la titularidad preventiva —que representa al posible sujeto definitivo. El titular preventivo ostenta un derecho eventual en cuanto «posibilidad de que sobre una de las titularidades preventivas se consolide la situación definitiva al producirse el evento decisor» (DE CASTRO, 2008, 683). Se ha defendido la creación de esa titularidad interina provisional como la fórmula más clara para conservar y proteger la situación de pendencia. Encarnada por uno de los posibles titulares definitivos o por un tercero en el papel de *curator bonorum*. En cualquiera de los dos casos este titular ostenta «derechos y deberes respecto a la conservación del derecho subjetivo o de la masa patrimonial, con poderes que, en general, no exceden de la mera administración; pero que, a veces, se extienden a la liquidación, sustitución de valores y hasta al disfrute en propio provecho» (DE CASTRO, 2008, 684). En el ordenamiento inglés, el mismo problema se ha atajado mediante la institución del *trust*, entendido como función de administración institucionalizada. Los derechos futuros contingentes se crean habitualmente bajo un *trust*, cuya estructura se asienta sobre la diferenciación entre la titularidad legal y la equitativa o beneficiaria. Así, la titularidad legal de los bienes se transmite a los *trustees* o administradores, encargados institucionalmente

de administrarlos de acuerdo a la voluntad del *settlor* o disponente. Y este último es el que decide quién recibe los beneficios de la propiedad y con qué alcance. En consecuencia, la forma de proteger los derechos que penden —o eventuales—, al tiempo que se preserva su armonía con los interinos, es separando legalmente ambas titularidades —beneficiarias o equitativas—, de la legal que recae en los *trustees* a los efectos de administrar los bienes de acuerdo con la voluntad del *settlor* y con la ley.

La combinación de la división temporal de la propiedad con la posibilidad de crear derechos contingentes o inciertos dan juego al propietario para extender su control sobre la propiedad, en principio, a su antojo. La Regla contra las Perpetuidades surge precisamente para evitar que la situación de pendencia o incertidumbre se prorrogue en exceso en el tiempo. Con este propósito impone un límite temporal o periodo máximo de tiempo dentro del cual los derechos deben quedar investidos o plenamente consolidados. Si la situación de pendencia dura más que ese periodo de tiempo, según se verá más adelante, el derecho así transmitido se considerará nulo. En consecuencia, la Regla contra las Perpetuidades es un límite que se pone al poder de disposición del propietario para que, mediante una división temporal del derecho de propiedad, cree derechos futuros dejando en suspenso la titularidad definitiva durante un espacio de tiempo relativamente dilatado.

3. Los poderes de nombramiento

Los poderes de nombramiento constituyen otra vía para generar situaciones de pendencia jurídica o incertidumbre que, como se ha visto, permiten alargar el poder de disposición del propietario. Habida cuenta de que la Regla contra las Perpetuidades acota el tiempo de incertidumbre en cuanto a la consolidación de la titularidad definitiva que un propietario puede generar, también los poderes de nombramiento se someten a su control.

El poder de nombramiento es una disposición legalmente vinculante contenida en un *trust*, creado ordinaria, aunque no necesariamente, por testamento, por la que se otorga al cónyuge sobreviviente o a otro beneficiario del *trust* la facultad de decidir quiénes son los beneficiarios finales de dicho *trust*. Su principal característica es que el causante otorga al destinatario del poder, que en cuanto tal llamaremos apoderado[37], la facultad de desplazar la propiedad beneficiaria desde una o más personas a quienes les ha sido entregada, a otra u otras personas diversas. En consecuencia, la facultad conferida es de disposición. Un ejemplo usual de poder de nombramiento se daría en la cesión de un derecho vitalicio a X, con un *remainder* en favor de aquellas personas que Y decida o nombre a través de un acto *inter vivos* o en testamento.

La institución del poder de nombramiento guarda una cierta semejanza parcial con la mejora por delegación en el cónyuge o progenitor, regulada en el artículo 831 del Código Civil; y con la facultad reconocida al testador por el 671 del Código Civil para encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquellas deban aplicarse. Ahora bien, hay diferencias notables con tales instituciones, ya que el titular de un poder de nombramiento puede ser cualquiera que haya recibido algo a través de un *trust* creado *inter vivos* o *mortis causa* (es decir, es beneficiario del mismo) y su facultad de disposición varía en función de las instrucciones del poderdante, pero pudiendo llegar a ser tan amplia como para que el apoderado pueda nombrarse destinatario final a sí mismo.

Los poderes de nombramiento a efectos de la Regla contra las Perpetuidades pueden ser de dos tipos: generales y especiales[38].

Un poder de nombramiento es general cuando el apoderado es autorizado a nombrar beneficiario del *trust* a cualquier persona, incluido él mismo, sin precisar del consentimiento de ninguna otra. Y es especial cuando la facultad se limita a poder elegir o distribuir la titularidad beneficiaria del *trust* entre los miembros de una clase restringida, por ejemplo, «los hijos de X» (BURN, 1988, 289). De la ley se deduce que el poder es general cuando su ejercicio recae exclusivamente en una persona que, cuando tenga o adquiera la plena capacidad, pueda disponer, con toda libertad y en cualquier momento de la vigencia del poder, del derecho objeto del mismo; es decir, sin necesidad del consentimiento de ninguna otra persona o del cumplimiento de alguna condición formal que no se refiera al modo de ejercicio de dicho poder.

La distinción pone de manifiesto que el titular de un poder general no tiene limitada su facultad de disposición de la propiedad, es plenamente libre para decidir el destino de los bienes objeto del poder desde que alcance la plena capacidad[39]. Lo que significa que puede hacer uso de esa facultad o bien *inter vivos*, o bien *inter vivos* y *mortis causa*. Un ejemplo de poder general, sería una disposición testamentaria por la que el causante lega un bien inmueble a aquella persona que elija su hijo X después de su matrimonio. No hay restricciones en cuanto al posible beneficiario final, puede ser cualquiera incluido el mismo apoderado, X; y tampoco existen otras condiciones que restrinjan la facultad de disposición una vez el poder sea efectivo.

Mientras que el poder especial conlleva una limitación a la facultad de disposición como se ve en el siguiente ejemplo: una disposición testamentaria por la que el causante deja la propiedad de determinado bien inmueble a aquellos de sus hijos que elija su propio hermano B. En este caso, cuando

B haga uso del poder concedido, solo podrá hacerlo dentro de una clase de herederos concreta, la de sus sobrinos.

Ahora bien, ambos tipos de poderes pueden dar lugar a una doble situación de incertidumbre generada, bien por el momento en que el apoderado puede ejercitar el poder, o bien por la disposición realizada en ejercicio del propio poder. En consecuencia, se someten a la Regla contra las Perpetuidades en dos sentidos: en cuanto a su creación (pudiendo, por ello, resultar válido o nulo el poder mismo); y en cuanto a su ejercicio (donde lo que se califica es el sometimiento del nombramiento hecho en ejercicio del poder).

Así, en el primero de los ejemplos, hay que esperar a que el hijo del causante se case, lo que no es seguro, para que el poder pueda ser ejercido. En el segundo, hay que esperar a que B se decida a ejercitar el poder. En ambos casos hasta que el poder no es ejercitado no se sabe quién será el destinatario final de la propiedad. Por lo que el poder mismo está sometido a la Regla contra la Perpetuidad y, para ser válido, deberá poder ejercerse y ser ejercido en su caso dentro del periodo de perpetuidad. Ahora bien, la disposición que el apoderado haga en ejercicio del poder también podría vincular la propiedad. Así, X podría dejar el bien al primero de sus propios hijos que cumpla 21 años; o, en el segundo, B, elegir como destinatario final al primero de sus sobrinos en alcanzar esa edad. En la medida en que se han creado derechos contingentes, tales derechos son objeto de nuevo del control de perpetuidad.

No obstante, por las diferencias en la naturaleza de ambos tipos de poderes el concreto régimen aplicable será distinto.

Como conclusión de este apartado, se puede afirmar que la Regla contra las Perpetuidades actúa haciendo prevalecer la seguridad jurídica frente a las situaciones jurídicas que generan incertidumbre. Se puede aventurar, además, una definición de la Regla como expresión legal de un límite al poder de disposición inherente al derecho de propiedad. Se usa para conseguir un equilibrio entre los derechos de propiedad de miembros de generaciones sucesivas, impidiendo a un propietario que use de la libertad que la ley le reconoce para privar a otros (sus sucesores) de esa misma libertad (SIMPSON, 1986, 208); y consigue su objetivo restringiendo el poder del propietario para posponer la investidura definitiva de la propiedad, a través de poderes de nombramiento o de la creación de intereses futuros contingentes. Por último, si se toma como referencia de la comparación, la virtualidad de la Regla contra las Perpetuidades para poner un límite temporal al poder de disposición del propietario, la institución más cercana en nuestro ordenamiento sería la de los límites temporales a las prohibiciones de disponer; recogidos en los artículos 641 y 781 del Código Civil para los actos realizados a título gratuito *inter vivos* y *mortis causa* respectivamente.

IV. RÉGIMEN ACTUAL CONTRA LAS PERPETUIDADES

El régimen vigente contra la perpetuidad está contenido en el PAA 2009. Esta norma no supuso solo una reforma de su homónima de 1964, sino que cambia sustancialmente los presupuestos de la Regla contra las Perpetuidades. Para entender esta afirmación es preciso tener una idea clara de la evolución histórica de esta institución. A continuación, se analizarán los antecedentes y las líneas maestras de la Regla contra las Perpetuidades de la ley del 2009.

1. Antecedentes

Su enunciación clásica es fruto de la doctrina jurisprudencial iniciada a partir del caso del Duque de Norfolk, y consolidada posteriormente a través de otros fallos judiciales. De acuerdo con esta formulación, la Regla contra las Perpetuidades del *common law* dispone que ningún derecho sobre bienes muebles o inmuebles es válido a menos que deba investirse, si finalmente lo hace, dentro de los veintiún años siguientes a la muerte de alguna o algunas personas vivas en el momento de su creación[40] (GRAY, 1942, sección 201). No está recogida en ninguna norma, sino que se trata de la formulación de la operatividad clásica de la regla realizada por este reconocido autor. Sin embargo, a ella han recurrido invariablemente los tribunales durante los dos últimos siglos. Y es eficaz con carácter general, aunque excepcionalmente, para ciertos casos concretos, sea precisa una mayor elaboración de la misma (MORRIS y LEACH, 1956, 50). Esta norma, vigente todavía en concepto de derecho transitorio, fue muy discutida doctrinalmente en los años 50 del siglo pasado[41] y objeto de análisis por el mencionado Fourth Report, del Law Reform Committee. Tanto los autores como la Comisión que elaboró el informe consideraban la regulación tradicional del *common law* como compleja y rígida. Complejidad que venía dada, entre otras cosas, por la forma de calcular el periodo de perpetuidad, ya que las personas vivas que daban medida a dicho periodo no tenían una definición clara; y rigidez en el sentido de que la antigua regla se aplicaba siempre en relación a los hechos existentes en el momento en que el acto jurídico que crea el derecho contingente empezaba a desplegar sus efectos. Por tanto, si desde la perspectiva de ese instante cabía la posibilidad de que el derecho pudiera investirse fuera del período, resultaría nulo; y su nulidad no sería subsanable por el hecho de que posteriormente la investidura del interés se produjera dentro del mismo. La aplicación estricta de este principio dio lugar a la nulidad de muchas disposiciones que no suponían una

amenaza real para el interés público que la Regla contra la Perpetuidad trataba de proteger[42].

El Estatuto del 64 alteró las bases de la aplicación de la regla del *common law* mediante tres tipos de medidas: permitió al *settlor* o disponente especificar, *ab initio,* un periodo de perpetuidad para sus disposiciones en forma de plazo fijo no superior a 80 años —periodo que sustituía el del *common law*—; introdujo el principio de *wait and see* —por el que, cuando existía la posibilidad de que el derecho se invistiera fuera del periodo, ya no era nulo *ab initio* sino que se dejaba trascurrir el periodo a la espera de ver qué sucedía realmente—; y, además, incluyó una serie de mecanismos para subsanar determinadas disposiciones sancionadas con la nulidad por el régimen anterior[43]. El Acta aprobada el 16 de julio de 1964, si bien introdujo una cierta flexibilidad no eliminó, *de facto,* la complejidad.

El hecho de que el uso de un periodo definido de perpetuidad no superior a 80 años —que eliminaba todos los problemas de la regla del *common law*— no constituyera una medida preceptiva, impidió que el Acta solucionara el problema de complejidad que trataba de evitar; ya que la medida estrella, el sistema de *wait and see*, suponía la previa aplicación al supuesto de la regla del *common law* con todos los inconvenientes relativos a la medida del periodo. Y, solo si el derecho resultaba nulo bajo aquel sistema, le era de aplicación la medida «sanadora» del *wait and see*[44].

Así las cosas, la reforma no terminó de acallar las voces críticas[45], lo que dio lugar a un nuevo Informe de la Law Commission en 1998[46]. El régimen actual del PAA 2009 se basa en las propuestas de reforma de este documento, centradas en buscar la simplificación del régimen del 64. La novedad principal es que deroga el régimen del *common law*. Para lo que establece un periodo de perpetuidad fijo de 125 años. Si los derechos contingentes se invisten dentro del mismo resultarán válidos; de no ser así se considerarán nulos por perpetuidad. No obstante, mantiene provisionalmente en vigor el régimen del 64 y, con él, el del *common law*, para las situaciones de derecho transitorio.

2. Líneas maestras del régimen de la regla contra la perpetuidad en el *Perpetuities and Accumulations Act* 2009

Nos referiremos en este apartado a cuatro cuestiones que entendemos que son las claves de la reforma del 2009, a saber, el ámbito de aplicación, el periodo de perpetuidad en la nueva ley, la regla de esperar y comprobar y un período especial para casos excepcionales.

A) Ámbito de aplicación

Es necesario diferenciar, en primer lugar, el ámbito temporal de aplicación del ámbito material. Y, posteriormente en este apartado, se verán los supuestos que quedan exentos del control de la perpetuidad.

Con respecto a lo primero, la nueva ley se aplica a los derechos futuros creados en instrumentos que despliegan sus efectos a partir del 6 de abril de 2010. Se exceptúa de esta regla a los testamentos, cuya eficacia tiene lugar a la muerte del testador. En su caso, el Acta solo se aplica a los otorgados a partir de su entrada en vigor[47]. Así, aunque el testador falleciese a partir del 6 de abril de 2010, si había otorgado testamento con anterioridad a esa fecha, se le aplicará el régimen del 64. Lo que supone que la normativa anterior mantiene una vigencia limitada.

Desde una perspectiva material, la sección 1 de la Ley de 2009 dispone qué tipo de derechos estarán sometidos al control de perpetuidad. Se diferencian cuatro supuestos.

En primer lugar, los derechos —estados o intereses— sucesivos que sean contingentes, creados por un instrumento (*inter vivos* o *mortis causa*) que limita la propiedad en *trust*[48], o por testamento cuando se trata de derechos sucesivos creados en un derecho de *term of years*[49].

El régimen se aplica también a los derechos reales sometidos a condición, entendiendo por tal, aquella que debe ser cumplida por una persona para provocar la adquisición del derecho[50], o aquella que determina quién recibe la propiedad[51].

En el caso de derechos sometidos a condición subsecuente —tal y como se describió en el apartado anterior—, la Regla contra las Perpetuidades se aplica a los derechos de las personas que estarán legitimadas para adquirir el derecho en caso de incumplimiento de la condición[52].

Para concluir, la regla también se aplica a los poderes de nombramiento, de tal manera que el poder general de nombramiento, para ser válido, debe llegar a ser ejercitable dentro del periodo[53]. Y para que un poder especial sea válido debe ser ejercido dentro del periodo de perpetuidad[54].

La Ley contempla hasta tres excepciones a la aplicación de la Regla contra la Perpetuidad.

La primera de ellas se refiere a las transmisiones contingentes en favor de las personas jurídicas con fines de interés general, que ya estaba contemplada en el régimen del 1964. Así, cuando se ha atribuido la propiedad u otro interés o derecho sobre unos bienes a una organización benéfica, y se ha dispuesto de esos mismos bienes sucesivamente para el caso de que suceda algún tipo de evento contingente, en favor de otra organización del mismo tipo, la Regla contra las Perpetuidades no se aplica. Es decir, no hay un límite de tiempo para la investidura de los derechos cuando la transmisión

se da entre personas jurídicas con fines de interés general. Así, por ejemplo, si se hace una donación de un terreno en *trust* para una organización benéfica A, con la condición de que si tal organización deja de requerir tal terreno para sus fines el terreno pase a otra organización benéfica B, la Regla contra las Perpetuidades no se aplicará a la disposición del derecho contingente en favor de la organización B.

También quedan exentos del régimen contra la perpetuidad los derechos que nacen bajo un plan de pensiones relevante[55]. Ahora bien, hay dos casos de *trusts* privados creados con respecto a bienes sujetos a un plan de pensiones para el caso de fallecimiento anticipado del titular del plan que sí estarían sometidos al control de perpetuidad[56]. La ley se refiere expresamente a los derechos sucesivos creados bajo un *trust* por el titular de un plan de pensiones para destinar los beneficios de su plan en caso de su fallecimiento anticipado; así como a aquellos creados por los *trustees* de un Fondo de Pensiones que han sido legitimados por el titular de un plan de pensiones concreto para nombrar a los beneficiarios de la parte del fondo no adquirida todavía por él en caso de su fallecimiento anticipado. En ambos casos, el período de perpetuidad comenzará a correr en la fecha en que el titular del plan de pensiones se unió a él[57].

Y tampoco se someten al control de la perpetuidad las servidumbres futuras, los derechos de opción de compra o los derechos de adquisición preferente que no formen parte de un *trust* (MEADWAY, 2010, 240) [58].

En conclusión, las situaciones controladas por la Regla contra las Perpetuidades siguen siendo aquellas que generan incertidumbre en cuanto a la titularidad de los bienes y que además implican un ejercicio abusivo del poder de disposición del propietario. No obstante, las donaciones benéficas o a instituciones de interés general[59] que sean contingentes o inciertas no están sujetas a la norma contra la perpetuidad en el sentido anteriormente expuesto. Esto es así en la medida en que los patrimonios afectados están en todo caso vinculados a un fin benéfico que, perpetuo o no, supone un beneficio para la sociedad. Finalmente, dejan de estar sometidas a dicho control las disposiciones de la propiedad en el ámbito mercantil, que por circunstancias históricas quedaban dentro de su esfera. Esta medida supone un giro hacia los orígenes de la Regla contra las Perpetuidades, que nació en el seno de los *settlements* familiares y, por tanto, de los actos a título gratuito.

B) Periodo de perpetuidad en la nueva ley

El acta sustituye el régimen del PAA 1964 y termina definitivamente —a excepción de lo que se refiere al derecho transitorio— con la regla del *common law*.

Con su entrada en vigor se establece como regla general un único periodo imperativo de perpetuidad de 125 años[60]. Este periodo comienza a correr en la fecha en que el instrumento que crea el derecho cuestionado tiene efectos[61]. En el caso de disposiciones creadas por testamento el periodo comienza a correr desde el momento de la muerte del testador[62]. La aplicación de este régimen supone que los derechos contingentes, para ser válidos, no pueden tardar más de 125 años en investirse al menos en el interés[63].

Se exceptúa de este régimen la disposición de derechos realizada en ejercicio de un poder especial de nombramiento creado con anterioridad a la entrada en vigor del Acta; el periodo de perpetuidad aplicable a tales derechos será el mismo (en cuanto a duración y fecha en que comience a correr) que el aplicable al instrumento que creó el poder[64].

C) La regla de esperar y comprobar

La aplicación de la regla concebida por la ley de 2009 conlleva comprobar si el derecho en cuestión se inviste fuera del periodo de perpetuidad. De esta manera, si de acuerdo con los términos del instrumento que lo crea, existe alguna posibilidad de que la investidura del derecho se produzca fuera de dicho periodo, la ley obliga a tratar el derecho como válido hasta que se adquiera la certidumbre de que no se investirá a tiempo[65]. En tal caso el derecho resultará ser nulo. Sin embargo, la ley obliga a respetar los derechos adquiridos durante el periodo de «esperar y comprobar»[66].

El mismo régimen de esperar y comprobar se aplica a los poderes de nombramiento.

D) Periodo especial de perpetuidad

La nueva ley dispone de una regla especial aplicable, en función de unas determinadas circunstancias, a derechos creados por instrumentos que tienen efectos con anterioridad a su entrada en vigor. Estos derechos, en principio, se someten al régimen del PAA 1964 o a la regla del *common law*. Sin embargo, la sección 12 del Acta dispone que en los casos en que la tarea de averiguar si las vidas contempladas que miden el periodo es difícil o poco razonable, los *trustees* pueden optar por un periodo de perpetuidad de 100 años que sustituya al de las vidas contempladas[67]. Evidentemente, solo pueden hacerlo teniendo en cuenta el mejor interés de los beneficiarios del *trust*.

Para ejercitar esta opción, los *trustees* deben otorgar una escritura en la que manifiestan considerar difícil o no razonable la tarea de conocer

cuándo finaliza el periodo de perpetuidad, así como su voluntad de aplicar el periodo estatutario de 100 años. Esta decisión es irrevocable.

V. CONCLUSIONES

I. La Regla contra las Perpetuidades puede definirse como la expresión legal de un límite temporal al poder de disposición inherente al derecho de propiedad. A través de ella, el Derecho inglés reconoce al propietario un periodo de tiempo durante el cual puede controlar el destino de su propiedad. Si un propietario crea derechos futuros que nazcan fuera de ese periodo, tales derechos serán sancionados con la nulidad. Este límite en la legislación actual es de 125 años.

II. Los derechos futuros contingentes en Derecho inglés se pueden comparar con las situaciones jurídicas interinas en el sentido considerado por DE CASTRO como de situaciones provisionales en tanto no se den las condiciones para que sea sustituida la situación interina por la definitiva. Y, más concretamente, con las situaciones jurídicas de pendencia en la medida en que los derechos futuros contingentes introducen la incertidumbre en la relación. Esta incertidumbre se deriva, bien de la indeterminación temporal del beneficiario, o del *quantum* del derecho, o de la existencia de una condición pendiente de cumplimiento. Es decir, se trata de derechos inciertos o en fase de formación en el sentido de no definitivamente adquiridos.

III. La perpetuidad se puede definir como un *settlement* donde los derechos futuros contingentes provocan que la propiedad plena de un patrimonio en *trust* se consolide más allá del período permitido por la ley. En este sentido, se puede afirmar que la creación de derechos futuros contingentes que se adquieran o consoliden más allá del plazo permitido constituyen un ejercicio impropio del derecho de propiedad por parte de su titular.

IV. El Derecho español cuenta, asimismo, con un límite temporal al poder de disposición del propietario que se refleja en los artículos 641 y 781 del Código Civil para los actos realizados a título gratuito *inter vivos* y *mortis causa* respectivamente. Sin embargo, esta es la única característica común. Como diferencias se pueden señalar:

a) El límite en Derecho inglés es un plazo definido de años, en concreto, 125. En Derecho español el disponente pueden hacer llamamientos sucesivos siempre que no pasen del segundo grado. Y la expresión grado ha sido interpretada por la jurisprudencia en el sentido de «llamamiento efectivo de fideicomisarios, es decir transmisión, de modo que caben dos transmisiones sin contar con la del fiduciario inicial»[68]. Por tanto, que las sustituciones no pasen del segundo grado equivale a que no son admisibles

más que dos llamamientos en favor de personas que no viven al abrirse la sucesión del causante.

b) En segundo lugar, la Regla contra las Perpetuidades se aplica a actos de disposición tanto a título gratuito como oneroso[69].

c) Otra diferencia remarcable es que la Regla contra las Perpetuidades impide la inalienabilidad *lato sensu* o del capital. Esto es así porque en Inglaterra, desde 1925, la posibilidad de amortizar la propiedad de bienes específicos no existe, toda vez que cuando se crean derechos sucesivos se ha de usar un *trust*. Y la ley reconoce a los *trustees* amplios poderes de administración incluida la venta, con el fin de cumplir sus funciones como fiduciarios al servicio de la voluntad del creador del *trust* y de sus beneficiarios. Promoviendo la nulidad de los derechos sucesivos de los beneficiarios de un *trust*, creados para consolidarse más allá del periodo de perpetuidad establecido por la Regla impide, de hecho y de derecho, la amortización del capital. En España, sin embargo, la limitación temporal se dirige también contra las prohibiciones de disponer de bienes concretos, es decir, es un límite a la que hemos llamado inalienabilidad en sentido estricto.

V. En el Derecho inglés, la armonía que debe existir entre la titularidad provisional y la eventual o definitiva que se dan en las situaciones jurídicas de pendencia se articula a través de un *trust*, donde se separa la administración de los bienes —entendidos más propiamente como fondo o dotación del *trust*—, a cargo de los titulares legales o *trustees*, de la titularidad de sus rendimientos, que corresponde a los titulares en equidad o beneficiarios.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 22 de noviembre de 2010
- Duke of Norfolk's Case (1681-1698) 3 Chan. Cas. 1
- Earl of Coventry's Indentures (1973) 3 AII E. R. 1, l
- Re Dawson (1888) 39 Ch. D. 155, 155
- Re Frost (1890) 43 Ch. D. 246)
- Re Villar (1929) 1 Ch. 241
- Re Wood (1894) 3 Ch. 381 (C. A.)

VII. BIBLIOGRAFÍA

BURN, E.H. (1988). *Chesire & Burn's modern law of real property*. Londres, Edimburgo: Butterworths.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1987). *Derecho civil español, común y foral.* Tomo I, Vol. 2.º. Madrid: Reus.
— (2008). *Derecho civil español común y foral. Derecho de obligaciones y contratos*, Tomo III. Madrid: Reus.
DALTON, P.J. (1983). *Land Law*. Londres: Pitman Publishing Ltd.
DE CASTRO Y BRAVO, F. (2008). *Derecho Civil de España*. Tomo I. Cizur Menor: Thompson Civitas.
DEECH, R. (1984). The Rule against Perpetuities abolished. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 4, 454-463.
DURÁN RIVACOBA, R. (1988). Modo y liberalidad. En *Homenaje a Juan Berchans Vallet de Goytisolo*, Vol. III. Madrid: Consejo General del Notariado (293-324).
FETTERS, S. (1975). Perpetuities: the wait and see disaster. A brief reply to professor Maudsley, with a few asides to professors Leach, Simes, Wade, Dr. Morris et al. *Cornell Law Review*, Vol. 60, 380-415.
GARCÍA GARRIDO, M.J. (1995). *Derecho Privado Romano. Acciones, casos instituciones*. Madrid: Dykinson.
GRAY, J.C. (1942). *The Rule against Perpetuities*. Boston: Little Brown & Co.
GULLIVER, A.G. (1959). *Cases and material on the law of future interests*. Saint Paul (Minnesota): West Publishing Co.
HARRAP'S DICTIONARY OF LAW AND SOCIETY (1989). Kent: Harrap Books Ltd.
JAMES, P.S. (1985). *Introduction to English Law*. Londres: Butterworths.
LAW REFORM COMMITTEE (1956). *Fourth Report (The Rule against Perpetuities) Her Majesty's Stationery Office*. Londres.
LAW COMMISSION (1993). *Law Commission Consultation Paper* N.º *133 (The law of Trusts: The Rules against Perpetuities and Excessive Accumulations). Her Majesty's Stationery Office*. Londres.
LAW COMMISSION (1998). *Item 7 of the Sixth Programme of Law Reform: The Law of Trusts. The Rules against Perpetuities and Excessive Accumulations*.
LAWSON, F.H.; RUDDEN, B. (1982). *The law of property*. Oxford: Clarendon Press.
LEACH (1952). Perpetuities in perspective: ending the rule's reign of terror. *Harvard Law Review*, Vol. 65 (2), 721-749.
MEADWAY, S. (2010). Perpetuities and Accumulations Act 2009. *Trusts & Trustees*, Vol. 16, núm. 4, 240-246.
MORRIS, J.H.C.; WADE, H.W.R. (1964). Perpetuities reform al last. *Law Quarterly Review,* Vol. 80, 486-534.
RUDDEN, B. (1994). Things as things, things as wealth. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 14, 81-97.
SIMES, L.M. (1953). Is the Rule against Perpetuities doomed? *Michigan Law Review*, Vol. 52, 179-194.
— (1955). *Public policy and the dead hand*. Ann Arbor (Michigan): University of Michigan Law School.
— (1966). *Handbook on the law of future interests*. Saint Paul (Minnesota): West Publishing Co.
SIMPSON, A.W.B. (1986). *A History of the Land Law*. Oxford: Clarendon Press.

UNDERHILL, A. (1909). Changes in the English law of real property during the nineteenth century. En *Select essays in anglo-american legal history*, Vol. III. Cambridge: Cambridge University Press (673-719).
WILLIAMS, J. (1879). *The settlement of real states.* Londres: H. Sweet 3 Chancery Lane, Law Publisher; C. F. Maxwell, Melbourne.

OTROS RECURSOS

- http://dadun.unav.edu/handle/10171/52361

NOTAS

[1] *The term «perpetuity» has been applied at various times in the history of the law to refer to various arrangements made by conveyancers to enable landowners to restrict the power of free alienation of land, by imposing upon that land forms of settlement which made it impossible for their successors in title (usually their children) to deal with it as freely as they themselves had been able to do. Such attempts can be viewed as an abuse of the power of free alienation, for a settlor who makes such an attempt is using the freedom which the law gives him to deprive others of the same freedom; in consequence at most periods of English legal history the courts have set limits upon the degree to which landowners should be permitted to impose such restrictions.*

[2] *Rule Against Perpetuities.*

[3] Duke of Norfolk's Case (1681-1698) 3 Chan. Cas. 1.

[4] Al *term of years* se le conoce comúnmente como *lease*. Y se traduce al español como derecho de arrendamiento. Ahora bien, es necesario hacer unas precisiones sobre *el term o years* o *lease* como derecho sobre bienes inmuebles. A diferencia de lo que ocurre en Derecho español, este derecho, que implica la cesión del uso y disfrute del bien, puede ser a cambio de un precio o a título gratuito. En caso de ser oneroso, la contraprestación puede consistir en una renta periódica; en una renta periódica acompañada de una prima inicial; o en una cantidad fija pagada por adelantado.

Para hablar con precisión, en este supuesto, el derecho que lega el Conde de Arundel es un derecho personal de cesión de uso y disfrute de unas tierras por un periodo de 200 años a título gratuito.

[5] La idea general de un *settlement* es crear bien en acto *inter vivos* o bien a través de testamento, una serie de intereses o derechos beneficiarios o equitativos, ya sea en bienes muebles o inmuebles, en favor de varias personas sucesivamente (BURN, 1988, 169). DALTON señala que cuando intereses o derechos en la tierra distintos de los *leasehold*, ocurren consecutivamente, la completa estructura a que dan lugar se denomina *settlement* (DALTON, 1983, capítulo 9). El *settlement* también ha sido definido como vinculación de la tierra y de la propiedad en general para el futuro, dejándola en manos de *trustees* con el fin de que la tengan en favor de sucesivos propietarios que poseen un interés o derecho equitativo en dicha tierra o propiedad (HARRAP'S DICTIONARY OF LAW AND SOCIETY, voz *settlement*). Finalmente, también se ha dicho que hay *settlement* allí donde la renta total y el uso físico del bien del que aquella se deriva son disfrutados por más de una persona sucesivamente (LAWSON y RUDDEN, 1982, 159).

Pueden ser objeto de *settlement* todo tipo de bienes siempre que se pueda distinguir en ellos un valor de capital y otro de renta. Es decir, es necesario que los bienes vinculados posean en algún grado la característica de la permanencia, así como de la seguridad,

con el fin de que los beneficiarios del *settlement* puedan disfrutar efectivamente de los derechos que les confiere tal posición.

Quizá la institución más cercana al *settlement* en Derecho español sean las sustituciones fideicomisarias, en la medida en que implican llamamientos sucesivos a unos mismos bienes. No obstante, el parecido es muy superficial, ya que dentro de un *settlement* caben disposiciones hechas *inter vivos* o *mortis causa* y a título gratuito u oneroso; y los llamamientos sucesivos se pueden construir, tanto en forma de sustituciones fideicomisarias —puras o no—, como de llamamientos condicionados o sometidos a término cierto o incierto.

[6] Sobre el concepto de poderes de nombramiento véase el apartado III.-3.

[7] El Fourth Report del 1956 concluye que las perpetuidades y acumulaciones estaban integradas por un sistema de reglas agrupadas en tres ramas principales. La primera era la regla contra el excesivo retraso de la investidura de los derechos, que invalidaba cualquier *trust* o limitación que pudiera no investirse (ni siquiera en el interés), dentro del período permitido. La segunda, muy relacionada con la primera, era la regla contra las restricciones en la alienación, que invalidaba los *trusts* o limitaciones por los que la propiedad se convertía en inalienable por un período más largo del permitido. Finalmente, existía la regla contra la excesiva acumulación, que restringía la acumulación de rentas por un período más largo que el permitido por los estatutos. Las dos primeras reglas, que comúnmente son clasificadas juntas como dos aspectos de la Regla contra las Perpetuidades, son productos del *common law* y de la equidad, temperadas de forma muy limitada por algunas leyes. Constituyen el objeto de este estudio. El informe realiza una serie de propuestas de reforma de la Regla contra las Perpetuidades sobre la base de su complejidad que sirvieron de base para el PAA 1964.

[8] Para un estudio en profundidad sobre el régimen del *common law* y del *Perpetuities and Accummulations Act* 1964 se puede consultar el siguiente trabajo monográfico: FERNÁNDEZ-ARROJO, M., *La Regla contra las Perpetuidades en el Derecho inglés,* Pamplona 1996, disponible en http://dadun.unav.edu/handle/10171/52361.

[9] El Documento analiza la justificación de su subsistencia y, en su caso, las posibilidades de simplificación y actualización del régimen, toda vez que la ley del 1964 no hizo sino añadir complejidad a la institución manteniendo la regla del *common law* como presupuesto de aplicación de sus reformas (LAW COMMISSION, 1993, 1.2).

[10] El Informe contiene propuestas de reforma de la Regla contra las Perpetuidades con el fin de restringir su aplicación a los casos donde todavía estuviera justificada y simplificar su aplicación en los demás. Tras el Documento de Consulta anterior había quedado claro que el régimen contra la perpetuidad constituía un obstáculo injustificado para las transacciones comerciales. Se consideraba especialmente problemática su aplicación a la creación de derechos de opción, derechos de adquisición preferente de origen convencional y servidumbres futuras (LAW COMMISSION, 1998, 1.3-1.4 y 1.15).

[11] Así, el PAA 2009 se aplica a los *trusts* que surten efectos tras su entrada en vigor el 6 de abril de 2010. Y a los testamentos que se otorgan a partir de la misma fecha (Sección 15, PAA 2009. Es decir, aunque los testamentos surten efectos a la muerte del causante, el PAA 2009 introduce un régimen transitorio especial para ellos y no se aplica a los otorgados con anterioridad a su entrada en vigor, aunque el causante muera con posterioridad a esa fecha).

El PAA 1964 se aplica, con carácter general, a las disposiciones que crean derechos futuros que tienen efectos a partir del 16 de julio de 1964 y antes del 6 de abril de 2010 (Sección 16, PAA 2009). También se aplica a los testamentos que son otorgados antes del 6 de abril de 2010 aunque el testador fallezca ese día o posteriormente (Sección 15 (1) (a), PAA 2009). Por lo que se refiere a los testamentos otorgados antes del 16 de julio de 1964, siempre que el testador haya fallecido o fallezca con posterioridad a esa fecha, se les aplica el PAA 1964 (Sección 15 (2) y (5) 1964). A las disposiciones que tienen efectos antes del 16

de julio de 1964, se aplica todavía la regla del *common law* (Sección 15 (5) PAA 1964). El régimen aplicable a los poderes especiales de nombramiento se verá en el apartado IV.-2. A.

Para terminar de configurar el panorama normativo se ha de señalar que la aplicación de las normas del PAA de 1964 presupone la previa aplicación del régimen del *common law*. De tal forma que, con carácter general, solo las disposiciones que han resultado nulas por ser contrarias a la regla del *common law* se someten a las prescripciones de la ley citada.

[12] Nuestra categoría de derechos reales no tiene una correspondencia exacta en el Derecho inglés. Uso aquí el término en el sentido amplio de derechos sobre cosas incluyendo los *chatel real* o *term of years*, un tipo de derecho de arrendamiento de bien inmueble que está considerado como una categoría intermedia entre derecho real y personal. Se ha hablado de él en la nota a pie de página 4.

[13] Sobre este tema véase RUDDEN, 1994. El autor defiende una clasificación de los bienes basada en el tratamiento jurídico que reciben y no en su naturaleza. Entiende que cuando las cosas son tratadas jurídicamente como cosas, el derecho actual utiliza una serie de conceptos básicos, como propiedad, posesión, gravamen o publicidad; sin embargo, cuando las cosas son tratadas como riqueza, atraen los conceptos y utilizan las técnicas de los estados (fragmentación temporal de la propiedad) y las perpetuidades.

[14] Desde 1925 la mayoría de los intereses futuros en la propiedad solo pueden existir detrás de un *trust*. Sección 1 *Law of Property Act* 1925.

[15] Lo que se conoce como *fee simple absolute in possession.*

[16] El derecho sobre intereses futuros comenzó cuando los *freehold estates* (entendidos como derechos sobre bienes raíces) fueron diferenciándose. El primer derecho o estado sobre un bien inmueble que se desmembró del *fee simple* o dominio absoluto fue el *life estate* —que guarda cierta semejanza con el usufructo vitalicio. El primero poseía una duración infinita o potencialmente infinita, ya que a la muerte de su titular pasaba a sus herederos. El segundo se medía por la vida de uno o varios seres humanos; no era heredable. Por consiguiente, si el titular del *fee simple*, A, transmitía el *life interest* sobre un fundo a B, A retenía un interés denominado reversión (en nuestro ordenamiento diríamos que A es nudo propietario). Esto significa que la tierra volvía a A, o sus herederos, en el momento de la muerte de B.

El titular del *fee simple* también podía crear un *remainder*. Para ello no tenía más que transmitir a un tercero el interés que de otra manera habría sido una reversión para sí mismo. Esto se daba, por ejemplo, cuando A transmitía a B un *life interest* con un interés *remainder* para C en *fee simple*. Según los términos de la cesión, tras la muerte de B el derecho no revertía a A convirtiendo su *fee simple in interest* (nuda propiedad) en uno en la posesión (propiedad absoluta), sino que iba a C o a sus herederos por vía de *remainder*.

También en una fecha temprana se intentó ceder el *fee simple* y a la vez restringir la sucesión a los herederos lineales del primer cesionario. Este *fee simple* de sucesión restringida fue conocido como *fee simple* condicional, pero los jueces permitieron siempre la alienación de la tierra sobre la que pesaba este interés. Ello tuvo como consecuencia la aprobación del Estatuto *De Donis Condicionalibus* en 1285, a instancias de la clase aristocrática del país. Esta ley dio forma al estado de *fee tail* (semejante al mayorazgo). Aunque en el siglo XV los jueces abrieron la puerta a la posibilidad de vender la tierra tenida en *fee tail* mediante las acciones de *common recovery* y de *fine*, este tipo de estado o derecho en la tierra continuó existiendo como uno de *freehold* y menor que el de *fee simple*. En consecuencia, si su titular no hacía uso de las acciones citadas, con la creación del estado de *fee tail* se originaba un interés futuro de reversión o de *remainder*.

Se podían crear tantos derechos de tipo *life interest* o de *fee tail* sucesivos como se quisiera, sin que la suma de ellos llegara a constituir un *fee simple*. Esto suponía que al término de toda la sucesión de estados siempre había un interés de *reversion* o un *remainder* en *fee simple*. El estado de *fee tail* pasó a *llamarse entailed interest* con *el Law of Property Act* 1925.

También en los orígenes del Derecho inglés aparecieron dos variedades cualificadas del estado de *fee simple* aparte del condicional. Una fue el *fee simple* sometido a condición subsecuente y otro el *fee simple* determinable. Los dos concluían por un evento concreto; en el caso de *fee simple* bajo condición subsecuente el estado no terminaba automáticamente con el incumplimiento de la condición, sino que también era necesaria la entrada voluntaria en el *fee simple* del transmitente. Por ejemplo: A, titular del *fee simple* en una finca, podía transmitírselo a B con la condición expresa de que se cuidaran los establos. Si los establos dejaban de ser cuidados, incumpliéndose, por consiguiente, la condición, A adquiría el poder de «entrar» y acabar con el estado de B. Si así lo hacía, el *fee simple* volvía a investirse en él.

Sin embargo, el *fee simple* determinable finalizaba automáticamente con el cumplimiento del evento designado en la transmisión. Si la cesión del ejemplo anterior hubiera sido de este tipo de estado, al descuidarse los establos el estado de B se habría extinguido directamente invistiéndose el *fee simple* en A.

Está claro que en ambos supuestos el transmitente se queda con algo, pero ese algo no puede ser un derecho de reversión ni un *remainder*, puesto que, de acuerdo con la teoría de los estados, solo había un *fee simple* por cada trozo de tierra, y una vez cedido, incluso cualificadamente, —bajo condición o como determinable— no quedaba nada en el transmitente para que pudiera hablarse de reversión. Por ello, al derecho que quedaba en el transmitente en el supuesto de la cesión de un *fee simple* con condición subsecuente se le llamó derecho de entrada por condición incumplida (*right of entry for condition broken)*. Y al derecho que permanecía en el transmitente en el caso de la cesión de un *fee simple* determinable, posibilidad de revertir (*possibility of reverter*).

Era esencial a la reversión y al interés *remainder* que tuvieran efecto en la posesión (*vested in possession*, es decir que adquirieran la facultad de posesión inmediata y goce actual) en el momento en que terminaba el estado anterior de *freehold*, ya fuera de *life estate* o de *fee tail*. Sin embargo, en los años 1430 se empezaron a reconocer transmisiones a una persona viva de por vida —por ejemplo, A— con un *remainder* en favor de los herederos de otra persona también viva —por ejemplo, B—. En la medida en que uno no era heredero hasta que moría su causante, si A moría antes que B, el interés *remainder* carecía de titular conocido en el intervalo subsiguiente hasta el fallecimiento de B. Pero mientras esto no estaba permitido, la transmisión era válida si B moría antes que A y sus herederos eran determinados previamente a la terminación del derecho o estado anterior. Por esta vía y gradualmente, se fueron reconociendo las cesiones de intereses *remainder* sometidos a condición subsiguiente, aunque también regía el principio de que la condición debía cumplirse antes o en el mismo momento de la terminación del estado precedente, puesto que el *remainder* debía entrar en la posesión también en ese momento.

En consecuencia, antes del *Statute of Uses* existían cuatro tipos de intereses futuros en el ordenamiento de los derechos reales sobre bienes inmuebles, a saber, la reversión, el *remainder*, el derecho de entrada por condición incumplida y la posibilidad de revertir. A la vez, ya se había empezado a diferenciar entre los intereses investidos y los contingentes.

El quinto tipo se desarrolló a partir de la entrada en vigor del *Statute of Uses* (1536). Antes de él, la Cancillería había reconocido la existencia de derechos equitativos en la tierra por vía de los *uses;* intereses que al no ser legales no quedaban vinculados por las rígidas normas del *common law*. El Estatuto convirtió en legales los derechos hasta ese momento equitativos, y, por tanto, emergieron al nivel de la ley nuevas categorías de derechos futuros distintos a todos los tipos conocidos hasta entonces. Se trataba de los *springing* y *shifting interests*.

Un *springing use* era un interés sometido a condición suspensiva o a término, es decir, se trataba de un interés que obligatoriamente iba precedido de un vacío en la posesión en el sentido del viejo *common law* (bajo este ordenamiento, esta situación era denominada *abeyance of seisin,* o lo que es lo mismo, intervalo de tiempo durante el cual, según los términos de la transmisión, ningún cesionario de la misma estaba legitimado a la pose-

sión). Por ejemplo, el legado de una finca en favor de B cuando cumpla veintiún años; o el interés de B en un *settlement* donde se legue el *life interest* sobre una finca a X y el *fee simple* sobre la misma finca para B un año después de la muerte de X. En ambos casos, antes de que B entre en la posesión de su derecho existirá un intervalo de tiempo durante el cual no hay nadie legitimado a ella.

Los *shifting uses* se dan cuando una persona cede un derecho que nace para su titular por cumplimiento de una condición que opera resolviendo el derecho de un anterior adquirente. (Para más información sobre los *springing* y los *shifting uses* véase: GULLIVER, 1959, 57; WILLIAMS, 1879, 23).

Ambas clases de derechos se diferenciaban de los anteriores en que desplegaban sus efectos provocando la desinvestidura del estado o derecho anterior. Comenzaron, por ello, a llamarse *executory interests*.

Para terminar esta breve referencia histórica es importante señalar las dos novedades que trajo el *Law of Property Act* 1925: a partir de su entrada en vigor la mayoría de los intereses futuros solo pueden existir bajo un *trust*. Además, extendió definitivamente la aplicación de la doctrina de los estados a la propiedad de bienes muebles.

[17] *Future interests* en el inglés original.

[18] También se han definido como aquellos que residen en una persona determinada cuyo derecho a la posesión simplemente espera a la terminación natural del estado precedente (JAMES, 1985, 450).

[19] Sería el caso, por ejemplo, de la transmisión de la propiedad sin limitaciones de ningún género.

[20] Piénsese, por ejemplo, en la situación del titular anterior cuando se crea un derecho sometido a término; mientras llega el vencimiento del plazo su derecho está investido en la posesión, pero de forma interina o temporal. O en la del titular de un derecho anterior a otro sometido a condición suspensiva mientras no se ha cumplido el hecho futuro e incierto.

[21] Sobre este tema véase: SIMES, 1966, 17 y sigs.; GULLIVER, 1959, 41 y sigs.

[22] Tendrá efecto en la posesión en el momento de la terminación del estado precedente llamado «estado particular»; ese estado particular siempre es menor que el que tiene el titular de la reversión. Es un interés siempre investido porque no está sometido a ninguna condición precedente distinta de la terminación de los anteriores estados particulares.

[23] *Remainder* es el resto. Si el titular de la propiedad lega un *life interest* a X y la propiedad a Y, el derecho *remainder* es de Y, puesto que le toca lo que queda de la propiedad cuando se le resta el primer *life interest*.

[24] Esto significa que el *remainder* o derecho remanente se crea en el mismo acto jurídico que incluye el estado precedente. Este último es anterior en el sentido de que se trata de disposiciones de derechos sucesivos en un *settlement,* lo que supone una división temporal de la propiedad. El estado anterior, por tanto, es el que antecede en el tiempo al *remainder* según los términos del *settlement.*

[25] Es decir, el estado o derecho que antecede al *remainder* en el acto dispositivo que los crea debe ser más pequeño que el que tiene el disponente, con el fin de que la sucesiva división de la propiedad sea posible. Esto significa que, solo si el disponente cede una pequeña parte de su derecho, puede luego disponer del *remainder* o remanente a su antojo.

[26] Como se ha señalado antes, he usado el término usufructo para referirme al *life interest*. Pero no hay que olvidar que se trata de una traducción que no responde a un criterio técnico ya que se trata de sistemas jurídicos distintos. Propiamente, en Derecho inglés se trata de una propiedad vitalicia. De ahí que se pueda decir con corrección que a su extinción la propiedad pase a un 3.º. En este sentido, la creación de un *remainder* guarda una mayor semejanza con la sustitución fideicomisaria.

[27] Tomada en el sentido de situación de protección jurídica interina, en favor del sujeto transitoriamente indeterminado de un derecho subjetivo (DE CASTRO, 2008, 683).

[28] Esto responde a una razón histórica, ya que el *common law* no reconocía la posibilidad de ceder derechos aplazados, que provocaran un vacío en la titularidad. En estos supuestos se entendía que se provocaba tal vacío desde el momento en que se creaba el derecho sometido a término hasta que se cumplía el plazo. Sobre la opinión contraria véase SIMES, 1966, 26. En consecuencia, tradicionalmente, para crear derechos sometidos a término, cierto o *incertus quando*, se recurría al *trust*. Es decir, se transmitía la titularidad legal del derecho a un *trustee* o fiduciario, encargado de entregar el derecho aplazado —que tenía valor jurídico en la equidad— en la fecha del vencimiento.

Hoy en día, el derecho sometido a término incierto tiene tratamiento análogo al otorgado por nuestro ordenamiento. Es difícil diferenciarlo de la condición. Será un problema de interpretación de la voluntad del disponente cuando no se le pueda preguntar directamente —típicamente en los actos *mortis causa*. Pero si resulta ser un término, no estaríamos ante un derecho contingente si no ante uno investido en el interés y, por tanto, transmisible a los herederos.

[29] Un ejemplo de *shifting interest* sería la reversión, estipulada convencionalmente, de una donación en favor de un tercero distinto del donante y contemplada en el artículo 641 del Código Civil. Pero el concepto de *shifting interest* es mucho más amplio pues no se limita a las donaciones, sino que puede aparecer en actos a título gratuito *mortis causa*, y también en actos onerosos *inter vivos* o *mortis causa*.

[30] *Fee simple determinable* en el inglés original. La traducción es nuestra. Se trata de un derecho de propiedad de duración indefinida que termina automáticamente si sucede un determinado evento. En ese momento el titular de la posibilidad de revertir, que es el transmitente, o sus sucesores, adquieren la propiedad de nuevo.

[31] Sobre las condiciones potestativas véase CASTÁN TOBEÑAS, 2008, 220.

[32] El término condición subsecuente no se corresponde exactamente con el de condición resolutoria. Define más bien, un poder de resolución en manos del transmitente sobre el derecho del adquirente, que se origina cuando se incumple la condición puesta para el disfrute del derecho cedido y que le permite recuperarlo.

[33] No obstante, la tradición del *common law* ha acuñado una serie de términos o expresiones que se consideran propios de uno u otro tipo de disposición. Así, el lenguaje apropiado para introducir una condición subsecuente es: *provided always*, o bien *this is upon the express condition*; mientras que las palabras que introducen una posibilidad de revertir son del tipo: *so long as*, *until*, o *while*.

[34] También se pueden definir, desde un punto de vista negativo, como aquellos que en el momento de su creación, mediante acto *inter vivos* o *mortis causa*, no se hayan investidos ni en el interés ni en la posesión.

[35] Las define como situaciones «de protección jurídica interina a favor del sujeto transitoriamente indeterminado de un derecho subjetivo» (DE CASTRO, 2008, 683).

[36] Es decir, no entrarían aquí los derechos aplazados o sometidos a término, lo que, a veces en la práctica, será un problema de interpretación de la voluntad del disponente.

[37] Esta calificación no se corresponde con el apoderado de un poder de representación en el ordenamiento jurídico español. Se ha recurrido a ella para hacer notar que el apoderado es destinatario de un poder que le concede un 3.º (a quien, por análoga razón llamo poderdante), cuyo contenido es el que se pone de manifiesto en la definición y no otro. En el inglés original se usa el término donatario (del poder) que a mi parecer es más confuso.

[38] La distinción aparece perfilada en la sección 7 del PAA 1964.

[39] Cfr. Earl of Coventry's Indentures (1973) 3 AII E. R. 1, l. En particular, las palabras del juez Maugham J. son: I think that the following *dicta* of Buckey L. J. in Re Fane [(1913) 1 Ch. 404, 413] is entirely in line with the views I have expressed above: «General powers are exempt from the restrictions of the Rule against Perpetuities because the existence of a general power leaves the property in a position which for the present purpose does not differ from that in which it would stand if there were an absolute owner».

[40] La traducción es nuestra. *No interest is good unless it must vest, if at all, no later than 21 years after some life in being at the creation of the interest,* en el inglés original.

[41] Véase por todos LEACH 1952. Una opinión muy autorizada sobre el régimen del 64 se encuentra en DEECH, 1984.

[42] Al considerar las posibilidades se tenían en cuenta algunas que eran realmente sorprendentes, como sucedía en Re Dawson donde la disposición sometida a la Regla contra las Perpetuidades era una donación en favor de los nietos de una mujer de 60 años que cumplieran veintiún años. Los derechos de los nietos eran contingentes por la indeterminación de los beneficiarios y consecuentemente del *quantum* de los intereses, que no terminaría de perfilarse hasta que naciera el último de los nietos de A y hasta que todos ellos cumplieran veintiún años o murieran antes de alcanzar dicha edad. La causa de nulidad de la liberalidad a los nietos de una persona viva, hombre o mujer, de acuerdo con las argumentaciones de los juzgadores, era la posibilidad de que tal persona tuviera un hijo X después de la fecha de la donación, ya que este hijo no constituiría una vida contemplada a efectos de dar la medida del período de perpetuidad. En la medida en que cabía esa posibilidad, también era factible que todas las vidas contempladas murieran antes que X, que este tuviera más tarde un hijo y que ese hijo llegara a cumplir los 21 años, si los cumplía, más allá de los veintiún años siguientes a la muerte de la última vida contemplada, período límite de perpetuidad. Fue criticada por contar A con 60 años en el momento de la donación y ser físicamente imposible que llegara a tener más hijos. Pero la regla del *common law* no tenía en cuenta las imposibilidades físicas [Re Dawson (1888) 39 Ch. D. 155, 155]. Otro ejemplo es Re Wood, donde el testador dispuso un legado condicional en favor de aquellos de sus descendientes vivos cuando ciertas minas fueran explotadas. Los hechos confirmaron que aquellas mismas se extinguieron seis años después de la muerte del causante. Aun así, la liberalidad fue considerada nula por el juez. La lógica de su interpretación se basó en que el elemento contingente que afectaba al legado radicaba en la indeterminación de los beneficiarios y, consecuentemente, del *quantum* del interés hasta que las minas se extinguieran. Como desde la perspectiva temporal del fallecimiento del testador se ignoraba el hecho de que las minas fueran a agotarse definitivamente dentro del período de perpetuidad, el juzgador tuvo que preguntarse si existía una posibilidad, siquiera remota, de que los trabajos de explotación no finalizaran durante el lapso de tiempo de las vidas contempladas (que eran los hijos del testador) más un plazo de veintiún años, y de que la investidura del derecho se retrasara más allá de lo permitido por la ley. Claramente tal eventualidad cabía dentro de lo posible por lo que la regla fue aplicada con todo su rigor [Re Wood (1894) 3 Ch. 381 (C. A.)]. En Re Frost el testador legó un inmueble a B de por vida; después al hombre con el que ella se casara, también de por vida; y después a aquellos de sus hijos que les sobrevivieran a ambos. Las disposiciones sometidas al control de perpetuidad son las dos últimas por ser contingentes, ya que en el momento de abrirse el testamento B no estaba casada. La única vida contemplada, implícita, es la de B. La disposición a favor de su posible marido resultaba válida porque el matrimonio de B sucedería en vida de esta y, por tanto, la investidura del derecho de su marido no podía ocurrir en ningún caso fuera del periodo de perpetuidad. Sin embargo, la disposición en favor de los hijos comunes del eventual matrimonio de B resultó ser nula, ya que la determinación de los mismos y con ella la investidura de sus derechos, no se producirían hasta que B y el hombre con quien ella contrajese matrimonio estuvieran muertos. Y cabía la posibilidad de que el marido sobreviviese a B y muriese más de 21 años después, momento en el que quedaría determinada por primera vez la clase beneficiaria y el *quantum* de su derecho (Re Frost (1890) 43 Ch. D. 246).

[43] Por ejemplo, las reglas de cierre de clase. Estas normas permitían que la liberalidad a un conjunto indeterminado de personas fuera salvada de la nulidad excluyendo del conjunto de beneficiarios a aquellos cuya inclusión invalidaría la transmisión.

[44] Según la regla del *common law*, si se legaba el *life interest* sobre una finca en favor de X, y después el *fee simple* o propiedad sobre dicha finca a los hijos de X cuando

cumplieran 30 años, el legado en favor de los hijos de X resultaba ser nulo. La medida del periodo la daba la vida de X más un término de 21 años. Como la regla del *common law* tomaba en consideración las posibilidades, y era posible que un hijo de X cumpliera 30 años más allá de los 21 años posteriores a la muerte de X, el legado contravenía la Regla contra la Perpetuidad. No importaba si finalmente todos los hijos de X llegaban a cumplir los 30 años dentro del periodo.

Con el principio de *wait and see*, esta disposición no se consideraba nula *ab initio*, sino que se esperaba a ver qué sucedía en la realidad y, solo de acuerdo con ella, se calificaba la validez o nulidad del derecho contingente cuestionado. Así, si todos los hijos de X cumplían 30 años dentro del plazo de la vida de X más los 21 años siguientes, su derecho se consideraba válido.

[45] FETTERS, 1975; DEECH 1984.

[46] LAW COMMISSION, 1998.

[47] Sección 15 (1) (a) PAA 2009

[48] Por ejemplo, una donación a A mientras viva, después a B y, cuando B muera, a C. Se trata de derechos sucesivos en unos mismos bienes que pueden estar sujetos a alguna contingencia, bien porque su adquisición depende del cumplimiento de alguna condición —entendiendo por tales las descritas en el apartado anterior a propósito de los distintos tipos de derechos futuros—, o porque sus titulares son personas no nacidas aún o indeterminadas. Tomando como base el mismo ejemplo, la donación podría ser a A en primer lugar, y después a aquel de los dos, B o C, que sobreviva a A. Si ambos sobreviven a A, para los dos en partes iguales. Y si no le sobrevive ninguno, el bien pasará a la Fundación de Lucha contra el Cáncer. En este supuesto los derechos de A, B, C y de la Fundación estarían sometidos a la Regla contra las Perpetuidades.

[49] Como se ha señalado anteriormente, el *term of years* se considera un híbrido entre derecho real y personal. Se suele traducir como derecho de arrendamiento o posesión exclusiva de un inmueble o una parte de este durante un periodo de tiempo determinado. El derecho inglés permite la creación por testamento de intereses o derechos futuros *executory* de carácter legal, es decir, sin usar un *trust*, en un *term of years* (GRAY, 1901, 418). Por ejemplo, el titular de un *term of years* de 100 años sobre una finca podría transmitir por testamento su derecho en la tierra a A mientras viviera y después el resto de los años que faltasen del término de 100 años a B. Desde un punto de vista teórico se consideraba que B tenía un derecho al *term of years* sometido a la condición de que A muriese antes de finalizar el término.

[50] Por ejemplo, una donación a X si X se gradúa en la Facultad de Derecho.

[51] Por ejemplo, una donación hecha al primer biznieto del disponente.

[52] Es el caso de una donación de un capital en *trust,* en favor de los nietos del disponente en partes iguales, con la condición de que ninguno de ellos llegue a la edad de 30 años sin haberse graduado en la Universidad. El instrumento que crea el *trust* dispone a su vez que, en caso de que la condición de graduarse se incumpla, el capital pase a B. En este caso es el derecho de B el que queda sometido a la Regla contra las Perpetuidades en cuanto derecho futuro contingente.

[53] Sección 7 (5) y (6).

[54] Sección 7 (3) y (4).

[55] Sección 2 (4) PAA 2009. Los planes de pensiones relevantes se definen en las secciones 1 y 181 del *Pension Schemes Act* 1993 (sección 20 (5) PAA 2009) e incluyen los planes de pensiones de empleo, los personales y las pensiones públicas (sección 20 (4) PAA 2009).

[56] Sección 2 (5) PAA 2009.

[57] La ley se refiere a las disposiciones que un titular de un plan de pensiones puede hacer en previsión de su muerte anticipada. En caso de fallecimiento del titular sin haber llegado a cobrar su pensión, su parte en el fondo del plan, en cuanto activo de su patrimonio, pasará a sus sucesores testamentarios o *ab intestato*, en su caso. Pero también

pueden darse dos situaciones de derechos nacidos bajo un plan de pensiones relevante que sí estarían sometidos a la Regla contra las Perpetuidades:

a) que el titular haya designado a unos beneficiarios del fondo para el caso de su fallecimiento anticipado en lo que se conoce como nominación o documento de manifestación de voluntad (*nomination o expression of wish form,* en el inglés original). Si el titular crea un *settlement* con derechos sucesivos contingentes a favor de sucesivos beneficiarios, estos derechos no están exentos de la Regla contra las Perpetuidades.

b) que se haya concedido a los *trustees* del plan de pensiones el poder de decidir, entre una clase de posibles beneficiarios elegidos por el titular del plan de pensiones, quien le sucederá en sus derechos para el caso de su fallecimiento anticipado (*power of advancement*). Esa clase de beneficiarios puede incluir a la viuda, viudo, hijos, parientes, personas dependientes y cualquier otra persona que el titular del plan decida. Si los *trustees* deciden crear un *settlement* con derechos sucesivos en favor de algunos o todos los miembros de la clase de beneficiarios, esas disposiciones, en la medida en que sean contingentes, estarán sometidas a la Regla contra las Perpetuidades. El período de perpetuidad se medirá a partir de la fecha en que el titular se unió al plan.

[58] Por ejemplo, son relativamente frecuentes los casos en que los *trustees* tienen los derechos legales para administrar tierras con grandes depósitos minerales. Las empresas que se dedican a extraer minerales suelen arrendar la tierra con fines de extracción. Ahora bien, teniendo en cuenta el tiempo que se necesita para la extracción de todo el mineral y las características de este tipo de explotación, puede que, desde un punto de vista económico, les interese más adquirir una serie de derechos de opción de arrendamiento sobre diferentes partes de la tierra con carácter sucesivo que un derecho de arrendamiento sobre toda la tierra durante un periodo largo de tiempo. Por ejemplo, un arrendamiento por 10 años sobre una parte del terreno para permitirles extraer los minerales de esa parte; cuando este arrendamiento expire, un derecho de opción de otro arrendamiento por otros 10 años sobre otra parte del terreno con el mismo fin; y así, sucesivamente. Esto requiere que los *trustees* les otorguen derechos futuros de opción. A su vez los *trustees* pueden estar interesados en la explotación agrícola de la parte de los terrenos cuya extracción minera no ha empezado. Es decir, tiene más sentido comercial, tanto para la empresa como para los *trustees,* una sucesión de arrendamientos sobre diferentes partes del terreno, en lugar de un solo arrendamiento otorgado por el tiempo total y sobre todo el suelo. Hasta 2009, estos derechos futuros de opción estaban sometidos a la Regla contra las Perpetuidades. Como se trataba de operaciones comerciales no había vidas contempladas por lo que el periodo estaba limitado a 21 años. La abolición de la Regla contra las Perpetuidades en relación a los derechos de opción facilita, en este sentido, el tráfico comercial.

[59] *Charity*, en el inglés original.

[60] Sección 5 (1) PAA 2009. El acta dispone en la sección 5 (2) que la especificación de cualquier otro periodo será ineficaz.

[61] Nótese que esto tiene dos excepciones mencionadas en el epígrafe III. 2. A. relativo a las exenciones del régimen de perpetuidad, a saber, las que hacen relación al nombramiento de beneficiarios de un plan de pensiones en caso de fallecimiento anticipado de su titular.

[62] Sección 20 (6) PAA 2009. Téngase en cuenta que solo se aplica el periodo de 125 años en caso de testamentos otorgados a partir del 6 de abril de 2009 (sección 15 (1) (a) PAA 2009). Para los otorgados con anterioridad, aunque el testador muera después de esa fecha, rige el régimen transitorio.

[63] Sobre este concepto véase el apartado III. 1.

[64] Tómese, por ejemplo, un instrumento que crea un *trust* que tiene efectos a partir del 1 de julio de 1980. El *settlement* especifica un periodo de perpetuidad de 80 años —tal y como permite la sección 1 del PAA 1964— a contar desde esa fecha y crea un poder especial de nombramiento que es ejercido con posterioridad a la entrada en vigor del

acta del 2009. En este caso el periodo de perpetuidad aplicable a cualquier disposición hecha en ejercicio de tal poder estará sometida a un periodo de perpetuidad de 80 años que comenzó a correr el 1 de julio de 1980 (sección 16 y 6 (2) PAA 2009).

[65] Sección 7 PAA 2009.

[66] Sección 7 (2) (b) PAA 2009. Por ejemplo, en virtud de la sección 31 del *Trustees* Act 1925 se permite a los *trustees* que realicen pagos discrecionales destinados a la educación de un menor titular de un derecho que todavía es contingente con cargo a los rendimientos de dicho derecho. La eventual nulidad posterior de este derecho por perpetuidad no conllevaría la nulidad de dichos pagos ni la obligación del menor de devolverlos.

[67] Por ejemplo, un *trust* donde el *settlor* haya nombrado como vidas contempladas a todos los descendientes vivos de la reina Victoria en el momento de la muerte del testador. Este es el caso de Re Villar donde se discutió la validez de la disposición en base a la dificultad de averiguar el paradero de tales descendientes y si estaban vivos o habían fallecido. Se consideró válido [Re Villar (1929) 1 Ch. 241]. Hoy, los *trustees* podrían optar por cambiar ese periodo de perpetuidad por el legal de 100 años con esa misma fundamentación.

[68] Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) Sentencia núm. 710/2010 de 22 de noviembre. *RJ* 2010, 7983.

[69] Es cierto que los actos onerosos son menos habituales en la práctica, pero existen. Piénsese en un contrato de compraventa de una empresa donde el vendedor pacte que el precio se entregue en *trust* en favor de una sucesión de beneficiarios algunos de los cuales ostenten derechos contingentes.

(Trabajo recibido el 26 de octubre de 2021 y aceptado para su publicación el 13 de enero de 2022)

El reconocimiento del matrimonio de creencia en la Isla de Guernsey mediante la *Marriage (Bailiwick of Guernsey) Law 2020*

The legal recognition of belief marriages in the Marriage (Bailiwick of Guernsey) Law 2020

por

JOSÉ RAMÓN POLO SABAU
Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Málaga

RESUMEN: En este trabajo se examinan las principales características de la última reforma del Derecho matrimonial realizada en la Bailía de Guernsey, concretamente por lo que atañe al reconocimiento en este territorio del denominado matrimonio de creencia, esto es del matrimonio propio de los grupos ideológicos o filosóficos al que ahora también se reconoce eficacia civil junto al matrimonio religioso. De este modo, el reconocimiento de esta modalidad conyugal es ya prácticamente completo en el ámbito geográfico de las Islas británicas.

ABSTRACT: This paper deals with the study of the legal recognition of humanist marriage or, more widely speaking, of belief marriages in the Bailiwick of Guernsey, that has recently taken place by means of the Mar-

riage (Bailiwick of Guernsey) Law 2020. Humanist and other belief marriages are al last legally recognised in this Bailiwick as they have been already accepted as valid marriages in almost all the other jurisdictions in the British Islands.

PALABRAS CLAVE: Sistema matrimonial. Matrimonio religioso. Matrimonio de creencia. Matrimonio humanista. Bailía de Guernsey.

KEY WORDS: Law on marriage. Religious marriage. Belief marriage. Humanist marriage. Bailiwick of Guernsey.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA EFICACIA CIVIL DEL MATRIMONIO DE CREENCIA EN LA *MARRIAGE (BAILIWICK OF GUERNSEY) LAW 2020*.—III. LAS CLAVES DE ESTA REFORMA LEGAL Y LA YA CASI PLENA IMPLANTACIÓN DEL MATRIMONIO DE CREENCIA EN LAS ISLAS BRITÁNICAS.—IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Hace ahora algo más de un año fue dictada la sentencia de la *High Court* de 31 de julio de 2020 en el caso *Harrison v. Secretary of State for Justice & Others*[1], con la que se declaró al fin, judicialmente, el carácter discriminatorio de la falta de reconocimiento del matrimonio humanista en Inglaterra y Gales.

En esta resolución, pese a lo que acaba de señalarse, por razones de oportunidad se ha permitido que la efectiva incorporación de esta figura al ordenamiento de ambos países sea pospuesta hasta que concluya el proceso de revisión y reforma global del sistema matrimonial que actualmente está en curso, para así poder dar un encaje más cabal a esa novedosa categoría en el contexto del nuevo modelo que se pretende implantar, pero en todo caso queda claro que esa incorporación es ya inevitable y, con ello, puede decirse que tras esa sentencia, en el ámbito de las Islas británicas, ya solo restaban por reconocer esta modalidad conyugal —la del matrimonio humanista o, más ampliamente, la del llamado matrimonio de creencia del que aquel sería un ejemplo arquetípico— las legislaciones de dos de las denominadas Islas del Canal, concretamente las de la Isla de Man y la Isla de Guernsey; en todos los restantes ordenamientos que forman parte de ese contexto geográfico había ya sido admitido el matrimonio de creencia como una de las modalidades maritales civilmente eficaces[2].

En este contexto ha sido aprobada la *Marriage (Bailiwick of Guernsey) Law 2020*, con la que ahora también esta Bailía se incorpora a toda esa dinámica de aceptación del denominado matrimonio de creencia, de manera que su reconocimiento ya es prácticamente completo en el ámbito de las Islas británicas con la única excepción, por el momento, de la legislación propia de la Isla de Man.

Así las cosas, en las páginas que siguen pretendo muy sumariamente dar razón de las principales características del régimen de atribución de la eficacia civil al matrimonio de creencia en la Isla de Guernsey, conforme a lo estipulado en esta reciente normativa[3].

II. LA EFICACIA CIVIL DEL MATRIMONIO DE CREENCIA EN LA *MARRIAGE (BAILIWICK OF GUERNSEY) LAW 2020*

En primer lugar parece conveniente precisar cuál es el significado esencial de esta peculiar categoría jurídica y, en este sentido, cabe señalar que por matrimonio de creencia se entiende el matrimonio celebrado según los ritos propios de ciertos grupos sociales cuya misma razón de ser estriba en la profesión y promoción conjuntas de unas determinadas creencias o convicciones de naturaleza ideológica o filosófica, esto es los llamados grupos seculares (*secular bodies*) o grupos de creencia (*belief bodies*) según el ordenamiento de que se trate. Particularmente uno de ellos, el que puede considerarse el arquetipo de este género de organizaciones como es el caso de los llamados humanistas, desde hace décadas goza en el ámbito de las Islas británicas de una gran implantación social, y de hecho ha sido por lo general este grupo el que ha impulsado la mayor parte de las iniciativas de reconocimiento legal de su propia forma de celebración conyugal, lo que a su vez explica que con frecuencia, en el marco de estas legislaciones, se hable solo del reconocimiento del matrimonio humanista e incluso la normativa se refiera expresamente a él aunque, en rigor, comporte un régimen que más ampliamente resulta aplicable a cualquiera de los grupos de creencia que reúnan los requisitos establecidos al efecto.

Entrando ya en los rasgos más sobresalientes de la regulación que nos ocupa debe inicialmente destacarse que, a diferencia de lo que acontece en otros modelos que adoptan como presupuesto el de la celebración del enlace en un edificio o dependencia oficialmente habilitado para tal fin (*registered buildings*), caso de la normativa inglesa, en la introducción de esta nueva modalidad conyugal en Guernsey se sigue un esquema que gira en torno a la figura del celebrante autorizado, algo que ya se había verificado en algunos países como, por ejemplo, la República de Irlanda en la que, además, desde la gran reforma del año 2004 se estableció un régimen

común aplicable a todas las formas conyugales y basado en esa misma figura (*registered solemnizer*).

En esencia ello significa que el enlace llevado a cabo con arreglo a los ritos propios de un grupo ideológico o filosófico —como asimismo el celebrado en cualquier forma religiosa, salvo la propia de la Iglesia de Inglaterra que goza de un estatuto especial— será civilmente eficaz, bajo ciertas condiciones, si se realiza ante un celebrante oficialmente autorizado para ello[4], con independencia del lugar concreto en el que esa ceremonia se desarrolle. De hecho, la norma sobre este último aspecto deja un margen amplísimo a la libre elección de los contrayentes, que podrán contraer nupcias en prácticamente cualquier lugar siempre, eso sí, que medie el previo acuerdo con el celebrante y, en su caso y como es lógico, que se cuente con la aquiescencia del propietario[5], si bien es cierto que, como después se verá, la reglamentación vigente confiere al celebrante la facultad de impedir que el enlace se celebre en determinados lugares que por diversas razones la norma considera como inadecuados a ese propósito.

La competencia para determinar quienes pueden acceder a la condición de celebrantes autorizados corresponde a la Administración registral (*the Registrar-General,* también conocido como *Her Majesty's Greffier*), a la que la ley ordena establecer y gestionar el correspondiente Registro en el que podrán inscribirse aquellas personas que reúnan los requisitos para asistir válidamente a la celebración del matrimonio, ya sea esta en forma religiosa (*authorised religious officials*) o en forma civil (*civil celebrants*)[6].

A estos efectos, la ley establece unas pautas generales relativas al modo en el que habrá de verificarse el proceso de inscripción en ese Registro público, al tiempo que remite a la potestad reglamentaria el desarrollo específico de dichas pautas.

Esta última normativa infralegal ha sido instaurada mediante las *Marriage (Bailiwick of Guernsey) Regulations, 2020*, y en ella se establecen dos regímenes diferenciados aplicables, respectivamente, al proceso de autorización del celebrante civil y al del celebrante religioso —este último excepción hecha de la forma anglicana, ya se ha dicho—; ambos procedimientos presentan algunas peculiaridades propias pero puede decirse que, en lo esencial, responden a un mismo esquema regulativo.

Por lo que hace a la figura del celebrante civil, que es la que ahora me interesa destacar habida cuenta de que es la que va a servir de cauce de reconocimiento al matrimonio de creencia, la normativa estipula que los requisitos que ha de observar la persona solicitante de acceso al Registro de celebrantes autorizados son los siguientes: *a)* ser mayor de dieciocho años; *b)* aportar un satisfactorio certificado de antecedentes penales; *c)* tener algún tipo de cualificación o experiencia que avale su autorización como celebrante autorizado, o aportar acreditación de su pertenencia a una orga-

nización profesional o de otra naturaleza que sea relevante a estos efectos; *d)* tener buenas habilidades de comunicación y de relación interpersonal; *e)* tener conocimiento y plena comprensión de los requisitos legales para la válida celebración del matrimonio y ser capaz de garantizar el cumplimiento de todos ellos y; *f)* de no acreditarse alguna de las antedichas cualidades, al menos poder ser considerada una persona idónea (*a fit and proper person*) para realizar esta función[7].

Habiendo ya accedido al Registro de celebrantes autorizados, la normativa reglamentaria establece una serie de requisitos que el sujeto en cuestión ha de satisfacer en el desempeño de su función y que, básicamente, atañen a su formación específica para este cometido, a su responsabilidad en el desempeño del mismo y, por último, a la celebración propiamente dicha del connubio.

Respecto del primero de esos aspectos, el celebrante autorizado, ya sea este civil o religioso, está en todo momento obligado a atender los requerimientos que se le hicieren desde la Administración registral para recibir la formación que esta considere necesaria en orden a garantizar que los matrimonios se celebran con arreglo a las previsiones legales, previsiones estas cuyo efectivo cumplimiento el celebrante está obligado a asegurar en cada uno de los enlaces a los que asista en tal condición[8].

Adicionalmente, pero ya solo en relación con el celebrante civil, la norma estipula que este habrá de suscribir un seguro de responsabilidad civil y habrá de hacer públicas sus tarifas[9] y, asimismo, en cada uno de los matrimonios a los que asista, debe también desarrollar los siguientes cometidos concretos: *a)* acordar con los contrayentes y poner por escrito tanto la forma como el contenido de la ceremonia nupcial; *b)* asegurarse de que esa forma y ese contenido cumplen con todos los requisitos legales; *c)* asegurarse también de que el lugar de celebración, y en su caso el lugar que se haya previsto como alternativa, son los adecuados y en ningún caso atentan contra la dignidad y solemnidad que se exigen a la ceremonia matrimonial ni ponen en riesgo la salud o la seguridad de los propios contrayentes ni de las restantes personas asistentes al enlace, y garantizar igualmente que se cumplen todas las normas relativas al uso de ese lugar para esta concreta finalidad y las eventuales instrucciones de la Administración registral sobre este aspecto; *d)* asegurarse, por último, de que el matrimonio se celebra efectivamente en la fecha, hora y lugar especificados en la correspondiente licencia matrimonial[10].

Por lo demás, esos mencionados requisitos legales atinentes tanto a la forma como al contenido del acto de celebración son relativamente sencillos y, partiendo de la premisa de que ambos aspectos en principio podrán ser libremente determinados por los contrayentes de común acuerdo con el celebrante, se reducen a la exigencia de que en todo caso el enlace se

celebre en presencia de este último junto a la de otros dos testigos mayores de dieciocho años y, asimismo y de conformidad con el papel preeminente del consentimiento como verdadera causa eficiente del matrimonio, a la obligación de que inequívocamente se exprese la mutua voluntad marital en una escueta fórmula especificada por la norma[11].

También en relación con la celebración nupcial cabe por último destacar que la Ley, en estos supuestos en los que interviene ya sea un celebrante civil autorizado o bien el encargado del Registro, prohíbe expresamente la presencia en la ceremonia de cualquier referencia o contenido religioso salvo que estos sean de un muy escaso relieve y se enmarquen de manera incidental en un contexto esencialmente no religioso, y ello con el visible propósito de marcar con claridad la diferencia entre lo que legalmente se considera una forma religiosa de celebración marital y lo que no ha de ser tenido por tal[12].

Una vez satisfechos todos los precitados requerimientos normativos, la Ley ordena cumplimentar el correspondiente acta matrimonial bajo unas condiciones comunes tanto en lo que atañe al celebrante civil como al religioso[13], y, finalmente, establece el régimen de la pertinente inscripción registral de los matrimonios celebrados al amparo de esta normativa[14].

III. LAS CLAVES DE ESTA REFORMA LEGAL Y LA YA CASI PLENA IMPLANTACIÓN DEL MATRIMONIO DE CREENCIA EN LAS ISLAS BRITÁNICAS

Como se anticipó, con la promulgación de esta ley en la Bailía de Guernsey se alcanza la prácticamente plena implantación del matrimonio de creencia en el ámbito geográfico de las Islas británicas, actualmente con la ya única excepción de la legislación de la Isla de Man y en espera de que la normativa inglesa y galesa se adapte próximamente a lo ordenado por la *High Court* en este sentido, lo que no deja de ser llamativo si se tiene en cuenta que hace apenas una década esta novedosa categoría jurídica carecía por completo de reconocimiento legal en esos territorios.

En paralelo a lo acontecido en los restantes ordenamientos en los que este fenómeno ha tenido ya lugar, asimismo en Guernsey la irrupción de la figura del matrimonio de creencia debe mucho a la presión social ejercida especialmente por el grupo de los humanistas, apoyada argumentalmente de manera primordial, también en este caso, en la reivindicación de la plena vigencia en este ámbito del principio de igualdad, esto es en la pretensión de que los ritos maritales propios de los grupos ideológicos o filosóficos no sean objeto de discriminación frente a las formas religiosas de celebración conyugal.

A este respecto puede advertirse que en puridad, si lo que se pretendía era dar plena satisfacción al principio de igualdad llevándolo hasta sus últimas consecuencias en este terreno, cabe pensar razonablemente que acaso lo más adecuado hubiese sido establecer un único régimen verdaderamente común, con los mismos requisitos para todas las formas de celebración matrimonial, sin distinciones basadas en la naturaleza religiosa, ideológica o filosófica de dichas formas, pero lo cierto es que eso no ha sucedido así en ninguna de estas legislaciones y tampoco ahora en la nueva normativa de la Bailía de Guernsey. Por el contrario, en todos estos supuestos se ha admitido la eficacia civil del matrimonio de los grupos ideológicos o filosóficos pero instaurándose, a ese fin, un nuevo cauce específico para su reconocimiento, es decir, se ha mantenido un estatuto propio para las formas conyugales religiosas al que se ha añadido la correspondiente vía de reconocimiento prevista en este caso para el matrimonio de creencia.

Esta circunstancia, por un lado, como decía no deja de resultar muy discutible a la luz del principio de igualdad, al menos en la medida en la que se contemplan requisitos que, aun siendo a menudo muy similares, no son exactamente los mismos para una u otra modalidad conyugal (matrimonio religioso y de creencia), con lo que persiste una cierta desigualdad de trato cuya justificación última, a mi modo de ver, no termina de comprenderse, especialmente si ello se contempla bajo el prisma del carácter netamente accesorio del papel que desempeña la forma de celebración en el esquema legal del matrimonio.

Pero además, esta opción por esa dualidad de regímenes ha generado otros problemas adicionales, especialmente a la hora de acotar el objeto propio del nuevo mecanismo de reconocimiento previsto para el matrimonio de creencia, al reproducirse en este último algunas de las dificultades definitorias que ya se habían experimentado respecto del estatuto propio de las formas matrimoniales religiosas, esto es al tratar de determinar estas legislaciones lo que haya de ser tenido por una tal forma religiosa entrando así, de lleno, en el conocido y tan espinoso problema que plantea la definición del concepto de religión o de lo religioso desde el ámbito del Derecho.

Ahora, al instaurarse en estos ordenamientos un régimen específicamente aplicable a las formas conyugales de las organizaciones ideológicas o filosóficas, bajo la concepción de los grupos de creencia o grupos seculares, ese mismo problema se traslada a la necesidad de definir, también jurídicamente, lo que haya de entenderse por tales grupos, dando como resultado enunciados legales que a menudo transitan tortuosamente entre lo puramente tautológico y lo directamente aporético, como ya había sucedido a propósito del régimen de reconocimiento del matrimonio religioso[15].

No obstante, en el caso de Guernsey, esas dificultades definitorias en alguna medida parecen haberse logrado evitar, pues la Ley, en rigor, no

establece un mecanismo específico de reconocimiento para el matrimonio de los grupos de creencia o seculares, no se refiere expresamente a las formas conyugales de los grupos ideológicos o filosóficos, sino que, como se vio, instaura un procedimiento mediante el que puede ser acreditado como celebrante civil cualquier individuo que, además de cumplir otros requisitos, pueda aportar «acreditación de su pertenencia a una organización profesional o de otra naturaleza que sea relevante a estos efectos». Obviamente, en ese tan amplio o incluso tan inespecífico enunciado caben las organizaciones ideológicas o filosóficas y entre ellas por supuesto el grupo de los humanistas, y de hecho sabemos por los antecedentes que la nueva regulación está diseñada con el propósito primordial de atender a las peticiones de reconocimiento de su propio matrimonio que desde hace años viene realizando este último grupo, pero el hecho de que se haya optado por una fórmula legal como la referida, de entrada, parece hacer innecesaria la definición o determinación legal simultánea de lo que jurídicamente haya de entenderse por un grupo de esa naturaleza, ideológica o filosófica.

Todo ello no impide constatar, por lo demás, que en cierto modo el hecho de que se haya empleado un enunciado legal tan indeterminado no deja de generar una cierta inseguridad jurídica y, en realidad, no hace sino trasladar el problema desde el terreno legal al plano de la determinación administrativa, pues en última instancia será la Administración registral la que, mediante su praxis en este ámbito, vaya esclareciendo lo que debamos considerar un grupo o una organización «relevante a estos efectos», aunque parece también obvio que este problema hermenéutico no es exactamente el mismo que el que suscita la necesidad de concretar, jurídicamente, el significado de la categoría del grupo de creencia o grupo secular.

A priori, a tenor de lo que dispone la norma sobre este aspecto relativo a su ámbito subjetivo de aplicación, lo único que podemos concluir con certeza es que de la noción de la organización «relevante a estos efectos» hemos de entender excluidas a las confesiones religiosas, ya que estas mantienen su estatuto propio de reconocimiento de la eficacia civil de sus ritos conyugales, pero más allá de esto la Ley, en principio, no aporta otros rasgos definitorios de aquel tipo de organizaciones, en los que pueda apoyarse el encargado del Registro a la hora de acreditar a un individuo como celebrante civil con arreglo al procedimiento establecido; no lo hace cuanto instaura los requisitos que han de observarse en ese procedimiento de acreditación y tampoco se aprecian dichos rasgos definitorios en otras facetas de esta regulación en las que el legislador se ve obligado a replicar, por así decirlo, lo estipulado en el régimen del matrimonio religioso para hacerlo extensible al nuevo cauce de reconocimiento del matrimonio de creencia, como por ejemplo acontece en el supuesto de la eventual inspección de la labor llevada a cabo por los celebrantes, allí donde la norma se limita a señalar que

la Administración registral podrá establecer consultas con la organización o con la confesión religiosa implicadas, en los casos del celebrante civil o del celebrante religioso respectivamente[16]. Así pues habrá que estar, como advertía, a lo que, a estos efectos, pueda ir coligiéndose de la praxis administrativa en el proceso de acreditación de los celebrantes civiles.

Ello aparte y en el plano ahora de su explicación dogmática, el esquema adoptado por la Ley invita a hacer alguna precisión respecto a la manera en la que suelen describirse los sistemas matrimoniales anglosajones. Tradicionalmente, en estos modelos a menudo se ha hablado de la forma religiosa, en cierto modo, como una modalidad más del matrimonio civil, único tipo de matrimonio válido, expresando un fenómeno (el de la ocasionalmente llamada *civilización* de la forma religiosa, propio de estos sistemas) por el que la doctrina científica ha podido referirse a la celebración ante el encargado del Registro como la forma *estrictamente civil*, en contraposición a esos ritos religiosos que serían también concebidos como una forma civil de celebración o, tal vez mejor, como una de las modalidades admitidas de celebración del matrimonio civil. Conforme a esa premisa, cuando en otros ordenamientos se ha dado acogida al matrimonio de creencia mediante una vía propia de reconocimiento, en esos casos la caracterización doctrinal del modelo ha solido implicar la identificación, junto a la forma estrictamente civil, de otras dos modalidades en el sentido apuntado también *civiles*, el matrimonio religioso y el de creencia, pero en la normativa que nos ocupa, sin embargo, el recurso a la figura del *celebrante civil* para dar cauce de reconocimiento al matrimonio de creencia introduce un nuevo elemento que podría acaso inducir a error si no se percibe que, en realidad, nada ha cambiado en ese aspecto y también la forma religiosa puede ser concebida, bajo ese mismo prisma, como una forma civil o, si se prefiere, *civilizada* de celebración conyugal.

Por último, quizá convenga hacer alguna breve mención a las que, con toda probabilidad, constituyen las razones de fondo por las que, tanto en el caso de Guernsey como en el de otras jurisdicciones próximas, no se ha optado finalmente por dar satisfacción plena al principio de igualdad mediante la instauración de un único régimen común de reconocimiento aplicable a cualesquiera formas de celebración marital, siempre que estas satisfagan, obviamente, unos mínimos requisitos ligados a la necesaria certeza en la manifestación del mutuo consentimiento matrimonial.

Sobre esta cuestión me he pronunciado ya, amplia y detalladamente, en algunos de los estudios referidos al comienzo de estas páginas[17], pero quede ahora al menos apuntado el dato de que, en buena medida, esa circunstancia seguramente obedezca al hecho evidente de que la instauración de aquel hipotético régimen común obligaría a hacer tabla rasa de los estatutos propios de los que gozan en estos países ciertos matrimonios religiosos y,

particularmente, el matrimonio anglicano, en este último caso en estrecha relación ya sea con la vigencia actual en algunos de esos países del principio de confesionalidad, o bien con la presencia residual en ellos de determinados vestigios de dicho principio que otrora estuvo vigente.

La experiencia demuestra que este condicionante ha resultado ser, al cabo, de una gran importancia y casi invariablemente ha dado lugar a fuertes resistencias, generalmente por parte de las autoridades anglicanas, a la hora de aceptar cualquier cambio normativo que supusiera poner en cuestión su actual estatus privilegiado, tanto en materia matrimonial como asimismo en otras facetas de la legislación, y ello se ha visto en cierto sentido agravado por el hecho de que, a menudo, también las autoridades civiles han sido muy conscientes de que cualquier cambio en estas materias podría afectar, más ampliamente, a todo el modelo especialmente allí donde este se estructura en torno a la confesionalidad estatal, y, por ello, se han mostrado con frecuencia muy reacias a llevar a cabo cualquier reforma que pudiera poner en cuestión la globalidad del sistema, tal y como por ejemplo, paradigmáticamente, ha venido sucediendo a propósito de las reiteradas tentativas de supresión de la presencia institucional de los obispos anglicanos en la Cámara de los Lores, los llamados lores espirituales, una peculiar institución cuya eventual eliminación podría poner en riesgo en su totalidad la particular relación jurídica existente en Inglaterra entre la Iglesia, el Estado y la Monarquía, con consecuencias impredecibles, como en su día reconoció abierta y reveladoramente una Comisión oficial encargada de estudiar este asunto [18].

Un muy similar fenómeno y, por tanto, unas resistencias muy parecidas han podido apreciarse, en efecto, en algunas de las iniciativas de reforma que se han verificado en el contexto de estos sistemas matrimoniales, y esto es algo que sin duda podría explicar el trasfondo que viene impidiendo la instauración de regímenes comunes de reconocimiento para cualesquiera formas de celebración conyugal, un trasfondo al que, posiblemente, no haya sido tampoco ajena la solución normativa finalmente adoptada en la Bailía de Guernsey que ha sido aquí sumariamente analizada en sus notas esenciales.

IV. CONCLUSIONES

Con la Ley recientemente aprobada en la Bailía de Guernsey, que ha sido objeto de atención en estas páginas, se verifica el fenómeno de la ya prácticamente total implantación de la figura del matrimonio de creencia en el ámbito geográfico de las Islas británicas. De este modo, el matrimonio propio de los grupos ideológicos o filosóficos, los denominados grupos de creencia o grupos seculares, adquiere carta de naturaleza legal en todas las jurisdicciones que integran esos territorios, con la única excepción de la

normativa vigente en la Isla de Man, y lo hace en todos los casos, también en el que ahora nos ocupa, fundamentalmente bajo la premisa de que con ello se está garantizando de un modo más pleno la vigencia del principio de igualdad.

La normativa de Guernsey, además, ha optado por configurar su sistema matrimonial en este aspecto a partir de la institución del Registro de celebrantes, manteniendo la esencial dicotomía entre el celebrante civil y el religioso pero, al mismo tiempo, estableciendo una definición y unos requisitos de la primera de esas categorías lo suficientemente amplia y genérica como para dar encaje asimismo en ella a aquellos celebrantes autorizados que pertenezcan a las referidas organizaciones ideológicas o filosóficas. Así pues, cumpliendo lógicamente unos requisitos mínimos que garanticen la necesaria certeza en la mutua prestación del consentimiento conyugal, el matrimonio podrá válidamente contraerse en presencia de esos celebrantes autorizados y observando los ritos propios del grupo de creencia de que se trate.

Por lo demás, el cauce finalmente adoptado para proceder al reconocimiento legal del matrimonio de creencia, en la medida en la que supone su reconducción a la genérica categoría del celebrante civil autorizado y no implica, como acontece en otros ordenamientos cercanos, la instauración de un estatuto propio y específico para esa novedosa forma marital junto al régimen del matrimonio religioso, hace que no se presenten aquí los mismos problemas que a menudo plantea la definición legal de lo que haya de entenderse por un grupo de creencia —problemas a su vez paralelos a los que suscita la definición jurídica del grupo religioso—, aun cuando esos problemas no se eliminen en su totalidad como sí ocurriría de haberse optado por establecer un régimen verdaderamente común de reconocimiento para todas las formas conyugales, con independencia de su naturaleza «religiosa, ideológica o filosófica».

BIBLIOGRAFÍA

POLO SABAU, J.R. (2015). Sistema matrimonial y concepto legal de confesión religiosa en el ordenamiento jurídico inglés. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXXI, 595-635.

— (2015). La eficacia civil del matrimonio religioso y el nuevo *matrimonio de creencia* en el ordenamiento jurídico de Escocia. *Anuario de Derecho Civil*, Fasc. 1, 93-157.

— (2015). El matrimonio en forma religiosa y el matrimonio de los grupos ideológicos o filosóficos en el ordenamiento jurídico irlandés. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 3467-3562.

— (2016). *Matrimonio, Derecho y factor religioso*, Madrid, Ed. Dykinson.

— (2017). Una reciente propuesta de reforma del sistema matrimonial inglés: el informe de la *Law Commission* de 17 de diciembre de 2015. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 762, 1333-1366.

— (2017). El reconocimiento del llamado matrimonio de creencia en Irlanda del Norte: la revolucionaria sentencia de la *High Court* de 9 de junio de 2017. *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, núm. 29, 1-16.
— (2018). (2018). La consolidación del *matrimonio de creencia* en Irlanda del Norte. Comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones en el caso *Smyth, Re Judicial Review,* de 28 de junio de 2018. *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, 361-380.
— (2018). El reconocimiento legal de los *matrimonios de creencia* en Jersey tras la aprobación de la *Marriage and Civil Status (Amendment núm. 4) (Jersey) Law 2018*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 770, 3191-3212.
— (2019). La representación institucional de la Iglesia de Inglaterra en el Parlamento británico: un controvertido anacronismo amenazado de extinción. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 116, 139-165.
— (2020). Un nuevo Proyecto de ley de reconocimiento del matrimonio de creencia en Inglaterra: el *Marriage (Approved Organisations) Bill*. *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, núm. 10, 87-99.
— (2021). La (parcialmente exitosa) tentativa de reconocimiento del matrimonio humanista en Inglaterra y Gales por la vía jurisprudencial. *Anuario de Derecho Civil, Fasc. 4,* (*En prensa*).
— (2021). El fenómeno del reconocimiento jurídico de los *matrimonios de creencia* y la concepción de la libertad religiosa como un derecho especial. *VVAA, El Derecho Eclesiástico del Estado. En homenaje al Profesor Dr. Gustavo Suárez Pertierra*, Madrid, Tirant lo Blanch, 857-74.

NOTAS

[1] Cfr. [2020] EWHC 2096 (Admin.). Case No: CO/4609/2019. Un comentario más extenso del contenido de la sentencia puede verse, por ejemplo, en mi trabajo (2021). La (parcialmente exitosa) tentativa de reconocimiento del matrimonio humanista en Inglaterra y Gales por la vía jurisprudencial. *Anuario de Derecho Civil*, Fasc. 4 (*En prensa*).

[2] Me he ocupado del estudio detallado de esta cuestión en todos esos ordenamientos en (2015). Sistema matrimonial y concepto legal de confesión religiosa en el ordenamiento jurídico inglés. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXXI, 595-635; (2017). Una reciente propuesta de reforma del sistema matrimonial inglés: el informe de la *Law Commission* de 17 de diciembre de 2015. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 762, 1333-1366; (2020). Un nuevo Proyecto de ley de reconocimiento del matrimonio de creencia en Inglaterra: el *Marriage (Approved Organisations) Bill*. *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, núm. 10, 87-99; (2015). El matrimonio en forma religiosa y el matrimonio de los grupos ideológicos o filosóficos en el ordenamiento jurídico irlandés. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 3467-3562; (2015). La eficacia civil del matrimonio religioso y el nuevo *matrimonio de creencia* en el ordenamiento jurídico de Escocia. *Anuario de Derecho Civil*, Fasc. 1, 93-157; (2017). El reconocimiento del llamado matrimonio de creencia en Irlanda del Norte: la revolucionaria sentencia de la *High Court* de 9 de junio de 2017. *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, núm. 29, 1-16; (2018). La consolidación del *matrimonio de creencia* en Irlanda del Norte. Comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones en el caso *Smyth, Re Judicial Review, de 28 de junio de 2018*. *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, 361-380; (2018). El reconocimiento legal de los *matrimonios de creencia* en Jersey tras la aprobación de la *Marriage and Civil Status*

(Amendment no. 4) (Jersey) Law 2018. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 770, 3191-3212. Algunos de estos trabajos también publicados en mi libro recopilatorio (2016). *Matrimonio, Derecho y factor religioso*, Madrid, Ed. Dykinson.

[3] Las menciones o las citas literales de los correspondientes preceptos (secciones) que en lo sucesivo se realizarán en este trabajo, salvo que se precise otra cosa, deben entenderse todas ellas referidas a esta ley.

[4] Según establece la sección 5 (1), *a marriage may be solemnised by* - […] *(b) a civil celebrant, authorised for the purposes of this Law by the Registrar-General («civil celebrant»)* (El subrayado en el original).

[5] Así lo dispone la sección 33 (19): «*Subject to subsection (2), a marriage may be solemnised at any place in the Bailiwick (including, for the avoidance of doubt, its territorial waters and airspace), which has been agreed between the marriage celebrant and the persons to be married*».

[6] Según dispone la sección 8 (1), *The Registrar-General must establish and maintain a register of persons, in such form as the Registrar-General may determine, who are - (a) civil celebrants, for the purposes of section 5(1)(b), or (b) authorized religious officials, for the purposes of section 5(1)(d)*.

[7] La sección 2 (*Application for authorisation of civil celebrant*) de las *Regulations* establece lo que sigue: «*(1) A person who wishes to be authorised as a civil celebrant must apply to the Registrar-General for such authorisation in accordance with section 9(1) of the Law. (2) The matters to be taken into account by the Registrar-General for the purposes of section 9(5)(b) of the Law in determining an application for authorisation as a civil celebrant shall include (without limitation) whether the applicant (a) has attained the age of 18 years, (b) has provided a satisfactory basic criminal record certificate, (c) has any qualifications or experience relevant to authorisation as a civil celebrant or accreditation or affiliation with any professional or other relevant organisation, (d) has good interpersonal and communication skills, (e) understands the requirements of and under the Law and is able fully to comply, and ensure compliance, with those requirements, and (1) is otherwise a fit and proper person to be a civil celebrant*».

[8] Según establece la sección 4 (2) de las *Regulations*, «*A civil celebrant or authorised religious official must — (a) at any time, if so required by the Registrar-General, undertake such further training as the Registrar-General may require in order to ensure that marriages are solemnised in compliance with the Law, (b) in relation to any particular marriage for which the civil celebrant or authorised religious official is the marriage celebrant ensure that it is conducted in accordance with the requirements of the Law and of any other applicable enactment or rule of law*».

[9] «*A civil celebrant must — (a) hold a current policy of public liability insurance in the minimum sum of £5,000,000, such policy to be produced to the Registrar-General whenever so required and (b) publish the fees chargeable by the civil celebrant in respect of the civil celebrants functions under the Law*» (Sección 4 (3) de las *Regulations*).

[10] «*A civil celebrant must in relation to any marriage — (a) agree in writing with the persons to be married the form and content of the marriage ceremony, (b) ensure that the form and content so agreed complies with the requirements of the Law, (c) ensure that the agreed location, and alternative location if applicable, of the marriage is suitable and is not likely to prejudice — (i) the dignity and solemnity of the marriage ceremony, and (ii) the health and safety of the persons to be married and any persons attending the marriage ceremony, and that any legal requirements relating to the use of the location for a marriage ceremony, and any guidance issued by the Registrar-General, are complied with, (d) subject to section 29(3)(a) of the Law, ensure that the marriage is solemnised on the date, at (or within one hour after) the time, and at a place, specified in the licence issued in respect of that marriage*» (Sección 4 (4) de las *Regulations*).

[11] *«(1) Subject to the following provisions of this section, a marriage may be solemnised between the persons named in the licence issued in respect of that marriage according to such*

form and ceremony as has been agreed between the marriage celebrant and the persons to be married. (2) A marriage must be solemnized in the presence of two witnesses who have attained the age of 18 years in addition to the marriage celebrant. (3) During the solemnisation of a marriage, each party must say to the other — (a) 'I do solemnly declare that I do not know of any lawful reason why I, [AB], may not be joined in marriage to [CD]', and (b) 'I call upon the persons here present to witness that I, [AB], take you, [CD], to be my lawful wedded wife [or husband, as the case may be]'» (Sección 34).

[12] Según establece la sección 35, *(1) No religious service may be used at any marriage solemnised by the Registrar-General or by a civil celebrant ('the proceedings'). (2) Without prejudice to the generality of subsection (1), the proceedings must not — (a) be led by a minister of religion or other religious leader, (b) include vows or extracts from an authorised religious marriage service or from sacred religious texts, (c) involve any religious ritual or symbol, or permit prayers, (d) include any form of worship. (3) But the proceedings may include limited use of readings, songs or music that contain references of a religious nature in an essentially non-religious context provided that the Registrar-General or civil celebrant is satisfied that the extent of the proposed use of such readings, songs or music during the proceedings is not such that it would contravene subsection (1). (4) For the purposes of this section any material used by way of introduction to, in any interval between partículos of, or by way of conclusion to the proceedings must be treated as forming partículo of the proceedings* (El subrayado en el texto legal).

[13] La sección 36, bajo la rúbrica *Formation of marriage*, estipula lo que sigue: *(1) After the parties have made the declaration in section 34(3), the parties to the marriage and the witnesses must sign and date the marriage return form. (2) If the marriage celebrant — (a) is satisfied that the parties to the marriage who have made the said declaration are the same persons whose signatures are on the signature verification form, and (b) has no reason to believe that either of the parties to the marriage is incapable of consenting to the marriage or has not freely consented to enter into the marriage, the marriage celebrant must sign and date the marriage return form. (3) The marriage is formed when the marriage return form has been signed by the parties to the marriage, the witnesses and the marriage celebrant. (4) Where a person who is required to sign and date the marriage return form is unable to do so by reason of physical disability, a representative may sign on the person's behalf at his or her direction*.

[14] Cfr. las secciones 51 y sigs.

[15] Más ampliamente puede verse mi trabajo El fenómeno del reconocimiento jurídico de los *matrimonios de creencia* y la concepción de la libertad religiosa como un derecho especial. *VVAA, El Derecho Eclesiástico del Estado. En homenaje al Profesor Dr. Gustavo Suárez Pertierra*, Madrid, Tirant lo Blanch, 857-74.

[16] *Where an investigation relates to — (a) a civil celebrant the Registrar-General may, in carrying out the investigation, consult such persons or bodies as the Registrar-General deems necessary, or (b) an authorised religious official, the Registrar-General must in carrying out the investigation, consult the governing body of the relevant religious organization* (Sección 6(5) de las *Regulations*).

[17] *Vid.* notas 1 y 2.

[18] Un estudio más detallado de esta institución puede verse en mi trabajo (2019). La representación institucional de la Iglesia de Inglaterra en el Parlamento británico: un controvertido anacronismo amenazado de extinción. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 116, 139-165.

(Trabajo recibido el 20 de octubre de 2021 y aceptado para su publicación el 13 de enero 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 22-12-2021
BOE 4-1-2022
Registro de la Propiedad de Alcorcón, número 3.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS PARA LA REINSCRIPCIÓN A FAVOR DEL VENDEDOR.

Se trata de una transacción judicialmente homologada por la que se acuerda la resolución de una compra sujeta a condición resolutoria. Falta cumplir los requisitos, especialmente la consignación.

Se trata de una homologación de un acuerdo transaccional, por lo que el auto protocolizado carece del contenido y los efectos propios de las sentencias. Tal como recoge el auto objeto de protocolización, se limita a homologar la transacción solicitada por las partes y en los términos expuestos en los antecedentes de la resolución, que se dan por reproducidos y se declara por finalizado el proceso. Así pues, el juez, al homologar el acuerdo, se ha limitado a comprobar la capacidad de las partes para transigir, pero no ha llevado a cabo una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes no alterándose el carácter privado del documento (arts. 1809 y sigs. CC y 19 y 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Es doctrina reiterada de esta Dirección General sobre la condición resolutoria explicita (véase Resoluciones señaladas en los «Vistos») que la reinscripción del inmueble en favor del vendedor, como consecuencia del ejercicio de la facultad de resolución pactada al amparo de los artículos 1504 del Código Civil y 59 del Reglamento Hipotecario, está sujeta a determinados requisitos para salvaguardar la posición jurídica de las partes: primero, debe aportarse el título del vendedor;

segundo, la notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución; tercero, el documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6.a RH).

Así, como bien señala la registradora, la homologación judicial del acuerdo transaccional por el que las partes resuelven la compraventa y se pretende la inscripción a favor del vendedor, no es título suficiente por exigencias de la legislación hipotecaria, al existir titulares de cargas posteriores. Por tanto, la consignación trata de tutelar no solo el interés del comprador cuya titularidad se resuelve o de los titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la condición resolutoria, sino el de cualquiera que pueda proyectar algún derecho sobre las reseñadas cantidades, aunque el comprador ya no sea titular de la finca.

Resolución de 22-12-2021
BOE 4-1-2022
Registro de la Propiedad de Pego.

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Para la inscripción de una rectificación de cabida es preciso que el registrador no albergue dudas sobre la identidad de la finca.

La registración de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados.

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 se acompaña de documentación contradictoria, reveladora de la existencia de un conflicto latente en la delimitación de las parcelas catastrales.

Resolución de 22-12-2021
BOE 4-1-2022
Registro de la Propiedad de Vigo, número 3.

HIPOTECA: DISTINTAS POSIBILIDADES DE NOVACIÓN CON O SIN MANTENIMIENTO DE RANGO.

Para la inscripción de una escritura de novación hipotecaria es necesario que conste con claridad si se quiere inscribir como segunda hipoteca o como una sola con mantenimiento de rango.

La ampliación de hipoteca ha de asimilarse a efectos prácticos a la constitución de una nueva. Si se tratara de ampliación sobre la misma finca ya hipotecada con anterioridad, de existir cargas intermedias, la pretendida ampliación no puede perjudicarlas, pero la garantía hipotecaria preferente no tiene por qué posponerse a ellas, de modo que la ejecución de esa carga intermedia determinará la cancelación de la llamada ampliación en tanto que hipoteca de rango posterior (art. 134 LH), pero no la de la hipoteca inicial.

Igualmente ha tenido ocasión de señalar la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. Resolución de 17 de enero de 2002) para las llamadas ampliaciones de préstamo hipotecario con incremento de responsabilidad hipotecaria, que, si lo querido por las partes es la subsistencia de la obligación inicial, aunque ampliado su contenido u objeto, debe quedar excluido cualquier ánimo novatorio con alcance extintivo (cfr. art. 1204 CC). El efecto meramente modificativo y no extintivo de la ampliación del préstamo hipotecario tuvo su expreso reconocimiento legal en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, al modificar el artículo 4 de la Ley 2/1994.

La correcta comprensión de ese artículo no puede fundamentarse en una aparente interpretación literal del precepto dada su difícil redacción. Congruentemente con esa intención de ampliar los supuestos de novación meramente modificativa, los párrafos segundo y tercero del artículo 4 de la ley establecen, en primer lugar, en una correcta interpretación literal que no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita ni la ampliación o reducción de capital, ni la alteración del plazo ni ninguna de las otras modificaciones previstas en el apartado segundo; es decir, que por sí sola la ampliación del capital no genera un incremento de la responsabilidad hipotecaria pues entonces carecería de razón de ser su inclusión en el apartado segundo, ni tampoco por sí sola la ampliación del plazo puede generar una pérdida de rango de la hipoteca por implicar una ampliación del plazo por esa misma razón. Por tanto, parece obligado reconocer que ese nuevo modelo es el que se debe desprender de la voluntad de los redactores de la norma de introducir la «recarga» de la hipoteca, como medio de flexibilización de la accesoriedad de la misma, a fin de convertirla en un instrumento financiero más útil para el deudor.

La ampliación del capital no supondrá, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o exista una ampliación del plazo del préstamo por este incremento de la responsabilidad hipotecaria o ampliación del capital. Con esta interpretación se reconoce la posibilidad de la recarga de la hipoteca, entendida como la facultad de compensar las cantidades amortizadas del principal con los nuevos importes concedidos, siempre que la suma de estos con el capital pendiente de amortización del préstamo

primitivo no supere la cifra de capital inicialmente concedido, aunque existan acreedores intermedios, y con el mantenimiento del rango de la hipoteca que seguirá siendo única.

Esta doctrina implica respecto de las hipotecas otorgadas a partir de la entrada en vigor de la Ley 41/2007, es decir, del 9 de diciembre de 2007, la modificación del criterio de la Resolución de 12 de mayo de 2011 ya que las partes ante un acuerdo de ampliación del capital podrán, aun existiendo titulares de derechos inscritos con rango posterior, optar, sin perder el de la hipoteca inscrita, entre utilizar la posible recarga existente no alterando la responsabilidad hipotecaria si en la misma cupiere el nuevo importe concedido, utilizar la posible recarga existente y constituir por el nuevo importe concedido que exceda de la misma una nueva hipoteca, o prescindir de la recarga y constituir directamente una segunda hipoteca. Ahora bien, en los dos últimos supuestos nada impide que, en ausencia de terceros titulares de inscripciones o anotaciones posteriores a la hipoteca cuyo capital es objeto de ampliación (y de la nota marginal a que se refiere el último inciso del art. 4.3 Ley 2/1994), las partes acuerden el mantenimiento de una única hipoteca en garantía de la obligación única y uniforme que resulta de la modificación, aumentado para ello paralelamente su responsabilidad hipotecaria.

Tampoco existe razón jurídica alguna para que, respecto de las hipotecas constituidas con anterioridad a la repetida reforma legal, en igual situación registral, las partes puedan pactar en caso de ampliación del capital esa configuración de una hipoteca única con responsabilidad hipotecaria ampliada. Las repercusiones concursales de este tipo de operaciones se regirán por su normativa específica y en su propio ámbito, sin que ello afecte a la posibilidad de las respectivas inscripciones o a la asignación del rango registral. Si la hipoteca es o se quiere que sea única, la misma debe garantizar, además del total principal concedido y/o pendiente de amortizar, los mismos conceptos accesorios y complementarios respecto de la totalidad del capital y, adicionalmente, calcularse su responsabilidad de forma homogénea.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 31 de octubre 2013, 22 de septiembre de 2016 y 10 de diciembre de 2020, entre otras) que la determinación de la responsabilidad hipotecaria mediante la fijación de una cantidad alzada no exime de tener que fijar un tope máximo a la variabilidad del tipo de interés, ya que, de no hacerlo así, no sería posible apreciar si se cumple o no el límite marcado por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

Pactándose en la modificación de las condiciones financieras del préstamo hipotecario un tipo fijo para los intereses remuneratorios y moratorios que antes no existía (o inferior al anteriormente existente), o estableciéndose una límite obligacional a los intereses variables antes inexistente (o inferior al precedente), no cabe que la cobertura hipotecaria se mantenga definida por referencia a unos tipos de interés distintos de los ahora estipulados, vulnerándose con ello la exigencia de claridad y precisión en el contenido de los asientos registrales, dada la transcendencia «*erga omnes*» de sus pronunciamientos. En definitiva, no es admisible que el tipo máximo del interés a efectos de la fijación de la responsabilidad hipotecaria, sea superior al límite fijado a efectos obligacionales a la variabilidad del tipo de interés, porque, como queda señalado, el carácter accesorio de la hipoteca imposibilita que se puedan garantizar obligaciones o importes no pactados y/o que nunca podrán devengarse. Todo lo expuesto no es óbice para que si las partes quieren mantener la dicotomía de la responsabilidad hipotecaria, ello sea posible y la denominada ampliación inscribible, pero como una segunda hipoteca.

En todo caso, sea cual sea la opinión que de forma abstracta se pueda tener acerca de la cuestión, dado que esa inscripción de hipoteca única no es posible en los términos en que está redactada la escritura, la concurrencia de la incertidumbre acerca de si los contratantes son partidarios de la inscripción de la nueva responsabilidad hipotecaria como hipoteca de segundo rango, unido a la necesidad de claridad de los asientos registrales, se impone una aclaración de la escritura por parte del acreedor en el sentido de indicar si quiere que la inscripción se practique solo como ampliación de la hipoteca, es decir como una sola hipoteca sumada a la anterior, en cuyo caso debe recalcularse de forma uniforme la responsabilidad hipotecaria total por intereses ordinarios y moratorios, aplicando el mismo régimen de plazo y tipos máximos al antiguo y al nuevo principal; o si, por el contrario, es su voluntad y consiente en que se inscriba la operación respecto del nuevo importe del préstamo como una segunda hipoteca con distinto rango. Esta voluntad contractual podría deducirse de la propia interposición del recurso contra la calificación registral por parte de la entidad acreedora, pero, en este caso, al haberse interpuesto el recurso por el notario autorizante en términos jurídicos no es posible extraer esa conclusión.

En cuanto a las cifras de la responsabilidad hipotecaria señaladas para las costas y gastos garantizados, la inexistencia de límites legales frente a terceros (arts. 114 LH y 220 RH) y la innecesariedad de su determinación inter partes, como ocurre con los intereses, permite la consideración de la misma como una cantidad abstracta, que si bien se puede fijar como un porcentaje del principal o como una cifra alzada, al no depender su determinación de otros factores, tiene un carácter autónomo.

Acerca de la posibilidad de practicar una inscripción parcial, en el sentido de inscribir de oficio por parte del registrador la ampliación de hipoteca, que se ha solicitado (o esa parezca la voluntad de las partes) se inscriba con carácter unitario con la hipoteca ya inscrita, como una segunda hipoteca independiente, modificando, a su vez, la primera en cuanto a sus condiciones financieras; como ya dijera la Resolución de 14 de mayo de 2015, no se considera posible si no es expresamente solicitada tal operación por el interesado.

Resolución de 22-12-2021
BOE 4-1-2022
Registro de la Propiedad de Fuente Obejuna.

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Para la inscripción de una rectificación de cabida es preciso que el registrador no albergue dudas sobre la identidad de la finca.

La registración de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados.

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 hi-

potecaria (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 funda adecuadamente las dudas en la identidad de la finca necesaria, basadas en la oposición de un titular colindante, debidamente sustentada con informe y representación gráfica georreferenciada contradictorios a los presentados por el recurrente, lo que pone de manifiesto un evidente conflicto entre los colindantes sobre la delimitación gráfica de las fincas.

Resolución de 22-12-2021
BOE 4-1-2022
Registro de la Propiedad de Chinchón.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: CERTIFICACIÓN CATASTRAL.

No puede inscribirse una obra nueva por antigüedad si la certificación catastral que acredita la antigüedad se refiere a una parcela que no coincide con la finca registral.

Para resolver el presente recurso hay que traer a colación la doctrina de la Resolución de 10 de marzo de 2012, 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.

Por ello, como ya se declaró en la Resolución de 22 de marzo de 2017 no es inscribible la obra nueva si la descripción que de la parcela se hace en la certificación catastral en nada coincide con la del Registro, es decir, cuando difiere la superficie, los linderos, la naturaleza del terreno y el paraje en el Registro y en la certificación catastral con la que se pretende acreditar la antigüedad.

Resolución de 22-12-2021
BOE 4-1-2022
Registro de la Propiedad de Tacoronte.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: CONFLICTO CON UNA SERVENTÍA CANARIA.

El procedimiento registral no es apto para resolver el conflicto entre colindantes sobre la existencia de una serventía.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1985 y 14 de mayo de 1993, configuran la serventía como una institución consuetudinaria canaria consistente en un camino que pasa por terrenos de propiedad particular y que utilizan los habitantes de otras fincas para comunicarse con los caminos públicos, cediendo cada uno de los propietarios de fincas colindantes un trozo de su terreno para la constitución del citado camino privado.

De las alegaciones realizadas por los colindantes notificados y del contenido del Registro parece deducirse la existencia de la citada serventía, que la representación gráfica cuya inscripción se pretende no respetaría, lo que conculcaría la doctrina reiterada de este Centro Directivo sobre la inscripción de la representación gráfica de una finca y la rectificación de su descripción, en el sentido de que solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada

El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, ha decidido motivadamente según su prudente criterio, entender que existe un litigio latente sobre la titularidad de la franja del terreno, respecto de la que existe la serventía, cuya existencia resulta además de la descripción de la finca registral colindante, que aunque no esté inscrita, es una figura consuetudinaria admitida por la jurisprudencia, sin que proceda, como pretende la recurrente, que el registrador en su calificación o esta Dirección General en sede de recurso pueda resolver el conflicto entre colindantes que se pone de manifiesto, cuestión que, a falta de acuerdo entre los interesados, estará reservada a los tribunales de Justicia.

Resolución de 23-12-2021
BOE 4-1-2022
Registro de la Propiedad de Canovelles.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: ARTÍCULO 144.5 RH.

Para anotar un embargo sobre vivienda privativa que consta registralmente como habitual de la familia es de aplicación el 144.5 del RH.

Debe tenerse en cuenta, que el artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario es una norma dirigida al órgano jurisdiccional, pues lo que se condiciona es el embargo mismo y la adopción y confirmación de la traba es competencia de aquel, por lo que el registrador no puede revisar las decisiones judiciales cuando no hay obstáculos derivados del Registro que impongan el control del cumplimiento de los requisitos de procedimiento establecidos en garantía de los derechos inscritos (cfr. arts. 18 LH y 100 de su Reglamento). En consecuencia, es el órgano jurisdiccional el que debe decidir, en función de las circunstancias puestas de manifiesto en el procedimiento, si procede acceder al embargo de una vivienda y si ha de hacerse con o sin notificación al cónyuge del deudor titular. De modo que ordenado en el mandamiento subsiguiente la práctica de la anotación de aquel, no debe el registrador revisar la bondad intrínseca de aquella decisión judicial, sino que deberá estar y pasar por ella, salvo que de los libros a su cargo resulte que el bien embargado es la vivienda habitual del deudor.

Resolución de 23-12-2021
BOE 4-1-2022
Registro de la Propiedad de Pamplona, número 8.

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL ADQUIRENTE.

También un documento judicial ha de cumplir lo establecido en los artículos 9 LH y 51 RH.

Como cuestión previa debe tenerse en cuenta 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.

Todo documento que acceda al Registro y que pretenda alterar su contenido debe reunir los requisitos previstos en la legislación hipotecaria (art. 21 LH). Esta afirmación es predicable igualmente de los documentos judiciales cualquiera que sea su naturaleza y el procedimiento del que provengan. Si con la presentación del documento judicial se pretende la inscripción de una finca en el Registro debe especificarse en el mismo las circunstancias personales del adquirente.

Resolución de 23-12-2021
BOE 4-1-2022
Registro de la Propiedad de Cáceres, número 2.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD Y EFECTOS DE LA LEGISLACIÓN COVID.

Para el cómputo de los plazos de caducidad del artículo 86 LH ha de tenerse en cuenta la suspensión de plazos acordada por la legislación COVID.

No tiene este recurso por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente, por lo que atañe al presente caso, valorar la extensión de asientos ya practicados, o las actuaciones efectuadas por la Agencia Tributaria, o la supuesta conducta de este organismo o de los registradores que han sido o son titulares del Registro, cuestiones todas ellas extrañas al recurso contra la calificación registral.

En contra de lo que parece desprenderse del escrito de recurso, las anotaciones letra E) no son prórrogas de las originarias anotaciones letras A) que constan canceladas por caducidad, sino que son nuevas anotaciones, aun cuando pudieran derivar del mismo procedimiento.

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. Ahora bien, la cancelación por caducidad de las anotaciones de embargo no impide la extensión de nuevas anotaciones, con la prioridad que les corresponda al tiempo de su extensión.

El cómputo de los plazos de caducidad de los asientos registrales ha estado suspendido desde el día 14 de marzo que entró en vigor el estado de alarma, hasta el 9 de junio, ambos inclusive, pues el levantamiento de la suspensión ha tenido lugar el día 10 de junio de 2020. El plazo de vigencia (ordinariamente cuatro años desde su fecha según el art. 86 LH) de las anotaciones preventivas, se computarán de fecha a fecha y habrá que sumar los 88 días en que ha estado suspendido el cómputo de los plazos registrales. Este plazo en días naturales, como excepción al artículo 109 del Reglamento Hipotecario, se justifica en la propia singularidad de las circunstancias que han motivado el estado de alarma.

Teniendo en cuenta los cómputos antes mencionados al estar comprendidas dichas anotaciones entre las afectadas por la situación provocada por la COVID 19, la caducidad del plazo de vigencia de las anotaciones preventivas practicadas el

día 20 de julio de 2017, no se produjo hasta el día 16 de octubre de 2021, por lo tanto, en la fecha en la que la cancelación fue solicitada esta no podía efectuarse.

Resolución de 23-12-2021
BOE 4-1-2022
Registro de la Propiedad de Palamós.

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Para la inscripción de una rectificación de cabida es preciso que el registrador no albergue dudas sobre la identidad de la finca.

La registración de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados.

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 y en las dudas en la identidad por parte del registrador, están bien fundamentadas en la nota de calificación y revelan la existencia de una controversia latente sobre la titularidad de una franja determinada de terreno, lo que está fuera del ámbito de aplicación del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, por ser competencia exclusiva de los tribunales.

Resolución de 30-12-2021
BOE 2-2-2022
Registro de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes, número 2.

HERENCIA: RENUNCIA TRASLATIVA.

En una herencia en la que una de las coherederas renuncia en favor de la otra, se plantea si opera la sustitución vulgar y se necesita la intervención de los sustitutos.

Como sucede en el ámbito de las relaciones jurídico-reales, en donde las renuncias traslativas no constituyen, en rigor, auténticas renuncias, pues carecen del efecto extintivo, también su aplicación a este supuesto de aceptación especial de la herencia resulta equívoca y debe matizarse. En este sentido, debe señalarse

que la renuncia traslativa, entendida en términos de aceptación de la herencia, no comporta, en ningún caso, la transmisión directa del *ius delationis* al beneficiario de la misma; por tanto, el adquirente lo será siempre del heredero y no del causante cuya herencia es aceptada con esta fórmula. No hay inconveniente alguno en señalar, conforme a la doctrina reciente, que la fórmula de la renuncia traslativa, a tenor del artículo 1000.1 del Código Civil, comporta una implícita aceptación *ex lege* de la herencia y, por tanto, del *ius delationis*, que causaliza al inmediato negocio de atribución *intervivos* realizado, particularmente el de una cesión gratuita del derecho hereditario. El cedente es precisamente, por el hecho de ceder, aceptante de la herencia, y el cesionario adquiere los bienes del cedente a título singular, y no «*ex capite defuncti*». En todos los supuestos del artículo 1000 del Código Civil la intervención del llamado a la sucesión determina un especial efecto en el iter de la herencia.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, como antes se ha expuesto, si la renuncia es gratuita y se realiza en favor del coheredero a quien deba acrecer la porción renunciada, es aplicable el número 3 del citado artículo 1000 del Código Civil que excluye expresamente que con tal renuncia sea entendida aceptada la herencia. Como afirmó este Centro en Resolución de 20 de enero de 2017, la finalidad de esa norma no fue impedir que entrasen los coherederos en la sucesión de los bienes por la vía de la renuncia a favor de ellos, sino que no se entendiese esta como una aceptación tácita de la herencia. En el supuesto de este expediente se ha producido la renuncia a favor de la única coheredera, de modo que, habida cuenta de la sustitución vulgar ordenada por el testador (que excluye el acrecimiento), debe determinarse si existen o no sustitutos vulgares, pues tiene trascendencia registral y fiscal si hay una transmisión (del causante a la heredera única, en caso de renuncia abdicativa) o dos transmisiones (del causante a la renunciante y de esta a la coheredera, en caso de renuncia traslativa).

Resolución de 30-12-2021
BOE 2-2-2022
Registro de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor, número 1.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: NECESIDAD DE MOTIVACIÓN SUFICIENTE.

En la calificación de una escritura de obra nueva se considera que la nota de calificación es insuficiente en motivación, sin que esta pueda suplirse por medio del preceptivo informe.

Debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo según la cual 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. Por las anteriores consideraciones, en el presente caso la nota de calificación es totalmente insuficiente.

Y debe recordarse que también es doctrina reiterada de esta Dirección General (*vid.*, entre otras muchas, las Resoluciones de 17 de septiembre y 15 y 19 de octubre de 2004, 20 de abril y 23 de mayo de 2005, 20 de enero de 2006, 31 de enero de 2007, 11 de febrero de 2008, 13 de diciembre de 2010, 7 de julio de

2011, 16 de septiembre de 2014, 12 de diciembre de 2017, 19 de diciembre de 2019, 7 de enero de 2020 y 18 de febrero de 2021) que el momento procedimental, único e idóneo, en el que el registrador ha de exponer todas y cada una de las razones que motivan su decisión de denegar la práctica del asiento solicitado es el de la calificación (art. 19 bis LH) sin que, por consiguiente, hayan de ser tenidas en cuenta las que pueda introducir en su informe.

Resolución de 3-1-2022
BOE 2-2-2022
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 16.

REQUISITOS FISCALES: PLUSVALÍA. DOCUMENTOS JUDICIALES: FIRMEZA. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: PREVIA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO.

Se reitera doctrina conocida sobre los efectos de la no acreditación de los requisitos fiscales, exigencia de firmeza de resoluciones judiciales y necesidad de previa inscripción en el Registro Civil conforme al 266 RRC.

Con carácter previo debe advertirse, 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. Y es igualmente doctrina reiterada (*vid.,* por todas, Resoluciones de 19 de enero y 13 de octubre de 2015), que el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador.

La falta de acreditación de la liquidación del Impuesto de Plusvalía supone el cierre del Registro (salvo en lo relativo a la práctica del asiento de presentación) y la suspensión de la calificación del documento. Pueden plantearse dudas sobre la sujeción del acto que exceden de la calificación del registrador, en tanto que la liquidación de la sociedad conyugal se ha realizado con notable desigualdad entre los excónyuges y sin especificar la compensación económica por tal exceso de adjudicación. En esos casos, este Centro Directivo (*vid.,* por todas, Resoluciones de 10 de octubre de 2014 y 7 de enero de 2016) ha reconocido que si el registrador tiene dudas fundadas sobre si estamos o no ante un supuesto de transmisión sujeto al impuesto de la denominada «Plusvalía», serán los órganos tributarios municipales competentes los que deben manifestarse sobre la sujeción o no del hecho imponible al citado impuesto de plusvalía, a la vista de la comunicación del mismo efectuada por el interesado, teniendo plena vigencia el denominado cierre registral previsto en el artículo 254.5 de la Ley Hipotecaria.

Es también reiterada la doctrina de este Centro Directivo sobre la necesidad de firmeza de los documentos judiciales para que puedan dar lugar a la práctica en el Registro de la Propiedad, de asientos de inscripción o cancelación, dado el carácter definitivo de los mismos.

El artículo 266 del Reglamento del Registro Civil exige, en su párrafo sexto, que en las inscripciones que en cualquier otro Registro —y, por tanto, en el de la Propiedad— produzcan los hechos que afecten al régimen económico-matrimonial han de expresarse los datos de inscripción en el Registro Civil (tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho), que se acreditarán por certificación,

por el libro de familia o por la nota al pie del documento. En caso de no haberse acreditado se suspenderá la inscripción por defecto subsanable.

Resolución de 3-1-2022
BOE 2-2-2022
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 2.

SOCIEDADES MERCANTILES: INTERVENCIÓN DE ADMINISTRADOR CON CARGO NO INSCRITO EN EL RM.

Se examina el alcance del artículo 98 de la Ley 24/2001 en los casos de actuación de un administrador societario con cargo no inscrito.

Es reiterada doctrina de este Centro Directivo que el nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de la aceptación, ya que la inscripción del mismo en el Registro Mercantil aparece configurada como obligatoria pero no tiene carácter constitutivo y que, por tanto, el incumplimiento de la obligación de inscribir no determina por sí solo la invalidez o ineficacia de lo realizado por el administrador antes de producirse la inscripción.

Conforme al artículo 98 de la Ley 24/2001 el registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de este congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

En las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 y 22 de noviembre de 2018 y 1 de junio de 2021 se afirma que cuando se trata de un poder conferido por una sociedad mercantil que no consta inscrito, el notario autorizante debe, bajo su responsabilidad, comprobar de forma rigurosa la validez y vigencia del poder otorgado por dicha sociedad y dejar constancia de que ha desarrollado tal actuación, de forma que la reseña del documento auténtico del que resulta la representación exprese las circunstancias que, a juicio del notario, justifican la validez y vigencia del poder en ejercicio del cual interviene el apoderado, ya se trate de un poder general no inscrito, ya de un poder especial.

En el presente caso es indudable que el notario ha emitido, conforme al artículo 98 de la Ley 24/2001, el juicio que le compete sobre la suficiencia de las facultades representativas acreditadas por el administrador de la sociedad vendedora para otorgar la compraventa objeto de la escritura que autoriza y ese juicio incluye el examen de la validez y vigencia de tal nombramiento —según los medios de que dispone para ello— y su congruencia con aquel acto o negocio. Es indudable que el testimonio que hace de determinados extremos de la escritura de nombramiento del administrador (del que resulta que fue nombrado —«reelegido»— por unanimidad en la junta general universal indicada, que el cargo fue aceptado por el compareciente en la misma junta y manifestó no estar incurso en causa de incapacidad o incompatibilidad), tiene la precisión necesaria y es suficiente para que no quepan dudas de que el notario ha ejercido el control que la ley le encomienda respecto la validez y vigencia de las facultades representa-

tivas. Y, por ello, el registrador puede apreciar que el título autorizado contiene los elementos que permiten corroborar que el notario ha ejercido dicho control.

Resolución de 5-1-2022
BOE 9-2-2022
Registro de la Propiedad de Madrid, número 14.

HERENCIA: CANCELACIÓN DE LA LIMITACIÓN EX ARTÍCULO 28 LH.

Se examina la posibilidad de cancelación de la limitación que preveía el artículo 28 de la LH sin esperar a que transcurran dos años desde el fallecimiento del causante.

Para las inscripciones de adquisiciones hereditarias practicadas en los libros del Registro de la Propiedad, una vez derogado el artículo 28 de la Ley Hipotecaria y con independencia de la fecha de la adquisición hereditaria (es decir haya fallecido el causante antes o después del tres de septiembre de dos mil veintiuno), el derogado artículo 28 simplemente no existe, en tanto que norma adjetiva, de publicidad registral, y no sustantiva. Lo decisivo (de cara a la cesación de la operativa del precepto derogado) no es la fecha de fallecimiento del causante, sino la fecha de la inscripción (que es la del asiento de presentación *ex* art. 24 LH), por lo que para aquellos títulos relativos a sucesión hereditaria (háyase, o no, causado antes) presentados después del 3 de septiembre de 2021 el derogado artículo 28 de la Ley Hipotecaria simplemente no existe.

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo admiten la aplicación retroactiva de las normas a hechos, actos o relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior, siempre que los efectos jurídicos de tales actos no se hayan consumado o agotado y siempre, claro está, que no se perjudiquen derechos consolidados o situaciones beneficiosas para los particulares, infiriéndose, en estos casos, la retroactividad del sentido, el espíritu o la finalidad de la Ley. También la doctrina admite la retroactividad tácita de la Ley y de este modo se pronuncia a favor de la retroactividad de las normas interpretativas; las complementarias, de desarrollo o ejecutivas; las procesales, pero solo en lo relativo a que los actos de ejercicio de derecho nacidos con anterioridad a aquellas han de sujetarse a sus trámites y procedimientos; y, por último, las que pueden establecer regímenes uniformes o acabar con abusos o incomodidades, añadiendo que el intérprete encontrará una orientación en las disposiciones transitorias del Código Civil.

Por ello, aun afirmando en este caso la tácita, aunque indudable postura del legislador en pro de una retroactividad máxima, es perfectamente posible admitir la bondad de la pretensión que motiva este recurso acudiendo, sin más, al efecto inmediato e indiscriminado —tanto de futuro como de pasado— que implica la derogación del tantas veces citado artículo 28. Y es que, se quiera o no, el legislador de 2021 ha dejado bien a las claras cuál es su criterio sobre las razones que le han llevado a derogar un precepto cuya aplicación devino gravemente perturbadora para el buen orden económico y para la seguridad jurídica; y que los efectos de esa derogación (que implica la no suspensión de la fe pública registral) sean inmediatos e indiscriminados, con independencia de cuándo se produjo la muerte del causante.

Por ello no tiene lógica entender que una herencia causada antes del 3 de septiembre de 2021 y presentada a inscripción después quede incólume de la

aplicación de un precepto que hoy simplemente ya no existe; y las presentadas antes y respecto de las que conste registralmente esa limitación no lo estén, pues es obvio que respecto de aquellas en las que no se hubiera hecho constar tal limitación —seguramente la mayoría— esta sería absolutamente inoperante en el ámbito registral y sin recorrido alguno. Si las herencias presentadas a inscripción después del 3 de septiembre quedan absolutamente incólumes de la aplicación de un precepto hoy derogado —aun habiendo fallecido el causante antes de dicha derogación—, con mayor razón, y por un criterio de pura igualdad y de estricta justicia material, habrá de suceder lo mismo con aquellas herencias inscritas antes, y respecto de las cuales se hubiera eventualmente practicado la mención citada.

Resolución de 5-1-2022
BOE 10-2-2022
Registro de la Propiedad de Torrox.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: BIENES INSCRITOS A NOMBRE DEL CAUSANTE.

Se analizan las diferentes opciones de anotar un embargo sobre bienes del causante por deudas del heredero.

El registrador ha de analizar cada documento, con el objeto de decidir si procede o no su efectiva presentación al Diario. Pero la calificación que a estos efectos realiza el registrador es distinta de la que debe llevar a cabo con los documentos ya presentados para determinar si son o no susceptibles de inscripción o anotación. Consecuentemente, en este momento inicial el registrador debe limitarse exclusivamente a comprobar que concurren los requisitos que nuestro ordenamiento establece para que un documento pueda acceder al Libro Diario.

Respecto del primer defecto alegado por el registrador, debe ser revocado. Efectivamente, el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad se encuentra firmado con código seguro de verificación.

El embargo de los bienes del causante, y su posible anotación preventiva en el Registro, por deudas del heredero, será diferente según la partición se haya practicado o no. Practicada la partición, e inscritos los bienes a favor del heredero que es deudor, la anotación preventiva de embargo se practicará cumpliendo en forma ordinaria el principio de tracto sucesivo. Practicada la partición, pero no inscrita en el Registro de la Propiedad, tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil, como el Reglamento Hipotecario, contemplan la posibilidad de que los títulos sucesorios puedan ser presentados en el Registro. Por último, si no se ha practicado la partición de herencia, únicamente podrá ser embargado, y anotado, el derecho hereditario que pertenece al heredero, en la forma y con los efectos previstos en los artículos 166.Primera, párrafo segundo y 206.10.ª.

En el presente caso, no cabe duda de que, aportado únicamente el Certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad, no podría provocar ningún asiento registral. Sin embargo, en el presente expediente consta presentada, y retirada, escritura de partición de herencia, así como mandamiento de anotación de embargo, si bien, del expediente, no resulta si lo que se embarga, y cuya anotación se solicita, son bienes concretos de la partición de herencia o es el derecho hereditario que corresponde al heredero-deudor.

Resolución de 5-1-2022
BOE 10-2-2022
Registro de la Propiedad de Alicante, número 1.

CONCESIONES ADMINISTRATIVAS: REVERSIÓN DE LOS BIENES AFECTOS.

Se analiza el régimen de reversión de los bienes afectos a una concesión administrativa basándose en el pliego de condiciones.

La concesión administrativa es un acto bilateral por el que la Administración pública confiere a determinada persona física o jurídica, temporalmente, el ejercicio de cierta actividad administrativa que tiene como objeto la gestión de un servicio público, la realización de una obra pública, o la explotación de un bien de dominio público. La posibilidad de inscribir la concesión administrativa como bien inmueble, en sí misma considerada, viene prevista en el artículo 31 del Reglamento Hipotecario.

En relación con los bienes afectos la doctrina administrativa más reciente admite la posibilidad de afectar a concesiones administrativas bienes demaniales públicos, sino también bienes privados del propio concesionario. El dato de la afectación carece de virtualidad suficiente para prejuzgar la titularidad pública de un bien.

En cuanto a la reversión o retorno de los bienes afectos, el principio básico que rige en este ámbito es el de que, si no existe pronunciamiento expreso en la concesión o en las normas, sobre la procedencia de la transferencia de los bienes del concesionario al concedente después de finalizada la relación concesional por transcurso del plazo, estos bienes continúan en propiedad del primero. De esa forma se protegen los derechos patrimoniales del concesionario, especialmente su derecho de propiedad. Por eso, para determinar el régimen de la reversión, hay que acudir en primer término a lo dispuesto en el propio título concesional.

Cabe así distinguir aquellos bienes públicos generalmente inmuebles que están afectos al desempeño de lo concedido y que presentan un carácter indispensable para su desarrollo. Pueden adquirirse al efecto por expropiación a favor del beneficiario o tratarse de bienes públicos con anterioridad. Tales bienes retornan a la Administración concedente una vez transcurrido el plazo de la concesión o cualquier otra causa que determine su extinción. De otro lado, están otros bienes propiedad del concesionario que igualmente se utilizan en la ejecución de la actividad concedida, pero que su carácter necesario en relación con esa ejecución es más atenuado. Estos bienes normalmente se prevén que retornen al concesionario aportante, pero también pueden pasar al concedente si así se prevé en la concesión.

En el caso que nos ocupa en el pliego de condiciones se estableció que «terminado el plazo de la concesión revertirán al Ayuntamiento en perfecto estado de uso y funcionamiento la totalidad de las obras, vehículos, instalaciones y servicios adscritos a la concesión, es decir todos los elementos materiales de la explotación, los cuales pasarán a ser de exclusiva propiedad municipal sin que puedan ser retirados por el concesionario en beneficio de su patrimonio particular ninguno de los bienes necesarios para la debida continuidad del servicio». Extinguida la concesión, si las fincas deben revertir a la Administración se inscribirán a favor de esta tal como dispone el artículo 31 párrafo tercero del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 5-1-2022
BOE 10-2-2022
Registro de la Propiedad de Palma, número 8.

PROHIBICIONES DE DISPONER: EFECTOS.

Las prohibiciones de disponer no pueden cancelarse por renuncia de su beneficiario.

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. Como ya señalara la Resolución de 13 de octubre de 2005 las prohibiciones de disponer impuestas en actos «*mortis causa*» no implican un llamamiento sucesivo y de ahí que no pueda ser asimilada a las sustituciones fideicomisarias. 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 puede solicitar autorización judicial para disponer si concurre una causa justa sobrevenida (como en el ámbito del derecho civil catalán contempla expresamente el artículo 428-6, apartado 5, del libro IV del Código Civil de Cataluña).

Resolución de 5-1-2022
BOE 10-2-2022
Registro de Propiedad de Gérgal.

CONCURSO DE ACREEDORES: ADJUDICACIONES EN SUBASTA EN FASE DE LIQUIDACIÓN.

Se analiza la normativa aplicable a una adjudicación por subasta en la fase de liquidación concursal, considerando la interpretación del artículo 671 LEC y el título formal exigible.

Realizada la enajenación durante la fase de liquidación, cuando se presenta el correspondiente título a inscripción en el Registro de la Propiedad en el que esté inscrito el bien o el derecho enajenado, el registrador debe calificar la congruencia de ese título con las reglas de enajenación contenidas en el plan de liquidación y en su caso con las reglas legales supletorias.

En el caso de que el plan prevea la enajenación mediante subasta judicial, el anterior artículo 149.2 de la Ley Concursal y el actual artículo 421 del texto refundido señalan que, en defecto de previsiones en el plan de liquidación, los bienes y derechos de la masa activa se enajenarán, según su naturaleza, por las disposiciones establecidas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio. Esta Dirección General ha sostenido que admitir que el acreedor pueda solicitar la adjudicación de la finca por una cantidad que represente menos del 50 % del valor de tasación de la finca, supone romper el equilibrio que el legislador ha querido entre los intereses del ejecutante (obtener la satisfacción de su crédito con cargo al bien hipotecado) y del ejecutado, por lo que ese límite debe respetarse en todo caso. Ahora bien, también ha señalado este Centro Directivo que debe tenerse en cuenta que el

último párrafo del citado artículo 670.4 prevé la posibilidad de aprobar el remate por una cantidad inferior.

El tema de la aplicación de los citados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los procedimientos concursales ha sido tratado en la jurisprudencia de las audiencias, así, el auto número 1/2017, de 26 de enero de la Audiencia Provincial de Barcelona, recogido en el posterior de la misma Audiencia de fecha 4 de junio 2019 o en el auto de la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 29 de mayo de 2020. Señalan en síntesis que, en el caso de concurso de personas físicas, la venta judicial de bienes, particularmente de inmuebles, por un valor ínfimo no tiene contornos especialmente distintos en el ámbito de la ejecución singular y en el de la universal. Esta solución, sin embargo, solo es aplicable a los concursos de personas físicas, pero no a las de personas jurídicas, ya que en este caso la sociedad ha de extinguirse y todo su patrimonio liquidarse. En el supuesto de este expediente, nos encontramos ante el concurso de una persona jurídica. El concursado ha tenido una participación activa y la letrada de la Administración de Justicia ha ejercido la facultad de ponderación que la propia norma le atribuye, por lo que, una vez acreditado esto, no hay obstáculo para proceder a la inscripción aun cuando el remate se haya efectuado por una cantidad inferior al 50% del valor adjudicado al bien por la administración concursal.

El artículo 149 es objeto de derogación expresa por el TRLC. La nueva redacción pone fin a la polémica sobre la competencia y el título formal adecuado en la adjudicación judicial de bienes ya que el texto de la Ley Concursal, que exigía auto judicial, era una excepción a la norma general contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil más congruente con la actual atribución competencial a los letrados de la Administración de Justicia para aprobar el remate y la adjudicación tras la subasta, lo cual derivó en la sustitución del auto por el decreto resultante de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que modificó el artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El mantenimiento del texto original en sede concursal llevó a este Centro Directivo a sostener la necesidad de auto dictado por el juez. En este sentido el texto refundido no hace sino armonizar la normativa procesal vigente, por lo que no parece lógico mantener la aplicación del texto recogido en la derogada Ley Concursal aun cuando los procedimientos sean anteriores a la entrada en vigor de aquel.

Resolución de 10-1-2022
BOE 14-2-2022
Registro de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN.

Se confirma la necesidad de cumplir los requisitos legales para constituir un edificio en régimen de propiedad horizontal.

En primer lugar, en cuanto a la solicitud de inscripción de uno de los títulos con independencia del otro, aun la conexión de los títulos presentados, los interesados pueden pedir la inscripción parcial, es decir, que se inmatricule la finca en tanto que porción de suelo, aunque se suspenda la inscripción de la edificación que exista en su interior, pero lo cierto es que tal posibilidad de solicitud de inscripción parcial ha de ejercitarse por los interesados ante el registrador, no siendo el recurso el cauce procedimental para ello.

En segundo lugar, en cuanto el alcance y efectos de la calificación sustitutoria, es preciso aclarar que es doctrina consolidada de este Centro Directivo que

el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria no contempla la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos esgrimidos por el registrador sustituido. Del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de subsanación de los defectos o en su caso para que pueda proceder a la interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido.

Por lo que atañe a la cuestión de fondo planteada en este expediente, limitado estrictamente al defecto señalado en la calificación de la registradora sustituida, debe tenerse en cuenta que se denomina propiedad horizontal de hecho la existente en aquellos casos en los que se dan los presupuestos fácticos para que la propiedad horizontal surja (edificio constituido por partes susceptibles de aprovechamiento independiente y pluralidad de propietarios) pero en los que no se ha otorgado el título constitutivo.

Conforme a la doctrina consolidada de este Centro Directivo toda constitución de un régimen de propiedad horizontal requiere que se dé cumplimiento a los requisitos que para su constitución se determinan en la Ley sobre propiedad horizontal, tanto en el supuesto de configuración «ex novo» de tal régimen como en el caso de mutación de un régimen fáctico a uno formalmente constituido. En consecuencia, no solo es necesario el consentimiento de todos los titulares registrales de las distintas partes de edificio, sino que debe describirse adecuadamente cada uno de los elementos independientes que se crean, con determinación expresa de su número de orden y de la cuota de participación en el régimen de propiedad horizontal en el título constitutivo de todos y cada uno de los distintos elementos privativos que se crean.

En el presente caso en el título se cumplen los requisitos establecidos en los artículos 5 de la Ley sobre propiedad horizontal y 8 de la Ley Hipotecaria para la inscripción de la constitución del régimen de propiedad horizontal y la transmisión de los elementos independientes integrados en ella. Por lo demás, la finca registral de la que se afirma que está dividida horizontalmente de hecho figura inscrita a nombre de una única propietaria —la causante— de modo que se adjudican ahora a los dos herederos sendos elementos privativos —dos viviendas—. En definitiva, mediante la escritura calificada es indudable que sobre la existencia de sendos propietarios sobre diferentes elementos suficientemente delimitados y susceptibles de aprovechamiento independiente dentro de un mismo edificio, como exige el artículo 396 del Código Civil, se formaliza el régimen de constitución de propiedad horizontal con los requisitos necesarios para que ese régimen acceda al Registro de la Propiedad.

Resolución de 10-1-2022
BOE 14-2-2022
Registro de Almansa.

PROPIEDAD HORIZONTAL: DIVISIÓN DE PISOS O LOCALES.

Se recuerda que para dividir un piso o local se necesita acuerdo de la comunidad, a menos que conste en estatutos la cláusula que lo permita.

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. Sin perjuicio de lo anterior, esta Dirección General (cfr., por todas, la Resolución de 12 de febrero de 2016) ha admitido la validez de las cláusulas por las que se permite la división, segregación, agrupación o agregación de elementos privativos sin necesidad de consentimiento de la junta de propietarios. Nada impide que puedan ir más allá, facultando inclusive a que se altere la estructura general del edificio siempre que no se menoscabe su seguridad, pues si puede la junta autorizarlo no constando en estatutos, también podrá haber quedado plasmada anticipadamente la voluntad de los propietarios en este sentido en el título constitutivo y dicha autorización conllevará todos los elementos necesarios para su ejecución, entendiéndose incluido, en su caso, el que se afecten elementos comunes no esenciales para la edificación, quedando conformada, tras la agrupación, la finca resultante como una unidad, si no arquitectónica, sí de destino.

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 10-1-2022
BOE 14-2-2022
Registro de la Propiedad de Pola de Lena.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: CERTIFICACIÓN CATASTRAL.

En la inmatriculación del 205 LH es imprescindible la coincidencia de la finca en cuanto a su delimitación geográfica con el Catastro.

Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo, cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. En el caso de la nota de calificación impugnada, el registrador emite una calificación completa tanto en su exposición fáctica y en los fundamentos jurídicos en que se fundamenta, como en las formas de subsanación. Por tanto, tal afirmación no puede ser compartida por esta Dirección General.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la legislación aplicable (tanto con anterioridad o posterioridad a la reforma operada por la Ley de 24 de junio de 2015, de modificación de la legislación hipotecaria y del Catastro)

impone que en todo caso, y con independencia del medio inmatriculador utilizado, resulta imprescindible para cuando acceda por primera vez una finca al Registro la aportación de una certificación catastral descriptiva y gráfica en términos totalmente coincidentes con la descripción que se ha incorporado al título inmatriculador. Pero habiendo sido ya precisada la ubicación y delimitación geográfica de la finca que los contiene, los detalles descriptivos sobre elementos ubicados en la finca no son imprescindibles, para la concreta finalidad esencial del Registro de la Propiedad de identificar y delimitar una finca con respecto a sus colindantes, y evitar incertidumbres y riesgos de doble inmatriculación, o para la concreta finalidad esencial de la deseable coordinación entre Registro de la Propiedad y Catastro para conseguir que ambas instituciones se refieran a un mismo inmueble.

En el presente caso nos encontramos ante una evidente discrepancia entre la descripción de la finca contenida en el título traslativo inmatriculador y en la certificación catastral aportada objeto del negocio titulado, discrepancia que en ningún caso podrá ser objeto de un juicio de identidad por parte del registrador competente como se pretende en el escrito de recurso, debiendo señalarse que en la escritura no se expresa la superficie del solar.

Resolución de 1-1-2022
BOE 14-2-2022
Registro de la Propiedad de Granada, número 2.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: DECLARACIÓN DE NULIDAD DE TITULARIDAD GANANCIAL.

Para inscribir una sentencia que declara la nulidad de una titularidad ganancial cabe aplicar el artículo 144.1 RH, bastando demandar al titular y notificar a su cónyuge.

Con carácter previo debe advertirse, 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. Y es igualmente doctrina reiterada (*vid.,* por todas, Resoluciones de 19 de enero y 13 de octubre de 2015), que el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador.

En el ámbito de los procesos ejecutivos, el Reglamento Hipotecario armonizó las dos circunstancias (carácter ganancial del bien con la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario) no exigiendo demanda del embargo al cónyuge no titular, pero sí que se notifique la demanda al cónyuge en gananciales que no es formalmente titular registral por no haber sido comprador. Así el artículo 144, párrafo primero, del Reglamento Hipotecario.

En conclusión, la resolución judicial de una compraventa, exige la intervención de la cónyuge del adquirente, casado en régimen económico-matrimonial de gananciales, por lo que, al menos, requiere que haya sido notificado de la resolución para la eventual protección de sus intereses, pues el asiento le atribuye derechos sobre la finca. En analogía con la solución ofrecida por el artículo 144 del Reglamento Hipotecario y con la solución dada por este Centro Directivo para la protección de titulares de derechos sobre la finca.

Resolución de 11-1-2022
BOE 14-2-2022
Registro de la Propiedad de Gijón, número 5.

PRINCIPIO DE ROGACIÓN: DOCUMENTOS JUDICIALES. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO EN EL QUE NO HA SIDO PARTE EL TITULAR REGISTRAL.

Se plantea la necesidad de que para cancelar asientos como consecuencia de una resolución judicial el título determine qué asientos han de ser cancelados, siendo imprescindible que el titular registral haya sido parte en el proceso.

En relación con el segundo de los defectos, consistente en la falta de claridad de la sentencia en cuanto a los asientos a practicar, es reiterada la doctrina de este Centro Directivo (*vid*. Resolución de 10 de noviembre de 2021) que, si bien es cierto el deber de los registradores de cumplir las resoluciones judiciales firmes, también es su deber dentro de la potestad calificadora el de verificar que todos los documentos inscribibles cumplen las exigencias del sistema registral español, entre las que está la debida determinación del asiento, en nuestro caso, a cancelar, de acuerdo al ámbito de calificación reconocido, en cuanto a documentos judiciales en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Si con la presentación del documento judicial se pretende la cancelación de asientos vigentes en el Registro debe especificarse en el mismo qué asiento o asientos han de ser objeto de cancelación. Estas afirmaciones se justifican porque 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.

En el caso de este recurso, la sentencia, dictada en procedimiento penal, declara la nulidad del contrato de dación en pago, pero no ordena expresamente la cancelación del asiento motivado por dicho contrato ni la rectificación de ningún asiento. No obstante, este Centro Directivo permite modalizar el principio de rogación en caso de los documentos judiciales, dadas las características de este tipo de documentación, que aconsejan que, en la medida de lo posible, el registrador actúe de oficio, incluso a los efectos de su inscripción parcial, a fin de dar cumplimiento a su deber constitucional de colaboración con las autoridades judiciales. Es decir, puede entenderse solicitada la cancelación del asiento declarado nulo a pesar de que no se ordene expresamente en la sentencia, si esta contiene todos los requisitos exigidos por las normas registrales para producir la inscripción y si, como en este caso, no hacen referencia al asiento concreto a cancelar, que del conjunto del documento se infiera indubitadamente cuál es el asiento a que se refiere.

La dificultad radica en que, como argumenta la registradora, en el presente supuesto no se infiere indubitadamente cuál es el asiento a cancelar, pues la titularidad de «Vega Pociellu, S.L.» deriva no solo de la inscripción 2.ª de dominio, sino también de la 5.ª de declaración de obra nueva. Aunque las edificaciones se adquieran por accesión conforme al artículo 358 del Código Civil, surge en este caso el obstáculo registral de constar la titularidad de «Vega Pociellu, S.L.» también de la inscripción 5.ª de declaración de obra nueva. Debe entenderse que la reintegración afecta a la totalidad de la finca y establecimiento mercantil,

debiendo, en su caso, formularse reclamaciones en vía civil, si se entendiera que existe algún perjuicio de carácter económico que debiera resarcirse. Es decir, debe entenderse que la transmisión del suelo incluye las edificaciones, sin perjuicio de las compensaciones económicas de carácter personal que, en su caso, procedan.

El segundo defecto recurrido (tercero en la nota de calificación) se encuentra íntimamente relacionado con el primero. Considera la registradora, que existiendo titulares de cargas posteriores (acreedores hipotecarios) que no han tenido intervención en el procedimiento no podrían cancelarse los asientos que estos tienen a su favor ni verse afectados por la resolución judicial. En el presente caso no se solicita la cancelación de estos asientos posteriores, sino que la pretensión de la recurrente es la inscripción del dominio a su favor, como consecuencia de la declaración de resolución del contrato de compraventa ordenada por el Juzgado, pero con plena subsistencia de dichas cargas posteriores, por lo que este defecto debe ser revocado y estimada la pretensión de la recurrente en estos concretos términos.

Resolución de 12-1-2022
BOE 14-2-2022
Registro de la Propiedad de Marchena.

PRINCIPIO DE ROGACIÓN: DOCUMENTOS JUDICIALES. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO EN EL QUE NO HA SIDO PARTE EL TITULAR REGISTRAL.

Las inscripciones practicadas se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales y no pueden cancelarse alegando que fueron indebidamente practicadas.

Los registradores deben evitar practicar inscripciones de bienes de propiedad privada que invadan en todo o en parte bienes de dominio público, inmatriculado o no, pues el dominio público, por la inalienabilidad que le define, supone, precisamente, la exclusión de la posibilidad de existencia de derechos privados sobre esa concreta porción del territorio catalogada como demanial.

En el caso que nos ocupa, se dice por la recurrente que el deslinde de la vía pecuaria en cuestión fue aprobado por Resolución de 11 de julio de 2013 de la Dirección General de Espacios Naturales y Participación y publicado en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía» el día 5 de agosto de 2013. Pero no consta que la citada Administración autonómica haya ejercitado su derecho ni cumplido su obligación de solicitar la inscripción registral del citado deslinde, a los efectos de obtener, según proceda, la inmatriculación de la vía pecuaria deslindada y/o la rectificación de las situaciones jurídicas registrales contradictorias con el deslinde.

En todo caso, una vez practicada la inmatriculación solicitada, dicho asiento está bajo la salvaguardia de los tribunales, conforme al artículo 1 de la Ley Hipotecaria. Por ello, la nota de calificación, en la medida en que deniega la cancelación de una inmatriculación ya practicada, ha de ser confirmada, sin perjuicio, como señala la propia nota de calificación, de la posibilidad de inscripción del deslinde administrativo cuyo reflejo registral deberá producirse mediante resolución emanada de procedimiento en que el titular registral haya tenido la oportuna intervención, evitando así la indefensión del mismo.

Resolución de 12-1-2022
BOE 14-2-2022
Registro de la Propiedad de Reinosa.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se deniega la inscripción de una base gráfica porque el registrador aprecia fundadamente dudas sobre la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o 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, no es cierta la alegación del recurrente de que el registrador haya denegado la inscripción pretendida «por el simple hecho de que se haya formulado oposición por los colindantes». Antes al contrario: el registrador ha expresado y detallado, véase más arriba, cuáles son los indicios y datos, esto es, los «criterios objetivos y razonados» en los cuales fundamenta su convicción propia, para apreciar que «resulta evidente una invasión casi total de la finca colindante por el lindero oeste, que es la registral 19 147», la cual finca el propio recurrente reconoce ser colindante con la suya (registral 15 468) aunque dicho recurrente sostenga que la invasión se produce a la inversa.

Resolución de 13-1-2022
BOE 14-2-2022
Registro de la Propiedad de Toledo, número 3.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Se deniega el intento de rectificar el Registro por considerarse que los títulos aportados carecen de los requisitos adecuados.

El Reglamento Hipotecario aclara que se entenderá por título, para los efectos de la inscripción, el documento o documentos públicos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquella y que hagan fe, en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción, por sí solos o con otros complementarios, o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite (art. 33 RH). Nada de esto cumplen los documentos aportados en el expediente objeto de este recurso. En concreto, con relación a la finca controvertida —la finca 6078— no resulta de la copia aportada de la sentencia, haber sido demandada la cancelación de inscripción alguna. En consecuencia, dicha sentencia congruente con el «petitum» no ordena —y por lo tanto no procede practicar— ninguna cancelación sobre dicha finca. Tampoco en ejecución de sentencia se ha ordenado practicar asiento alguno en el Registro de la Propiedad. A lo sumo lo que procede es instar la ejecución de la sentencia si lo que se pretende es que el juez ordene la rectificación del Registro.

La rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

Resolución de 12-1-2022
BOE 15-2-2022
Registro de la Propiedad de Cáceres, número 2.

PUBLICIDAD FORMAL: CONTENIDO DE LA CERTIFICACIÓN.

Se discute en el recurso sobre el alcance y contenido que ha de tener la certificación registral con relación a asientos ya cancelados.

Es constante la doctrina de esta Dirección que sostiene que, en el ámbito del Registro de la Propiedad, el interés legítimo ha de probarse a satisfacción del registrador de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. Tratándose, como en el supuesto de hecho planteado, de certificaciones que se refieren a extremos relativos a asientos no vigentes, el registrador debe extremar su celo en la acreditación del interés. Es conveniente recordar en este punto, el criterio restrictivo que respecto de la publicidad de los asientos ya cancelados se desprende de nuestra legislación hipotecaria.

Por otro lado, desde el punto de vista del objeto y extensión de la publicidad, el interés expresado no es cualquier interés (pues entonces la prueba la constituiría la mera solicitud), sino un interés patrimonial, es decir, que el que solicita la información tiene o espera tener una relación patrimonial para la cual el conocimiento que solicita resulta relevante. Debe recordarse, asimismo, que no puede solicitarse del registrador que emita juicios, corrobore opiniones o contradiga la argumentación del solicitante, cuestiones todas ellas ajenas a lo que nuestro ordenamiento jurídico determina que implica la acción registral de certificar.

Es cierto que del escrito de recurso puede deducirse que lo que solicita la interesada realmente es certificación del contenido de los asientos de anotación preventiva, pero nada impide certificar de los extremos que solicita con expresión, en su caso, de su cancelación conforme al artículo 234 de la Ley Hipotecaria, insertando a continuación de ella, literalmente o en relación, el asiento que haya producido la extinción. Todo ello circunscrito al contenido de la solicitud y con los limitados efectos derivados de tal concreción, como se ha señalado anteriormente.

Resolución de 17-1-2022
BOE 16-2-2022
Registro de la Propiedad de Cartagena, número 3.

CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA: NATURALEZA Y ALCANCE. CONDICIÓN RESOLUTORIA: DISTINCIÓN ENTRE PURAMENTE POTESTATIVA Y SIMPLEMENTE POTESTATIVA.

Se analiza la diferencia entre las condiciones potestativas puras —«si volam», «si voluero»— y las simplemente potestativas, en las que han de valorarse otros

intereses e impulsos, que no estarían afectadas por lo establecido en los artículos 1115 y 1256 del Código Civil.

Como cuestión previa, en cuanto el alcance y efectos de la calificación sustitutoria, es preciso aclarar que es doctrina consolidada de este Centro Directivo que el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria no contempla la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos esgrimidos por el registrador sustituido. La intervención del registrador sustituto debe limitarse a confirmar o revocar la nota de calificación y en este último caso, y si la revocación es total, debe acompañar el texto comprensivo de los términos en que deba practicarse el asiento (cfr. art. 19 bis.3.a LH). Del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de subsanación de los defectos o en su caso para que pueda proceder a la interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido.

Cabe recordar que la propia literalidad de ambas normas (arts. 1115 y 1256 CC) y la gravedad de la sanción establecida han dado lugar a una interpretación restrictiva de la misma y a la habitual distinción entre las condiciones puramente potestativas, basadas en la pura arbitrariedad (pura condición de querer —«si volam», «si voluero»—), y las simplemente potestativas, en las que han de valorarse otros intereses e impulsos, de suerte que rara vez se ha apreciado por la jurisprudencia la existencia de las primeras, inclinada como está a calificar como condición no invalidante aquella en que la voluntad del deudor dependa de un complejo de motivos e intereses que, actuando sobre ella, influyan en su determinación, aunque sean confiados a la valoración exclusiva del interesado.

A la vista de estas jurisprudencia y doctrina, en el concreto supuesto de este expediente es cierto que el concedente puede unilateralmente dejar sin efecto la opción de compra, si antes del día 26 de junio de 2022 otorga una escritura donde manifieste su voluntad de dejar sin efecto el derecho de opción, lo que, de tratarse de este trámite solo, abocaría a concluir que se trataría de una condición puramente potestativa. Pero no es esta la única actuación que debe realizar, ya que, además de lo demás pactado en los términos antes expuestos, debe ir acompañada de la devolución del doble de la cantidad señalada como arras, —que también ha hecho función de precio de la opción— y, además, las restantes cantidades percibidas en concepto de anticipo del precio de la compraventa, lo que hace que, como alega la recurrente, estemos ante un negocio complejo. Así pues, habiendo obligaciones recíprocas intrínsecas a la compraventa y no pudiendo ninguno de los contratantes desvincularse o desligarse del contrato por su sola voluntad sino cumpliendo determinadas exigencias —en un caso, las derivadas del ejercicio de la opción de compra y en el otro, el otorgamiento de la escritura y la devolución del doble de la cantidad entregada como prima— debe concluirse que la condición no es puramente potestativa.

Resolución de 17-1-2022
BOE 16-2-2022
Registro de la Propiedad de Mogán.

RECURSO GUBERNATIVO: RESPETO A LAS FORMAS EN EL ESCRITO DE RECURSO. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: REQUISITOS.

La usucapión solo puede ser apreciada y reconocida por los Tribunales en u procedimiento dirigido contra el titular registral.

Como cuestión previa, el escrito de recurso contiene diversas descalificaciones y juicios de valor que resultan inaceptables y ajenas por completo al derecho a la defensa del recurrente frente a la nota de calificación. Al margen de la legítima discrepancia con el funcionamiento de las distintas instituciones intervinientes y con la decisión de la registradora manifestada en el curso del procedimiento registral, es exigible un mínimo respeto y una argumentación que, con independencia de su nivel jurídico, sea al menos relativa a los defectos observados en la nota, ya que no es otro el objeto del recurso debiendo el recurrente, caso de que lo estime necesario, canalizar sus quejas por las vías adecuadas y debiendo abstenerse de incluir acusaciones que resultan, en todo caso, absolutamente improcedentes.

Limitado el presente a los dos únicos defectos efectivamente recurridos, procede entrar en el primero de ellos, relativo a la exigencia por parte de la registradora de la acreditación de la obtención de la preceptiva licencia de segregación, por cuanto la finca transmitida no es sino una porción de la totalidad de la finca registral. Así, la entidad recurrente declara la existencia de una «resolución de la segregación y pago de tasas y entrega de los planos» que, según manifiesta, acompaña al escrito de recurso. Aun suponiendo que tal resolución cumpliera todos los requisitos legalmente establecidos para formalizar la segregación pretendida, la misma en modo alguno puede ser tenida en cuenta, puesto que debe recordarse que no pueden tomarse en consideración sino los documentos presentados al tiempo de practicarse la nota de calificación.

Como ha reiterado este Centro Directivo (*vid.*, por todas, Resolución de 26 de abril de 2006), dentro del estrecho margen que proporciona el procedimiento registral, el registrador no puede calificar la usucapión, tarea reservada a los órganos jurisdiccionales. Dicha doctrina ha sido elaborada en el ámbito de la prescripción extintiva pero su fundamento —los limitados medios con los que cuenta el registrador para realizar su labor—, es igualmente aplicable al supuesto de la prescripción adquisitiva, pues de los hechos que ante él se acreditan en la documentación presentada no cabe inferir, en perjuicio del titular registral, que se hayan producido las consecuencias sustantivas previstas en el ordenamiento.

Resolución de 17-1-2022
BOE 16-2-2022
Registro de la Propiedad de Monforte de Lemos-Quiroga.

DESLINDE DE FINCAS: REQUISITOS.

Se analizan en el expediente los diferentes requisitos que ha de reunir la resolución judicial aprobatoria de un deslinde de fincas, partiendo siempre de los límites de la calificación registral de documentos judiciales.

En relación con las facultades de calificación que respecto a los documentos judiciales tiene el registrador, ha de citarse la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2021, que señala que la función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento, es decir, no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el Registro.

Ni antes ni después de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, y la de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria) se regula el deslinde voluntario realizado de común acuerdo por los colindantes en cuanto a sus lindes exclusivas. Pero esta posibilidad era perfectamente factible, tanto porque es una «facultad» que el artículo 384 del Código Civil concede al propietario de una finca, cuanto porque el principio de libertad civil (art. 1255 CC) permite todo lo que no está prohibido y no perjudica a tercero.

Las razones alegadas en la nota de calificación para sostener que no estamos ante un problema de confusión de linderos, sino de doble inmatriculación, además de que quedan desmentidas por el contenido del decreto de aprobación del deslinde en los términos del informe pericial que le sirve de base (del que resulta que existe un problema de indefinición de linderos y de alteraciones materiales del terreno que hacen aún más imprecisos esos linderos), son claramente contrarias a los razonamientos y al fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial que declaró sin sombra de duda la existencia de un problema de delimitación de linderos que tenía que ser resuelto a través de un deslinde, y no de una situación de doble inmatriculación. Y, como se ha señalado en el anterior fundamento de Derecho, la función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el principio de rogación impone la necesidad de que las sentencias dictadas en procedimientos contradictorios especifiquen los asientos a cancelar o modificar. Ahora bien, también ha sostenido esta Dirección General que no debe caerse en un rigor formalista injustificado en los casos en que, por estar adecuadamente identificado en el documento judicial la finca que constituye su objeto y el acto u operación jurídica a que se refiere, no cabe albergar dudas acerca del alcance del documento presentado.

Este Centro Directivo ha señalado en múltiples resoluciones que siendo la finca el elemento primordial de nuestro sistema registral —de folio real—, por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídico real constituye presupuesto básico de toda actividad registral la identidad o coincidencia indubitada entre la finca que aparece descrita en el título presentado y la que figura inscrita en el Registro. No obstante, esta doctrina ha sido matizada en relación con los inmuebles ya inscritos cuya descripción ya recoge el conjunto de requisitos establecidos en el ordenamiento hipotecario. En tales casos, la omisión o discrepancia de algunos de los datos descriptivos con que estos figuran en el Registro no constituye en todo caso un obstáculo para la inscripción si su ausencia no impide la perfecta identificación de la finca. Por el contrario, debe entenderse que dicho obstáculo existirá cuando la omisión o discrepancia sea de tal condición que comprometa la correspondencia segura y cierta entre el bien inscrito que sea objeto del título presentado a inscripción.

El cuarto defecto hace alusión a que no resulta clara la parte del mandamiento referente a las edificaciones existentes sobre la finca 8826 de Quiroga. El texto

carece de la mínima precisión descriptiva que exige el principio de especialidad. No debe olvidarse, por otro lado, que cualquier cambio en la descripción de una edificación ha de estar motivado, bien por una modificación de la declaración de obra nueva, bien por una división, segregación o división horizontal, debiendo cumplirse en cada caso los requisitos que respectivamente se establecen en la legislación hipotecaria y urbanística.

El deslinde es uno de los casos en los que la inscripción de la representación gráfica de las fincas afectadas resulta obligatoria. En estos supuestos de inscripción obligatoria de la base gráfica ha declarado esta Dirección General que no es necesario tramitar el expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, a menos que existan diferencias de cabida superiores al 10% de la que aparece inscrita, o que el registrador tenga dudas sobre la identidad de las fincas afectadas, como parece haber ocurrido en este caso. Si ello fuera así, lo procedente es iniciar de oficio por el registrador el referido procedimiento, pero no considerar que constituye un defecto impeditivo de la inscripción.

Resolución de 18-1-2022
BOE 16-2-2022
Registro de la Propiedad de San Martín de Valdeiglesias.

HERENCIA: SUSTITUCIÓN VULGAR Y LEGÍTIMA.

La sustitución vulgar en caso de renuncia no opera respecto de la legítima estricta, debiendo entenderse efectiva solo en relación con la mejora o el tercio de libre disposición.

Indudablemente, los descendientes de un legitimario renunciante no pueden alegar derecho alguno a la legítima, pues han perdido la expectativa de ser legitimarios por razón de la renuncia de aquel (cfr. art. 985, párrafo segundo, CC). Por ello, la admisión del llamamiento a los sustitutos vulgares del legitimario que repudia la herencia (o el legado) supondría una restricción o perjuicio de la legítima de los colegitimarios del renunciante.

No obstante, como ha reconocido este Centro Directivo en las citadas resoluciones, nada impide que en el testamento se ordene una sustitución vulgar en favor de los hijos o descendientes del renunciante. Pero el bien o la porción hereditaria será recibido por los hijos del renunciante en concepto distinto de la legítima. Si excediere su valor del cómputo ideal de la misma, podrá serlo en concepto de mejora, si así se hubiere ordenado; o, en otro caso, podrá imputarse al tercio de libre disposición, y en su defecto, a la parte no dispuesta expresamente del tercio de mejora.

Este Centro Directivo ha establecido un criterio reiterado e inequívoco, pudiendo citarse en tal sentido su Resolución de 26 de mayo de 2016, que precisa y delimita algunos principios de interpretación: que ha de primar el criterio subjetivista, que busca indagar la voluntad real del testador, armonizando en lo posible las distintas cláusulas del testamento, y acudiendo con la debida prudencia a los llamados medios de prueba extrínsecos o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta, tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo en diferentes sentencias.

Por ello, conforme a los razonamientos expresados en los anteriores fundamentos de derecho, aun cuando la sustitución vulgar se ha ordenado por el testador genéricamente para todos los herederos y, según el artículo 774 del Código Civil, la sustitución, simple y sin expresión de casos, comprende tanto

los de premoriencia como los de incapacidad y renuncia, debe interpretarse que, para el caso de que los instituidos únicamente en la legítima estricta renuncien a esta, se ha querido excluir que la porción hereditaria vacante de cada instituido renunciante pase a sus respectivos descendientes, toda vez que, al no haber dispuesto el testador que dicha porción se atribuya —con cargo a la mejora o, en su caso, al tercio de libre disposición— a tales sustitutos, la legítima renunciada corresponde por derecho propio al coheredero que ha aceptado la herencia (art. 985, párrafo segundo, CC).

Resolución de 18-1-2022
BOE 16-2-2022
Registro de la Propiedad de Madrid, número 14.

HERENCIA: ARTÍCULO 28 LH.

La afección que consta en el Registro por aplicación del artículo 28 de la Ley Hipotecaria puede cancelarse automáticamente a partir del 3 de septiembre de 2021, fecha en que se dejó sin contenido dicho precepto.

En relación con la derogación del artículo 28 de la Ley Hipotecaria lo decisivo (de cara a la cesación de la operativa del precepto derogado) no es la fecha de fallecimiento del causante, sino la fecha de la inscripción (que es la del asiento de presentación *ex* art. 24 LH), por lo que para aquellos títulos relativos a sucesión hereditaria (háyase, o no, causado antes) presentados después del 3 de septiembre de 2021 el derogado artículo 28 de la Ley Hipotecaria simplemente no existe. Pero lo que toca abordar en este recurso es qué ocurre con aquellas inscripciones practicadas con anterioridad a esa derogación respecto de los cuales se hubiera hecho constar (no compete ahora dilucidar si debida o indebidamente), la limitación que explicitaba el citado precepto.

Constituyen las formas típicas de la retroacción tácita las disposiciones que tengan por objeto establecer un régimen general y uniforme, en cuanto que solo concediendo efectos retroactivos se puede conseguir la uniformidad propuesta; siendo un claro ejemplo de ello las que establecen un nuevo régimen o modifican el existente sobre el tráfico inmobiliario, dado el carácter general e inmediato de la Ley Hipotecaria.

Cabe reiterar una vez más que la regulación que se contenía en el derogado artículo 28 de la Ley Hipotecaria era adjetiva, no atribuía derecho subjetivo alguno (lo que veda traer a colación la disposición transitoria primera CC). Por ello no tiene lógica entender que una herencia causada antes del 3 de septiembre de 2021 y presentada a inscripción después quede incólume de la aplicación de un precepto que hoy simplemente ya no existe; y las presentadas antes y respecto de las que conste registralmente esa limitación no lo estén, pues es obvio que respecto de aquellas en las que no se hubiera hecho constar tal limitación —seguramente la mayoría— esta sería absolutamente inoperante en el ámbito registral y sin recorrido alguno.

Si las herencias presentadas a inscripción después del 3 de septiembre de 2021 quedan absolutamente incólumes de la aplicación de un precepto hoy derogado —aun habiendo fallecido el causante antes de dicha derogación—, con mayor razón, y por un criterio de pura igualdad y de estricta justicia material, habrá de suceder lo mismo con aquellas herencias inscritas antes, y respecto de las cuales se hubiera eventualmente practicado la mención citada. Simplemente,

porque han de quedar en pie de igualdad respecto de aquellas otras en las que tal mención no conste registralmente, pues tanto en un caso como en otro no hay duda alguna respecto de la falta de operatividad y de virtualidad de un precepto que ha sido expulsado del ordenamiento jurídico.

Resolución de 18-1-2022
BOE 16-2-2022
Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, número 2.

REPARCELACIÓN URBANÍSTICA: DOCUMENTOS DE RECTIFICACIÓN POSTERIOR.

La rectificación de un proyecto de reparcelación, salvo el caso de errores materiales, ha de hacerse siguiendo el mismo procedimiento administrativo que el que se usó para aprobarlo.

La certificación de la Secretaría es el título formal que da soporte al título material inscribible, en este caso, el proyecto aprobado, cuyo contenido debe quedar reflejado en la certificación con referencia, en todo caso, al acto administrativo correspondiente —cfr. artículos 2.2.a) y 7.1 del Real Decreto 1093/1997—. Igual exigencia debe predicarse respecto a los actos posteriores que modifiquen o alteren el contenido del proyecto, salvo que se trate de meros errores de transcripción de la propia certificación municipal fácilmente subsanables mediante la oportuna diligencia del secretario.

Sin embargo, cuando dichos defectos u omisiones exceden del mero error material afectando al propio contenido básico del proyecto de modo que pueda considerarse una modificación o complemento del título, la vía procedimental adecuada debe ser, según los casos, la tramitación de una operación jurídica complementaria o una completa modificación del proyecto dependiendo de la entidad de la alteración introducida, pues en estos casos la tutela de los intereses afectados solo puede quedar garantizada en el seno del correspondiente procedimiento administrativo y se trata de una materia que resulta calificable por el registrador —artículo 99 del Reglamento Hipotecario—.

En el presente caso los obstáculos fundamentales que impiden la inscripción se centran en la eventual existencia de modificaciones hipotecarias, en particular segregaciones, que parecen deducirse del proyecto aprobado y que, sin embargo, no han sido debidamente formalizadas en la certificación presentada como trámite previo a la inscripción de las fincas resultantes —artículos 68.5 de la Ley de Suelo y 8.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio— como expone el fundamento de Derecho quinto de la Resolución de 27 de enero de 2021.

Tratándose de la omisión de operaciones de segregación de fincas aportadas debe considerarse que el cauce procedimental adecuado es el de la operación jurídica complementaria de modo que complete el contenido del proyecto aprobado mediante el correspondiente procedimiento administrativo con intervención del titular afectado y que quede reflejado en certificación municipal que contenga las circunstancias que exige el artículo 7 del Real Decreto 1093/1997— en particular en cuanto a la descripción de las fincas aportadas previa segregación, en su caso, y su correspondencia con las de resultado.

El segundo defecto se refiere a la falta de acreditación fehaciente de las fechas de las certificaciones aportadas con objeto de subsanar los defectos advertidos. Respecto a las formalidades extrínsecas del documento emanado de los órgano

municipales, esta Dirección General ha tenido oportunidad de expresar que la necesidad del visto bueno del alcalde viene impuesto por el artículo 205 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, conforme al cual dicho visto bueno tiene por objeto significar que el secretario o funcionario que expide y autoriza la certificación está en el ejercicio del cargo y que su firma es auténtica (Resolución de 25 de marzo de 2011).

La nueva regulación de la Administración electrónica ha planteado dudas en cuanto a su incidencia en el ejercicio ordinario de las funciones propias de la Secretaría cuestionando incluso la vigencia de los preceptos que imponen que toda certificación vaya conformada con el visto bueno del alcalde o presidente al menos en ciertas actuaciones. Mas en el presente expediente se trata de calificar el cumplimiento de las formalidades extrínsecas de una certificación expedida con la sola firma manuscrita del secretario sin el visto bueno del alcalde lo que no resulta conforme a lo dispuesto en el citado artículo 205 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. Dicho defecto no puede considerarse subsanado en virtud de un acta notarial de manifestaciones por quien ya no ostenta cargo alguno en el Ayuntamiento.

No se considera suficiente que el secretario municipal certifique que esas circunstancias resultan del expediente administrativo relativo al proyecto aprobado sin referencia concreta al acto administrativo que motiva su inclusión, salvo que se trate de un mero error material de la propia certificación. No se comparte, sin embargo, el defecto consistente en que dichas certificaciones deben contar con la referencia del Registro de documentación municipal.

Finalmente debe recordarse, no obstante, como hiciera la Resolución de 27 de enero de 2021 que es doctrina de este Centro Directivo que el objeto del recurso se circunscribe a los defectos advertidos por el registrador en su nota de calificación, que son impugnados expresamente por los recurrentes (cfr. art. 326 LH).

Resolución de 19-1-2022
BOE 16-2-2022
Registro de la Propiedad de Terrassa, número 5.

HERENCIA: ACTA DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS.

Se reitera la doctrina de la Dirección General sobre la forma de acreditar el llamamiento de los herederos intestados, diferenciándola de los casos de herederos testamentarios.

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, aunque en la escritura se hace constar específicamente la doctrina referida de este Centro Directivo para no aportar el acta de notoriedad, no se expresa en la nota de calificación los aspectos y extremos que hayan quedado incumplidos, sin que en el informe pueda subsanarse esta carencia.

Como puso de relieve este Centro Directivo en la Resolución de 12 de noviembre de 2011, la diferencia entre el testamento o el contrato sucesorio

y la declaración judicial o acta de declaración de herederos abintestato, como títulos sucesorios atributivos o sustantivos, es sustancial. En estas últimas lo relevante es la constatación de determinados hechos —fallecimiento, filiación, estado civil, cónyuge, etc.—de los que deriva la atribución legal de los derechos sucesorios. Por el contrario, en la declaración testamentaria lo prevalente es la voluntad del causante. El testamento es un negocio jurídico que, en tanto que manifestación de la voluntad del causante, se constituye en ley de la sucesión (cfr. art. 658 CC).

En el ámbito de la sucesión intestada, esta Dirección General ha entendido que puede inscribirse la partición si en la escritura se realiza un testimonio en relación de los particulares del documento (la declaración judicial o acta de declaración de herederos abintestato) necesarios para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, los cuales quedan de este modo bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de documentación auténtica para la inscripción establecida en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria. En efecto, la doctrina de este Centro Directivo es que «basta con que el Notario relacione los particulares del documento, los básicos para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad» (cfr. Resolución de 8 de julio de 2005, confirmada por la Sentencia firme número 220/2008 de 18 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Teruel.).

Según se afirmó en Resolución de 20 de diciembre de 2017, cabe tener en cuenta la doctrina de esta Dirección General sobre calificación registral de la declaración judicial de herederos como acto de jurisdicción voluntaria, predicable igualmente respecto del acta de notoriedad sobre declaración de herederos abintestato (vid. las Resoluciones de 12 de noviembre de 2011 y 12 de junio de 2012, cuyo criterio ha sido reiterado en las Resoluciones de 12 y 16 de noviembre de 2015 y en otras posteriores). La vigente Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, confirma lo expuesto. En su artículo 22.2, delimita claramente el ámbito de la calificación registral respecto de los expedientes de jurisdicción voluntaria.

En la escritura cuya calificación motiva el presente recurso se reseña el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, con indicación de la notaria autorizante, fecha de autorización, el nombre y apellidos de los ocho hijos que fueron declarados herederos por partes iguales, así como el nombre y apellidos del cónyuge viudo a quien se reconoce la cuota usufructuaria de legítima. No se indican, por tanto, todos los datos que, como ha reiterado este Centro Directivo (*vid.*, por todas, Resoluciones de 12 y 16 de noviembre de 2015, 20 de diciembre de 2017 y 15 de enero de 2020), son necesarios para la calificación e inscripción.

Resolución de 19-1-2022
BOE 16-2-2022
Registro de la Propiedad de Cullera.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Se reitera la doctrina de la Dirección General relativa a que no pueden tenerse en cuenta para resolver el recurso documentos que no pudo examinar el registrador al emitir su calificación. Asimismo se reitera que no cabe rectificar los asientos sin cumplir con los requisitos legales.

Con carácter previo debe este Centro Directivo advertir 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. Por ello, no puede ahora decidirse si la aportación, con el escrito de recurso, de los documentos anteriormente enumerados, que no se presentaron en el momento de la calificación impugnada, es suficiente para la subsanación del defecto referido, pues, con base en dicho precepto.

Como ya afirmó este Centro Directivo en la referida Resolución de 11 de septiembre de 2017, los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, la rectificación de los mismos exige el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho, o en su defecto, resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

Resolución de 19-1-2022
BOE 16-2-2022
Registro de la Propiedad de Getafe, número 1.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

No puede rectificarse el contenido de los asientos en virtud de una sentencia que no ordena claramente la cancelación.

Del testimonio de la sentencia firme aportada, podría deducirse no solo la extinción de la condición de materialización del aprovechamiento urbanístico como pretende el recurrente, sino también podría inferirse que se ha resuelto la titularidad de la propia entidad vendedora respecto de la finca expropiada, cuya venta ahora se pretende, como consecuencia de la sentencia que se acompaña.

Es por ello que parece razonable que no se puedan vender las participaciones indivisas inscritas a favor de las entidades integrantes de la unión temporal de empresas, afectas registralmente a la condición de materialización del aprovechamiento urbanístico inscrito, si no es en los mismos términos que figuran en los asientos del Registro, esto es, con la afectación a la materialización del aprovechamiento urbanístico. Esta Dirección General no puede poner en entredicho la validez de los asientos, entre ellos tal afectación a la materialización del aprovechamiento urbanístico de la finca expropiada, pues se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1.3.º LH).

Por otra parte, el artículo 44.4 de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, en las expropiaciones a cambio de finca futura, establece que el folio abierto al aprovechamiento se cancelará simultáneamente a la inscripción a favor del expropiado de la finca que constituye el justiprecio en especie. Si esto ya no es posible, y al expropiado no se le puede materializar el aprovechamiento urbanístico y tampoco se le puede restituir la finca de origen que le fue expropiada —registral 14 003— porque la misma ha sido transformada en fincas de resultado fruto del proceso de reparcelación realizado por la unión temporal de empresas en el sector, y se pretende vender las participaciones indivisas de esta finca expropiada sin la afectación registral inscrita, libre de cargas, por haber recibido el expropiado el importe reconocido en la sentencia de la Audiencia Provincial, habrá que compartir el criterio de

la registradora que exige para ello el consentimiento de todos los interesados o resolución judicial firme en que así expresamente se ordene.

Este Centro Directivo permite modalizar el principio de rogación en caso de los documentos judiciales, dadas las características de este tipo de documentación, que aconsejan que, en la medida de lo posible, el registrador actúe de oficio, incluso a los efectos de su inscripción parcial, a fin de dar cumplimiento a su deber constitucional de colaboración con las autoridades judiciales. La dificultad radica en que, como argumenta la registradora, en el presente supuesto no se infiere indubitadamente de la sentencia la cancelación de la materialización del aprovechamiento urbanístico inscrito.

Resolución de 19-1-2022
BOE 16-2-2022
Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar, número 3.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se deniega la inscripción de una base gráfica porque el registrador aprecia fundadamente dudas sobre la identidad de la finca.

En cuanto a la alegación del recurrente relativa a la falta de rigurosidad de la documentación presentada para poder ser admitido, hay que recordar que el ámbito de aplicación del artículo 199 de la Ley Hipotecaria no es el de resolver una controversia, por lo que no hay trámite de prueba sino que la documentación, presentada por quien se opone a la inscripción de la rectificación e incorporación de la georreferenciación de la finca, tiene por objeto justificar su alegación para que el registrador califique si, a su juicio, hay o no controversia, que solo puede ser resuelta en un procedimiento judicial en el que se dirimirá dicha controversia, practicándose las pruebas que el juez estime convenientes.

En el presente caso, el registrador ha calificado las alegaciones del opositor, que han determinado que tenga dudas en la identidad de la finca, en cuanto que la representación gráfica que trata de incorporarse al folio puede coincidir en todo o parte con otra base gráfica inscrita, con posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas, por lo que ha decidido motivadamente que, a su prudente arbitrio, la georreferenciación y la rectificación de la descripción no pueden acceder al Registro por la vía del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, al existir un conflicto latente entre colindantes sobre el trazado de un lindero, fundamentado sus dudas de identidad, basadas en la oposición del colindante que se acompaña de georreferenciación contradictoria que pone de manifiesto de forma evidente el conflicto entre los colindantes sobre la delimitación gráfica de las fincas. Por tanto, de los datos y documentos que obran en el expediente, se evidencia que no es pacífica la delimitación gráfica propuesta que se pretende inscribir.

Ha reiterado este Centro Directivo que no basta con efectuar una simple comparación aritmética, sino que es precisa una comparación geométrica espacial, por ello en el presente caso debe valorarse la existencia de una georreferenciación contradictoria aportada sobre la delimitación de las fincas. Y sin que proceda, como pretende el recurrente, que el registrador en su calificación o esta Dirección General en sede de recurso pueda resolver el conflicto entre colindantes que se pone de manifiesto.

Existiendo dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, podrá acudirse al deslinde de fincas (art. 200 LH), sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (cfr. art. 198 LH), o a la conciliación ante el registrador, notario o letrado de la Administración de Justicia (art. 103 bis LH).

Resolución de 20-1-2022
BOE 16-2-2022
Registro de la Propiedad de Pontevedra, número 2.

DERECHO FORAL GALLEGO: PACTO DE MEJORA Y REGLAMENTO EUROPEO DE SUCESIONES.

Se considera necesario ostentar vecindad civil gallega para que el otorgante se sujete a la ley gallega, y resultando la vecindad civil una cualidad reservada a españoles, siendo extranjero el otorgante, no procede, en este caso, el otorgamiento de pacto sucesorio de mejora con entrega de bienes de presente, el cual muy posiblemente, además, no se encuentre en el concepto de pacto sucesorio previsto en el Reglamento, en cuanto se transmite la propiedad de presente.

El expediente que ahora se resuelve se refiere a un pacto de mejora con entrega de bienes de presente sujeto al Derecho gallego, que habida cuenta de la concurrencia de un disponente extranjero determina nuevamente el análisis del Reglamento (UE) núm. 650/2012. Las normas europeas presentan entre sus características, la autonomía de los conceptos de las materias que abordan, autonomía conceptual sancionada por la interpretación al efecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Constituye, por tanto, un hito de especial relevancia en este contexto, la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2021 ECLI:EU:C:2021:708 UM v. HW en tanto administrador de la sucesión de ZL (Asunto C-277/20). Concluye que la exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento de los bienes transmitidos por título distinto de la sucesión, por ejemplo, mediante liberalidades, debe interpretarse de manera estricta. Los fundamentos de Derecho 35 y 36 señalan: De ello se deduce que, cuando una estipulación contenida en un acuerdo relativo a una sucesión consiste, a semejanza de una liberalidad, en el sentido del referido artículo 1, apartado 2, letra g), en una donación, pero no surte efectos hasta el fallecimiento del de cuius, está comprendida en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento.

En el caso que se aborda ahora, la transmisión del bien concreto es de presente, con el efecto de mejora al hijo si se dan los requisitos que establecen los artículos 214 a 218 de la ley 2/2006, de derecho civil de Galicia tras la apertura de la sucesión de los disponentes y ello, aunque el concepto mejora como tal ya no esté recogido tras la reforma de las legítimas por la misma Ley 2/2006, que cambia la naturaleza de estas y su cuantificación. Por ello señala el título que tendrá la condición de legado no respondiendo el mejorado por las deudas de la sucesión. Es decir, pese al «*nomem ius*» de la mejora con entrega de bienes en Derecho gallego, al referirse a una entrega de presente, cuyo régimen se ha de regular por este propio Derecho según la reciente interpretación del Tribunal de Justicia citada, cabe dudar seriamente que pueda dar lugar a pacto de los incluidos en el Reglamento.

Dado que no es posible una efectiva elección en disposición «*mortis causa*» —si no es condicionada en los términos expresados—, de una de las siete normativas sucesorias que contempla el Derecho español, la unidad cuya legislación resulte aplicable vendrá necesariamente establecida por la ley española a la apertura de la sucesión. En el caso que nos ocupa, el bien se transmite de presente y se realiza una «*professio iuris*» no expresa sobre el bien concreto (se dice en el título que será un legado, en concepto de mejora «*ad hoc*» y en cuanto tal no responderá el beneficiario de las deudas hereditarias).

La ley civil gallega exige la cualidad subjetiva de gallego, pero también presenta, un elemento de extraterritoriedad, por el contrario a lo señalado por el recurrente, pues el gallego mantendrá su vecindad civil fuera de Galicia, de acuerdo con el Derecho estatal. Es evidente, por tanto, que no es posible realizar la manifestación que se hace en el título calificado por persona extranjera y respecto de la española no es relevante, en cuanto, no solo es necesario ser nacional español para ser titular de una concreta vecindad civil, sino que además el transcurso de un plazo de más de diez años sugiere, por su redacción, un cambio de vecindad sobre una previa —por residir en el territorio relevante cuya mutación— no se alude a su adquisición originaria— no se justifica por su inscripción en el Registro Civil.

Resulta, por tanto, pacífico *ex* artículos 25.1 y 21.1 del Reglamento que el Derecho aplicable es el español por ser el del Estado de la residencia habitual don M. A. R. M. Lo que no lo resulta tanto es qué normas de nuestro ordenamiento, si el Código Civil o la Ley de derecho civil de Galicia. Las claves para resolver esta cuestión se hallan en el artículo 36 del Reglamento. El artículo 36 del Reglamento relativo a los Estados con más de un sistema jurídico — conflictos territoriales de leyes—, en su apartado primero establece que en el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión.

Los problemas de aplicación de esa normativa no nacen del Derecho europeo que se aplica correctamente. Nacen de los propios requisitos exigidos por la ley autonómica aplicable. En efecto, conforme al Derecho Civil de Galicia, artículo 4 de su compilación, se exige la cualidad de gallego para realizar ese pacto. No se trata de un problema de aplicación del Derecho europeo sino de limitación material de las normas forales que (si fueran susceptibles de ser consideradas un pacto de los contemplados por el Reglamento (UE) 650/2012, conforme a la reciente jurisprudencia) deberían ser modificadas en adaptación a los nuevos instrumentos europeos, al no ser de aplicación la regla primera del artículo 36, cuyo contenido es de preferente aplicación, como demuestra su interpretación lógica y sistemática.

Por todo ello, se considera, como la registradora calificante, que al ser necesario ostentar vecindad civil gallega para que el otorgante se sujete a la ley gallega, y resultando la vecindad civil una cualidad reservada a españoles, siendo extranjero el otorgante, no procede, en este caso, el otorgamiento de pacto sucesorio de mejora con entrega de bienes de presente, el cual muy posiblemente, además, no se encuentre en el concepto de pacto sucesorio previsto en el Reglamento, en cuanto se transmite la propiedad de presente y su consecuencia sucesoria supone una «*professio iuris*» no expresa, sino tácita, pero parcial, que puede suponer la fragmentación de la sucesión, conforme a la reciente jurisprudencia europea.

Resolución de 24-1-2022
BOE 17-2-2022
Registro de la Propiedad de San Clemente.

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: IDENTIFICACIÓN DE LA FINCA OBJETO DE TRANSMISIÓN.

Se resuelven las dudas planteadas acerca de si en la descripción de un contrato que ahora se eleva a público está o no incluida una determinada finca.

Uno de los principios de nuestro Derecho hipotecario 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 de la naturaleza, extensión y, en su caso, límites o condiciones del derecho a inscribir y también del objeto sobre el que recae dicho derecho, quedando de tal modo delimitados todos sus contornos que cualquiera que adquiera confiando en los pronunciamientos tabulares conozca la extensión, alcance y contenido del derecho inscrito. En el caso de una compraventa como la que se eleva a público en la escritura objeto de calificación, es esencial por tanto conocer cuáles son objeto de compraventa y por tanto de transmisión de dominio y que todo ello quede adecuadamente reflejado en el título a inscribir.

En el contrato privado de compraventa que es elevado a público en la escritura, como también consta en la misma escritura, el vendedor cede y transmite al comprador, que compra y adquiere, la totalidad de los activos, bienes y derechos que constituyen el negocio —que está integrado por dos centrales hidroeléctricas, los terrenos sobre los que ambas se encuentran construidas y todos cuantos activos, instalaciones e infraestructuras se encuentran afectos a las mismas— incluyendo por tanto la transmisión de la plena propiedad de los terrenos, definiendo el propio contrato dichos términos en su anexo I. En el citado anexo I del contrato, relativo a la descripción del negocio, en su apartado 2 se describe la Central Hidroeléctrica de Los Nuevos y se señala que la propiedad del terreno sobre el que se encuentra construida la central se encuentra incluida en el negocio que se transmite. De todo ello se desprende que no existe duda alguna de que la finca registral 403 también ha sido objeto de compraventa.

Resolución de 24-1-2022
BOE 17-2-2022
Registro de la Propiedad de Vigo, número 6.

DOCUMENTOS JUDICIALES: CUESTIONES SUJETAS A CALIFICACIÓN.

Se abordan tres cuestiones para inscribir una sentencia: no cabe calificar el fondo de la resolución judicial; han de reunirse los requisitos formales del documento presentado; ha de cumplirse lo establecido en el artículo 54 RH.

Es doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que las sentencias declarativas o constitutivas con trascendencia inmobiliaria son directamente inscribibles en los libros del Registro —salvo las dictadas en rebeldía, en los términos del artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— si de este no resultan obstáculos que lo impidan, mediante la presentación del correspondiente testimonio de la resolución judicial, que acredite su contenido, así como la firmeza de la misma. De igual modo, debe tenerse en cuenta la doctrina de la

Dirección General de los Registros y del Notariado relativa a la calificación de los documentos judiciales de conformidad con el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Como primer defecto señala la registradora, que no resulta de la sentencia un título válido material de adquisición por parte del demandante. No consta, que el bien haya sido adquirido en comunidad por ambos cónyuges o el título en virtud del cual se aporta a la comunidad proindiviso. Dichas afirmaciones no pueden sostenerse. Sostiene el Tribunal Supremo que en primer lugar habrá de estarse a los pactado por las partes, pero dicho pacto no se requiere que sea expreso, admitiéndose los pactos tácitos que puedan deducirse de los «*facta concludentia*». Lo que no se puede en ningún caso es aplicarse analógicamente las normas sobre regímenes económicos ya que no hay matrimonio, ni mucho menos las normas sobre sociedad de gananciales. Pero de probarse de forma expresa o tácita que se adquirieron en común, puede deducirse la existencia de dicha comunidad. En vista a lo anteriormente expuesto, no cabe duda que la apreciación de la existencia del pacto tácito de constitución de una comunidad de bienes, con todos los efectos inherentes a su existencia, constituye el fondo de la resolución judicial, cuya calificación está vedada al registrador en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, por lo que este defecto debe revocarse.

En segundo lugar alega la registradora que la sentencia no está debidamente firmada ni sellada y no puede garantizarse su autenticidad. Este defecto debe confirmarse. En relación con esta modalidad de firma, esta Dirección General ya viene admitiendo como documentos auténticos a efectos de presentación en el Registro el traslado a papel de estos cuando contengan un código seguro de verificación que permita contrastar su autenticidad. Por tanto, será necesario presentar un testimonio de la sentencia debidamente firmado y sellado por el tribunal o con código seguro de verificación que pueda comprobarse, de modo que resulte acreditada la autenticidad del documento y la identidad de quien lo expide.

Por último, alega la registradora, que no pueden presumirse las cuotas de adquisición, defecto este que debe confirmarse. De conformidad con el artículo 54 del Reglamento Hipotecario «las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente».

Resolución de 24-1-2022
BOE 17-2-2022
Registro de la Propiedad de Baena.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Cuando los errores de concepto resultan del propio historial registral, cabe la rectificación unilateral por el registrador.

El artículo 327 del Reglamento Hipotecario determina que se considera el error de concepto de los comprendidos en el párrafo primero del artículo 217 de la Ley Hipotecaria (es decir, los cometidos en inscripciones, anotaciones o cancelaciones, o en otros asientos referentes a ellas, cuando no resulte claramente de las mismas), el contenido en algún asiento por la apreciación equivocada de los datos obrantes en el Registro. De todo ello resulta, con claridad, que el error al que se refiere la recurrente en el presente caso no sería material, sino de concepto.

La calificación no puede ser confirmada en cuanto sostiene que para la rectificación del error padecido en los asientos es imprescindible el consentimiento de los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la práctica del asiento erróneo. Como ha quedado expuesto, cuando el error de concepto se ha cometido en determinados asientos posteriores por la apreciación equivocada de los datos obrantes en el propio Registro y resulta claramente de tales asientos, procede la rectificación, sin necesidad de consentimiento de los titulares de derechos posteriores que, forzosamente, han de quedar afectados por el contenido de todos los asientos vigentes (o parte de los mismos) del folio real respectivo.

Resolución de 25-1-2022
BOE 17-2-2022
Registro de la Propiedad de Valencia, número 14.

HERENCIA: LEGADO DE CANTIDAD.

Se analiza un testamento en el que se prevé una condición suspensiva de pago de una retribución, considerando que no impide la adjudicación al heredero.

Es indudable que, según el testamento en que se basa la adjudicación hereditaria, esta no se sujeta a condición suspensiva consistente en el pago de la retribución ordenada por la testadora. Por ello, sin necesidad de prejuzgar sobre la consideración de esa obligación como propiamente retribución por servicios prestados, como carga a la que se refiere el artículo 797 del Código Civil o como verdadero legado de cantidad, debe concluirse que la escritura calificada es inscribible. Como afirma el recurrente, aun entendiendo que fuera propiamente un legado, la obligación de retribución ordenada carece de alcance real. Debe, por tanto, concluirse que en el presente caso es intranscendente la forma en que se haya documentado la renuncia a la retribución ordenada por la testadora.

Resolución de 25-1-2022
BOE 17-2-2022
Registro de la Propiedad de Cádiz, número 3.

HERENCIA: CANCELACIÓN DE LA LIMITACIÓN *EX* ARTÍCULO 28 LH.

Se examina la posibilidad de cancelación de la limitación que preveía el artículo 28 de la LH sin esperar a que transcurran dos años desde el fallecimiento del causante.

Para las inscripciones de adquisiciones hereditarias practicadas en los libros del Registro de la Propiedad, una vez derogado el artículo 28 de la Ley Hipotecaria y con independencia de la fecha de la adquisición hereditaria (es decir haya fallecido el causante antes o después del tres de septiembre de dos mil veintiuno), el derogado artículo 28 simplemente no existe, en tanto que norma adjetiva, de publicidad registral, y no sustantiva. Lo decisivo (de cara a la cesación de la operativa del precepto derogado) no es la fecha de fallecimiento de causante, sino la fecha de la inscripción (que es la del asiento de presentación *ex* art. 24 LH), por lo que para aquellos títulos relativos a sucesión hereditaria (háyase, o no, causado antes) presentados después del 3 de septiembre de 2021 el derogado artículo 28 de la Ley Hipotecaria simplemente no existe.

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo admiten la aplicación retroactiva de las normas a hechos, actos o relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior, siempre que los efectos jurídicos de tales actos no se hayan consumado o agotado y siempre, claro está, que no se perjudiquen derechos consolidados o situaciones beneficiosas para los particulares, infiriéndose, en estos casos, la retroactividad del sentido, el espíritu o la finalidad de la Ley. También la doctrina admite la retroactividad tácita de la Ley y de este modo se pronuncia a favor de la retroactividad de las normas interpretativas; las complementarias, de desarrollo o ejecutivas; las procesales, pero solo en lo relativo a que los actos de ejercicio de derecho nacidos con anterioridad a aquellas han de sujetarse a sus trámites y procedimientos; y, por último, las que pueden establecer regímenes uniformes o acabar con abusos o incomodidades, añadiendo que el intérprete encontrará una orientación en las disposiciones transitorias del Código Civil.

Por ello, aun afirmando en este caso la tácita, aunque indudable postura del legislador en pro de una retroactividad máxima, es perfectamente posible admitir la bondad de la pretensión que motiva este recurso acudiendo, sin más, al efecto inmediato e indiscriminado —tanto de futuro como de pasado— que implica la derogación del tantas veces citado artículo 28. Y es que, se quiera o no, el legislador de 2021 ha dejado bien a las claras cuál es su criterio sobre las razones que le han llevado a derogar un precepto cuya aplicación devino gravemente perturbadora para el buen orden económico y para la seguridad jurídica; y que los efectos de esa derogación (que implica la no suspensión de la fe pública registral) sean inmediatos e indiscriminados, con independencia de cuándo se produjo la muerte del causante.

Por ello no tiene lógica entender que una herencia causada antes del 3 de septiembre de 2021 y presentada a inscripción después quede incólume de la aplicación de un precepto que hoy simplemente ya no existe; y las presentadas antes y respecto de las que conste registralmente esa limitación no lo estén, pues es obvio que respecto de aquellas en las que no se hubiera hecho constar tal limitación —seguramente la mayoría— esta sería absolutamente inoperante en el ámbito registral y sin recorrido alguno. Si las herencias presentadas a inscripción después del 3 de septiembre quedan absolutamente incólumes de la aplicación de un precepto hoy derogado —aun habiendo fallecido el causante antes de dicha derogación—, con mayor razón, y por un criterio de pura igualdad y de estricta justicia material, habrá de suceder lo mismo con aquellas herencias inscritas antes, y respecto de las cuales se hubiera eventualmente practicado la mención citada.

Resolución de 25-1-2022
BOE 17-2-2022
Registro de la Propiedad de Baeza.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: JUSTIFICACIÓN DE LAS DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se confirma que no existe un trámite que obligue al registrador a dar traslado al solicitante de la inscripción de la base gráfica de posibles escritos de oposición de los colindantes, aunque es posible que se pida certificación de los mismos. Lo que sí es preciso es expresar en la nota la correcta justificación de la denegación.

Respecto a la supuesta nulidad de la calificación por no haberse dado trámite de audiencia, invoca el interesado la aplicación supletoria de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Es doctrina reiterada de la Dirección General que el procedimiento registral tiene una naturaleza especial, que no encaja en la puramente administrativa, al versar sobre cuestiones civiles, por lo que la normativa a que está sujeto es la específica contenida en la legislación hipotecaria. Por lo tanto, no puede invocarse la nulidad de la calificación por la omisión de un trámite cuando la ley reguladora no lo contempla ni es aplicable la legislación supletoria conforme se ha dicho anteriormente. En este sentido debe desestimarse el recurso.

En este caso la calificación se limita a señalar que a juicio del registrador existen dudas acerca de la fijación de un lindero e invasión de finca ajena. Como se ha dicho anteriormente, no es necesario que se dé traslado íntegro de las alegaciones presentadas, pero sí que la nota exprese de manera suficiente por qué de aquellas resulta que no puede accederse a la inscripción pretendida, desvirtuando la presunción de exactitud de la representación gráfica catastral. La motivación no exige razonamiento exhaustivo y pormenorizado, sino que basta que las calificaciones permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales de la decisión.

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. Ahora bien, esta posibilidad debe entenderse limitada a los efectos informativos que se desprenden de los citados preceptos.

Resolución de 26-1-2022
BOE 17-2-2022
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 16.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. CALIFICACIÓN REGISTRAL: INDEPENDENCIA DEL REGISTRADOR.

Se reitera la doctrina de que el recurso no es la vía adecuada para la subsanación de defectos y que el registrador es plenamente independiente en su calificación.

El objeto del recurso no es la negativa a inscribir, sino la calificación negativa (*vid.,* entre otras muchas, Resolución de 23 de febrero de 2017). En este sentido, la Resolución de 2 de junio de 2020, conforme los artículos 9 y 326 de la Ley Hipotecaria y 51, 98 y 110 del Reglamento Hipotecario, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de mayo de 2012, 13 de octubre de 2014 y 19 de enero y 13 de octubre de 2015 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2000, indica 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 (…)» y «el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente determinar si la calificación es o no ajustada a Derecho. (…),

el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador».

El registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

Resolución de 26-1-2022
BOE 17-2-2022
Registro de la Propiedad de León, número 3.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. HERENCIA: NECESARIA INTERVENCIÓN DEL LEGITIMARIO EN LA PARTICIÓN.

Se reitera la doctrina de que el recurso no es la vía adecuada para la subsanación de defectos. El legitimario ha de intervenir en la partición. Solo hay partición testamentaria cuando el testador procede a adjudicar directamente los bienes a los herederos.

El objeto del recurso no es la negativa a inscribir, sino la calificación negativa (*vid.*, entre otras muchas, Resolución de 23 de febrero de 2017). En este sentido, la Resolución de 2 de junio de 2020, conforme los artículos 9 y 326 de la Ley Hipotecaria y 51, 98 y 110 del Reglamento Hipotecario, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de mayo de 2012, 13 de octubre de 2014 y 19 de enero y 13 de octubre de 2015 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2000, indica 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 (…)» y «el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente determinar si la calificación es o no ajustada a Derecho. (…), el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador». En el supuesto concreto, la existencia de un auto judicial firme que inadmite la demanda de división judicial de herencia por considerar efectuada por el causante la partición, no puede ser tenida en cuenta para la resolución de este expediente, al haber sido aportada la misma extemporáneamente en trámite del recurso.

Como afirmó esta Dirección General en Resolución de 2 de agosto de 2016, cuando la legítima es «*pars hereditatis*», «*pars bonorum*» o «*pars valoris bonorum*», el legitimario, aunque no haya sido instituido heredero ni nombrado legatario de parte alícuota, puede interponer el juicio de testamentaria y participar en la partición hereditaria si el testador no la hubiere efectuado por sí mismo ni la hubiere encomendado a contador-partidor. En efecto, la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una «*pars bonorum*», y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o «*pars valoris bonorum*». De ahí, que se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el

cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima. Y dicha intervención es necesaria también para la entrega de legados.

Es preciso diferenciar la partición propiamente dicha de las llamadas normas de la partición. La partición hecha por el testador, propiamente dicha, es aquella en que el testador procede a adjudicar directamente los bienes a los herederos, y en buena lógica implicaría la realización de todas las operaciones particionales —inventario, liquidación, formación de lotes con la adjudicación de los mismos—, mientras que en las normas para la partición el testador, se concreta en expresar la voluntad de que cuando se lleve a cabo la partición, ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a ciertos herederos que indique. No nos encontramos ante una auténtica partición del testador, por lo que debemos concluir en que las menciones que se hacen en el testamento son unas normas de partición.

Resolución de 26-1-2022
BOE 17-2-2022
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 6.

VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA: APLICACIÓN ARTÍCULO 91 RH.

Se considera que cumple con lo establecido en el artículo 91 RH la manifestación del disponente de que la vivienda objeto del acto dispositivo no es la vivienda habitual familiar de nadie que no comparezca en el otorgamiento de la escritura.

La técnica de tutela de la vivienda habitual de la familia se articula a través de esa exigencia del consentimiento de ambos cónyuges: tanto de aquel que ostenta la titularidad sobre la vivienda o la titularidad del derecho sobre ella como del otro cónyuge. El consentimiento requerido para el acto de disposición es exclusivamente el del cónyuge del titular de esa vivienda o del derecho sobre ella y no el de los hijos. La oposición de los hijos que convivan con sus progenitores y con los demás hermanos en esa vivienda, incluso aunque sean mayores de edad, es irrelevante por completo.

Con la finalidad de evitar que ingresen en el Registro actos impugnables y, a la vez, con la de contribuir a la realización de los fines pretendidos con la norma sustantiva, el artículo 91 del Reglamento Hipotecario exige —para la inscripción del acto dispositivo que recaiga sobre un inmueble apto para vivienda y en el que no concurra el consentimiento de ambos cónyuges, o en su caso autorización judicial supletoria, cuando sea exigible para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia según la ley aplicable— bien la justificación de que el inmueble no tiene el carácter de vivienda habitual de la familia, bien que el disponente lo manifieste así.

En atención a lo expuesto anteriormente, la afirmación de que la vivienda objeto del acto dispositivo no es la vivienda habitual familiar de nadie que no comparezca en el otorgamiento de la escritura calificada cumple adecuadamente con las exigencias legales y reglamentarias expuestas, y, por tanto, no es necesario que —como pretende la registradora— se añada manifestación alguna sobre si es o no la vivienda habitual familiar del disponente, quien ya presta el consentimiento imprescindible en la realización del acto dispositivo.

Resolución de 31-1-2022
BOE 17-2-2022
Registro de la Propiedad de Alcudia.

VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA: APLICACIÓN ARTÍCULO 91 RH A MATRIMONIO SUJETO A RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EXTRANJERO.

Se considera la aplicabilidad del artículo 91 RH a un matrimonio sujeto al régimen de separación de Derecho inglés.

Ciertamente, la posible aplicación de la norma del artículo 1320 del Código Civil, o el análogo artículo 4.3 del texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares, aprobado por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, puede basarse en razones de orden público. Así resulta también de lo dispuesto en el Reglamento (UE) núm. 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, aplicable desde el 19 de enero de 2019 (cfr., en relación con las parejas no casadas, la Resolución de este Centro Directivo de 10 de mayo de 2017). Conforme al artículo 30 y al considerando 53 de dicho Reglamento, la vivienda habitual constituye una excepción a las reglas generales sobre la ley aplicable determinada por el mismo, como excepción basada en lo que denomina el instrumento, en la traducción española, «leyes de policía» —normas imperativas—.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, como ya puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 27 de junio de 1994, la finalidad del artículo 1320 del Código Civil no es otra que la de evitar que por un acto dispositivo realizado por un cónyuge sin consentimiento del otro o sin la autorización judicial supletoria tengan el no disponente o los componentes de la familia que abandonar una vivienda para cuya ocupación existía título jurídico suficiente, lo que exige examinar si una cuota pro indiviso del bien dispuesto da derecho a ocuparlo en su totalidad.

De las anteriores consideraciones se desprende que son excesivas e infundadas las exigencias expresadas por la registradora en su calificación, exigencias que no se imponen a españoles y dificultarían no solo la transmisión sino el acceso al crédito para la financiación de bienes inmuebles a un no nacional. Por lo demás, la exigencia — ciertamente conjetural— relativa a la existencia de un hipotético «*constructive trust*», que lleva a la registradora a concluir que «es recomendable conocer el carácter de la vivienda, y en el caso de que sea la familiar, que el otro cónyuge preste su consentimiento a la venta de esta», resulta incompatible con el orden público español, como ha quedado expuesto. Y, en definitiva, por razón de la materia debe entenderse aplicable, en aras a la seguridad jurídica, el artículo 10.8 del Código Civil y con ello inexigibles las manifestaciones y requisitos a que se refiere la registradora (cfr. la citada Resolución de 10 de mayo de 2017).

Resolución de 31-1-2022
BOE 17-2-2022
Registro de la Propiedad de A Coruña, número 6.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.

Se aplica la regla de exigir que el procedimiento se siga contra el titular registral.

Como ha manifestado este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la Resolución de 5 de febrero de 2018) el principio de tracto sucesivo es una traducción en el ámbito hipotecario del principio de seguridad jurídica y de proscripción de la indefensión, máxime estando los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los tribunales y produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley. Para practicar cualquier asiento nuevo o para rectificar 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 también 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.

Esta ineficacia de la sentencia respecto de titular registral no emplazado en el procedimiento no se ve alterada por la alegación de la recurrente de la existencia de una sucesión universal entre este —la «Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A.»— y el banco cedente demandado —«NCG Banco, S.A.»—, atribuyendo a la cesión los efectos de una fusión societaria con sucesión en la personalidad jurídica, pues la cesión de carteras de créditos, por muy amplio que sea su objeto, no tiene tal carácter de transmisión universal. Tampoco altera la situación jurídica expuesta el hecho de que la demanda tuviera entrada en el Juzgado antes de la cesión por parte de «NCG Banco, S.A.», que es la parte demandada.

Por último, no compete al registrador de la propiedad enjuiciar si el titular registral del dominio o derecho real, según se trate, es de mala fe, o si la aportación de la finca en la constitución de una sociedad, en una cesión de créditos o en otro negocio jurídico, no queda amparada por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 1-2-2022
BOE 17-2-2022
Registro de la Propiedad de Marchena.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. ANOTACIONES PREVENTIVAS: NO CABE PRORROGAR LA QUE YA ESTÁ CANCELADA.

En el recurso no cabe discutir sobre la validez de asientos ya practicados. Si una anotación preventiva ya está cancelada, no es posible anotar su prórroga.

Constando la anotación preventiva cancelada con ocasión de extenderse un asiento posterior, el asiento de cancelación practicado, de conformidad con el artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta ley. Por tanto, la rectificación de dicho asiento debería llevarse a cabo, en su caso, en los supuestos y en la forma

señalada en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria. En sentido estricto, el registrador no puede prorrogar anotaciones preventivas canceladas, independientemente de la procedencia de la cancelación.

No cabe instar recurso alguno frente a la calificación positiva del registrador por la que se extiende el correspondiente asiento, cualquiera que sea la clase de este; por tanto, tampoco si lo que se ha practicado es una cancelación. Por el contrario, una vez practicado el asiento, tal y como señala el artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, el mismo queda bajo la salvaguardia de los tribunales.

Resolución de 1-2-2022
BOE 22-2-2022
Registro de la Propiedad de Benaguasil.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN VÍA DE APREMIO ADMINISTRATIVA: POSICIÓN DEL HIPOTECANTE NO DEUDOR.

Se reitera la doctrina aplicable después de la STS de 9 de septiembre de 2021 a los procedimientos seguidos contra la herencia yacente. Ha de acreditarse el requerimiento de pago y las pertinentes notificaciones en el procedimiento respecto del hipotecante no deudor.

Como señala la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo, no puede ser tenido en cuenta para la resolución del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, ya que este tiene como objeto valorar la procedencia de la calificación teniendo en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla.

El fundamento de la calificación registral de documentos administrativos procede de que, dados los efectos añadidos que el asiento registral produce para el acto administrativo (presunción de legitimación, fe pública registral, prioridad, cierre registral, usucapión, etc.), es necesario que se sujete a los requisitos previstos por la legislación hipotecaria para que se produzcan esos efectos. Además, a través de los asientos registrales los documentos administrativos adquieren efectos «*erga omnes*», que por sí mismos no pueden tener sin publicidad registral. Corresponde al registrador, dentro de los límites de su función calificadora de los documentos administrativos, examinar, entre otros extremos, la observancia de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y los reglamentos, con el exclusivo objeto, como tiene declarado este Centro Directivo, de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento objeto de la resolución, no ha tenido la intervención prevista por la Ley, evitando que el titular registral sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal, y en este sentido —como una garantía más del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva— debe ser entendido el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, en congruencia con los artículos 1, 20 y 40 de la Ley Hipotecaria. Entre estos trámites esenciales que son objeto de calificación registral, como se ha dicho, figuran todos aquellos que, dentro del procedimiento correspondiente, van dirigidos a que los titulares afectados puedan tener en el mismo la intervención prevista por las leyes para evitar su indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución española). En el procedimiento

de apremio se exigen una serie de notificaciones de actos y resoluciones que confieren, cada uno de ellos, específicos derechos de defensa para la persona contra la que se dirige el procedimiento. De ahí la necesaria calificación de tales extremos a fin de evitar la indefensión del interesado (cfr. arts. 24 de la Constitución española y 20 LH).

En el presente caso, el procedimiento se ha seguido con tres personas que son los hijos de la titular registral, hipotecante no deudora. Exige el registrador que se acompañe el certificado de defunción y el título sucesorio que acredite que dichos hijos son los herederos de la referida titular registral de la finca.

En relación con la inscripción de resoluciones dictadas en procedimientos seguidos contra la herencia yacente de quien aparece como titular registral de la finca, este Centro Directivo, en su Resolución de 14 de octubre de 2021 ha actualizado su doctrina una vez dictada la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2021, señalando que: «A la vista de la señalada Sentencia este Centro Directivo debe completar su doctrina para estos casos, y concluir que cuando se demanda a una herencia yacente caben dos posibilidades: a) Que se conozca o se tengan indicios de la existencia de concretas personas llamadas a la herencia. En este caso, habrá de dirigirse la demanda contra estos herederos, previa averiguación de su identidad y domicilio. b) Que no se tenga indicio alguno de la existencia de herederos interesados en la herencia yacente (casos de personas que han fallecido sin testamento y sin parientes conocidos con derecho a la sucesión intestada). En estos supuestos, además de emplazar a los ignorados herederos por edictos, se debe comunicar al Estado o a la comunidad autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada a falta de otros, la pendencia del proceso, conforme al citado artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

En el caso objeto de recurso parece necesario que se acredite el hecho del fallecimiento de la titular registral mediante el correspondiente certificado de defunción aportado en tiempo y forma. Sin embargo, no puede confirmarse el criterio del registrador en cuanto a la exigencia de que se aporte el correspondiente título sucesorio que demuestre que los tres hijos citados son realmente los herederos de la titular de la finca.

La intervención del hipotecante no deudor ha de alcanzar a todos aquellos trámites esenciales que afecten a las posibilidades de actuación procesal y al derecho de defensa del titular registral de la finca en el procedimiento. Sin duda, uno de esos trámites es el requerimiento de pago, que permite al referido hipotecante participar desde un principio en el procedimiento de apremio y poder evitarlo mediante el pago de la cantidad reclamada. Así se reconoce con carácter general en nuestra legislación procesal e hipotecaria (arts. 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 132.1.o LH). El Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (Real Decreto 1415/2004, 11 de junio) no contempla expresamente la figura específica del hipotecante no deudor. Ante la ausencia de una regla específica acerca del hipotecante no deudor, hemos de atender a lo que señala su disposición final primera. El artículo 74.4 del Reglamento General de Recaudación, Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece expresamente el requisito del previo requerimiento de pago al hipotecante no deudor para la ejecución de la hipoteca.

Igual suerte han de correr los otros dos defectos, referidos a la necesidad de que se acredite que se ha notificado a la hipotecante no deudora o a sus herederos la valoración del bien hipotecado a efectos de subasta y la propia providencia de subasta. Respecto de esta segunda, el propio escrito de recurso reconoce haberse realizado la oportuna notificación a los hijos de la titular registral, con lo que

solo bastará aportar las correspondientes acreditaciones al registrador para que este pueda calificarlas. En relación con la necesidad de que se acredite la notificación a la hipotecante no deudora o a sus herederos de la valoración de la finca ejecutada, debe recordarse lo que señaló este Centro Directivo en su Resolución de 23 de julio de 2021. Y aunque el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social no contiene una disposición específica referida a la notificación al hipotecante no deudor, en la medida en que se trata de un trámite que afecta de forma esencial al derecho del titular registral, y que el registrador ha de asegurarse de que este no haya sufrido indefensión, ha de entenderse que, al igual que debe requerírsele de pago y notificarle la diligencia de subasta, también se le ha notificar la fijación del valor de la finca ejecutada para que pueda defender su derecho en ese trámite procedimental.

Resolución de 1-2-2022
BOE 22-2-2022
Registro de la Propiedad de Lleida, número 3.

DOBLE INMATRICULACIÓN: REQUISITOS.

Se recuerda que resulta imprescindible para tramitar un expediente de doble inmatriculación que el registrador, tras hacer las averiguaciones oportunas, confirme que existen coincidencias suficientes entre las fincas afectadas.

Procede, por tanto, reiterar la doctrina de las Resoluciones de esta Dirección General de 20 y 30 de octubre de 2020, por la cual, la primera actuación del registrador ha de ser la de apreciar la coincidencia de las fincas y, en consecuencia, la posibilidad de que efectivamente exista doble inmatriculación, total o parcial; apreciación que habrá de efectuar examinando los libros del Registro, la aplicación registral para el tratamiento de bases gráficas y la cartografía catastral; poniendo el acento en que si decide no tramitar el expediente, su negativa deberá estar debidamente motivada.

En el caso de que el registrador, una vez realizadas las investigaciones pertinentes en los términos fijados por el citado artículo antes transcrito, concluya que, a su juicio, no hay indicios de la doble inmatriculación, deberá rechazar la continuidad de la tramitación, quedando a salvo la facultad de los interesados para acudir al procedimiento correspondiente, en defensa de su derecho al inmueble. Dicha decisión, en cuanto se encuadra en las facultades de calificación del registrador, como resulta además del tercer párrafo de la regla séptima del artículo 209 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 1-2-2022
BOE 22-2-2022
Registro de la Propiedad de Coria.

SEGREGACIÓN: INSCRIPCIÓN DE LA BASE GRÁFICA.

En los casos de inscripción de una segregación la regla general es exigir la inscripción de la base gráfica tanto de la porción segregada como del resto.

En las segregaciones, la regla general implica que habrá de inscribirse y coordinarse la representación gráfica georreferenciada tanto del resto de la matriz como de la porción segregada. Sin embargo, cuando se trate de fincas registrales

con segregaciones o expropiaciones pendientes, que no hayan accedido al folio registral de la matriz y en las que no sea posible la determinación de la finca restante, la inscripción gráfica georreferenciada podrá limitarse exclusivamente a la parte segregada.

En el caso que nos ocupa, en que una finca registral única se fracciona en dos porciones, una denominada segregación y otra, resto, el recurrente afirma la posibilidad de inscribir y georreferenciar tan solo la porción resto y no inscribir ni georreferenciar la porción segregada en la misma escritura. Pero tal posibilidad no existe ni resulta permitida en la legislación vigente. Sea como fuere, lo cierto es que en el caso objeto del presente recurso no resulta de aplicación el párrafo tercero del artículo 47 del Reglamento Hipotecario, pues no estamos ante segregaciones pasadas no presentadas a inscripción ni inscritas debidamente cuando se presenta a inscripción un negocio jurídico sobre el resto tras dichas segregaciones pasadas no inscritas, sino que estamos ante una segregación que se efectúa ahora y que se rige por el párrafo primero, conforme a cuyo primer inciso «siempre que se segregue parte de una finca inscrita para formar una nueva, se inscribirá la porción segregada con número diferente.

Resolución de 2-2-2022
BOE 22-2-2022
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 13.

DERECHO FORAL VASCO: VECINDAD CIVIL Y DERECHO DERIVADOS DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

Se analizan las complejas situaciones que se pueden plantear en relación con los derechos del cónyuge de un heredero según el régimen económico que regule el matrimonio.

En el caso de adquisiciones *mortis causa* ha de partirse de la base de que las mismas no afectan a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, quedando encuadradas en la excepción a la aplicación de aquella exigencia del artículo 51.9 del Reglamento Hipotecario, del mismo modo que el artículo 159 del Reglamento Notarial, que al regular la comparecencia impone que conste el estado civil, tan solo exige la constancia del nombre y apellidos del cónyuge en el supuesto de que el acto o contrato afectare a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal. Caben, ciertamente, supuestos excepcionales en los que por ley o pacto exista entre los cónyuges una comunidad de tipo universal, pero precisamente por ese carácter han de ser objeto del mismo tratamiento, de suerte que es lo excepcional lo que ha de declararse y no la exclusión de lo ordinario. En el supuesto concreto de este expediente, efectivamente, no concurre el cónyuge en la aceptación; por tanto, la adquisición hereditaria formalizada no afecta a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, quedando encuadrada en la excepción a la aplicación de la exigencia a que se refieren los artículos 51.9.ª del Reglamento Hipotecario y 159 del Reglamento Notarial.

La omisión de la constancia de la identidad del cónyuge por tanto no puede ser defecto que impida la inscripción, pues no está expresamente exigida en ninguna norma específica y el derecho expectante no es en sí mismo un derecho inscribible. Sin perjuicio de que su constancia es conveniente para la seguridad del tráfico y para la protección de los derechos de las personas implicadas. Podemos concluir por tanto que puede ser una buena práctica notarial la constancia

del nombre y apellidos del cónyuge que adquiere el inmueble por herencia, para facilitar la identificación del titular del derecho expectante, aunque —como ya se ha visto— su omisión no sea determinante de una calificación suspensiva del título, pues tal expectativa no genera propiamente un derecho real inscribible en su favor.

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, cuya entrada en vigor se produjo a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del País Vasco (de 3 de julio de 2015), se ha producido una ampliación del ámbito de aplicación a todo el País Vasco, salvo determinadas materias que únicamente son aplicables a determinados territorios o vecinos de determinados territorios, por lo que en dicha regulación se diferencian los conceptos de vecindad civil vasca y vecindad civil local. Esta complejidad en la determinación de la vecindad civil vasca, la vecindad civil local, la determinación de la ley aplicable a la sucesión, o la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, sin olvidar la problemática de la troncalidad, ha determinado que el legislador atribuya al notario autorizante el encargo de asesorar y resolver estas complejas cuestiones.

En el presente caso —en el que como se ha expuesto, no se indica que la heredera tenga vecindad civil vasca—, deben aplicarse las consideraciones de las referidas Resoluciones de este Centro Directivo de 27 de abril de 1999, 16 de julio de 2009, 5 de marzo de 2020 y 21 de septiembre de 2021, de modo que debe partirse de la base de que la adjudicación de herencia formalizada no afecta a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, toda vez que no se ha declarado que se trate del supuesto excepcional en que por ley o pacto exista entre la heredera y su cónyuge una comunidad foral de bienes. No obstante, será posteriormente, en el momento de la realización de actos dispositivos sobre el bien adquirido por herencia, cuando deberá tenerse en cuenta el régimen económico-matrimonial del heredero, algo que, sin duda, quedará facilitado si, según una buena práctica notarial se hace constar el régimen económico-matrimonial y el nombre y apellidos y domicilio del otro cónyuge en los términos expresados en el citado artículo 51.9.ª a) del Reglamento Hipotecario, invocado por la registradora en la calificación impugnada, aunque en el presente caso, dadas las especiales circunstancias del caso, su omisión no sea determinante de una calificación suspensiva del título.

Resolución de 2-2-2022
BOE 22-2-2022
Registro de la Propiedad de Valencia, número 10.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EXTRANJERO: ALCANCE DEL ARTÍCULO 92 DEL RH.

En los casos de adquisiciones por personas sujetas a régimen económico matrimonial extranjero se aplica el artículo 92 del RH, a menos que el registrador conozca la legislación extranjera.

En el caso mayoritario de los matrimonios hindúes, el régimen económico-matrimonial es el de absoluta separación de bienes, lo que se cohonesta

con el artículo 14 de la Ley de Sucesión hindú, que establece que cualquier bien que sea propiedad de una mujer hindú es de su sola titularidad y pleno dominio; y el artículo 3 de la Ley de Derechos a la propiedad de las mujeres hindúes, que les reconoce la capacidad para adquirir bienes por sucesión del marido.

La entrada en juego de un ordenamiento extranjero no supone la renuncia a la determinación de la situación jurídica publicada ni que el notario español pueda adoptar una actitud pasiva. De un lado, el artículo 159 del Reglamento Notarial no hace distinción alguna, por lo que el notario autorizante debe indagar la situación de los otorgantes a fin de averiguar si existen capítulos o contrato matrimonial entre ellos para proceder, tal y como exige dicho precepto, testimoniando, en su caso, los aspectos particulares que puedan ser relevantes al efecto. Aunque el notario desconozca el contenido de la ley material extranjera, reflejará debidamente en la comparecencia del instrumento público cuál ha de ser la norma aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges. En definitiva, no debe confundirse la falta de obligación de conocer el Derecho extranjero con el deber de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable.

Frente a la regla general de nuestro sistema registral, que exige que esté claramente determinada la extensión de los derechos inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 51.6.ª RH), y aunque, desde un punto de vista estrictamente dogmático, para la adquisición de un bien por extranjero casado debería acreditarse el régimen económico en ese momento, a fin de inscribir dicho bien según la determinación de dicho régimen, tal y como preceptúa el artículo 51.9.ª a), del Reglamento Hipotecario, lo cierto es que tales reglas están ciertamente flexibilizadas para los supuestos de inscripción de bienes a favor de adquirentes casados sometidos a legislación extranjera, pues no se exige la acreditación «a priori» del régimen económico-matrimonial, bastando que la inscripción se practique a favor del adquirente o adquirentes casados, haciéndose constar en la inscripción que se verificará con sujeción a su régimen matrimonial (art. 92 RH). Pero la aplicación del artículo 92 del Reglamento Hipotecario no tiene un carácter preferente respecto del conocimiento que pueda tener el registrador de la legislación extranjera.

Resolución de 2-2-2022
BOE 22-2-2022
Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana.

REQUISITOS FISCALES: ALCANCE DE LA STC SOBRE PLUSVALIA.

Se mantiene la obligación de cumplir los requisitos fiscales en materia de plusvalías a pesar de la STC sobre la inconstitucionalidad del sistema de cálculo de la base imponible.

Conforme a lo establecido en los artículos 254 y 255 LH la falta de acreditación de la liquidación del Impuesto de Plusvalía supone el cierre del Registro (salvo en lo relativo a la práctica del asiento de presentación) y la suspensión de la calificación del documento. No concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (Resolución de 21 de diciembre de 1987) ni resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al Impuesto (apartados 2 a 4 del artículo 104 del texto refundido

de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) o de clara causa legal de exención fiscal, imponer al registrador la calificación de la sujeción o no al Impuesto de ciertos actos contenidos en el documento presentado a inscripción supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo.

En el supuesto de este expediente, los recurrentes alegan 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 7-2-2022
BOE 24-2-2022
Registro de la Propiedad de Felanitx, número 2.

PROPIEDAD HORIZONTAL: DIVISIÓN DE ELEMENTOS PRIVATIVOS.

Se abordan los requisitos para la división de elementos privativos: necesidad de licencia o, en su caso acreditación de antigüedad de la división; y acuerdo de la comunidad o cláusula estatutaria.

Es indudable, y así se ha afirmado en numerosas ocasiones por este Centro Directivo (cfr., entre otras, las Resoluciones de 20 de marzo y 28 de mayo de 2014, 15 de febrero y 13 de mayo de 2016, 26 de octubre de 2017 y 16 de septiembre de 2020), que tras la redacción dada al artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal por la Ley 8/2013, de 26 de junio, la realización de algún acto de división, segregación o agregación, con la finalidad recogida en dicho precepto, respecto de pisos, locales o anejos que formen parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal requiere la previa autorización administrativa como acto de intervención preventiva que asegure su adecuación a la norma de planeamiento. Sin embargo, este requerimiento no es pleno, ya que se condiciona en el inciso final del párrafo primero de la letra b) antes transcrito a que «concurran los requisitos a que alude el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo» (actualmente, artículo 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo), precepto con el que está estrechamente relacionado, operando ambos de forma complementaria.

Es la propia normativa estatal la que impone la necesidad de autorización administrativa previa, y lo hace simultáneamente en ambos supuestos y en virtud de la reforma introducida por una misma Ley (Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas), que incide coordinadamente en dos normas estatales. La primera garantiza la igualdad en el ejercicio de los derechos vinculados a la propiedad del suelo, que tiene naturaleza estatutaria, determinando los derechos y deberes urbanísticos del propietario (texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana); mientras que la segunda (Ley sobre propiedad horizontal), tiene un contenido más puramente civil.

En el caso objeto de este recurso, tratándose de la división en dos de un departamento privativo de una propiedad horizontal, concurren los presupuestos fácticos que determinan la exigencia de la referida autorización administrativa en los términos expuestos, sin que concurran ninguna de las dos excepciones contempladas en el artículo 26.6 de texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. No obstante lo anterior, debe determinarse si, como plantea el notario recurrente, el hecho de acreditar que la división del local en dos departamentos destinados a vivienda se realizó hace más de veinte años, según certificación de arquitecto técnico que se incorpora a la escritura calificada, implica la posibilidad de practicar la inscripción sin necesidad de licencia o autorización administrativa previa.

En el supuesto de hecho de este expediente, como se ha expuesto, se incorpora a la escritura informe emitido por un arquitecto técnico según el cual del local se formaron, hace más de veinte años, los dos departamentos destinados a uso residencial que se describen; y también se incorpora una certificación de dicho técnico en la que hace constar «que en dicho inmueble, formado por dos apartamentos, según métodos constructivos empleados fue acabada su adecuación como vivienda en 1996, que durante los últimos 25 años se ha venido utilizando como vivienda y que a los efectos legales oportunos la misma goza de los servicios y dotaciones correspondientes para su uso como vivienda». Además, no consta la existencia de anotación preventiva de iniciación de expediente de disciplina urbanística. Resulta por tanto de aplicación la doctrina sentada por este Centro Directivo para este tipo de casos, procediendo la estimación del recurso en cuanto a este defecto. Ahora bien, a los efectos de una adecuada colaboración entre el registrador de la propiedad y los órganos competentes de la disciplina urbanística, dará cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas y hará constar en la inscripción, en la nota de despacho, y en la publicidad formal que expida, la práctica de dicha notificación (cfr. art. 28 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre).

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.

En el caso objeto de este expediente, el registrador considera que la cláusula estatutaria que permite la división de los locales sin necesidad de autorización por la junta de copropietarios es ambigua por establecer como presupuesto de tal posibilidad el hecho de que división «no trascienda al exterior». El registrador ni siquiera concreta razón alguna por la que considere que la división formalizada tiene «trascendencia exterior»; razón que, de expresarse con suficiente motivación, se podría analizar para determinar si está o no fundada en derecho su objeción. Por ello, el defecto no puede ser mantenido.

Resolución de 7-2-2022
BOE 24-2-2022
Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera, número 2.

URBANISMO: CANCELACIÓN DE AFECCIÓN URBANÍSTICA.

Se precisa que el régimen de los artículos 19 y 20 del RD 1093/1997 es aplicable a todas las afecciones urbanísticas asociadas al proceso de ejecución urbanística, incluyendo la garantía de la compensación económica de la cesión obligatoria de aprovechamiento.

Las notas marginales del artículo 73, llamadas de mera publicidad noticia, con vigencia indefinida, y sin producir gravamen ni afección real alguna, constituyen la regla general. Y como una de las excepciones a esa regla general, cabe contemplar las específicas notas marginales de afección urbanística (cuando tal afección no se haga constar en el cuerpo de la inscripción, sino por nota marginal), las cuales tienen un régimen jurídico especial en los artículos 19 y 20 del Real Decreto 1093/1997. Del tenor literal de las notas marginales cuya cancelación se solicita, resulta con claridad que no son meras notas de publicidad noticia, de duración indefinida, sino asientos para hacer constar la afección real de una finca al pago de determinadas obligaciones urbanísticas, como auténtico gravamen real oponible a terceros. Y es evidente que el principio de seguridad jurídica prohíbe que se puedan crear gravámenes o afecciones registrales de vigencia indefinida. Precisamente por ello la normativa en vigor limita la vigencia de tales afecciones reales urbanísticas al plazo máximo de siete años.

Ahora bien, en el presente caso, la nota marginal de afección de 3 de junio de 2014, que se ha hecho constar en el Registro, no lo es en garantía de los gastos de urbanización, sino en concepto de compensación económica sustitutiva del 10% de aprovechamiento medio y excesos. Resulta evidente que en el ámbito de las actuaciones de urbanización el legislador ha querido otorgar la misma garantía, en forma de afección real, al deber de cesión del suelo correspondiente al porcentaje legal de aprovechamiento medio o su equivalente económico que al deber de costear la obra urbanizadora propiamente dicho. Por su parte, las cantidades debidas por exceso de aprovechamiento adquirido deben ser incluidas en la cuenta de liquidación provisional del proyecto y considerarse una carga propia del expediente de equidistribución amparada también por la afección real de garantía. Es además evidente que tanto la equidistribución como la ejecución de actuaciones de urbanización y sus correlativos derechos y deberes no son exclusivos de los proyectos de reparcelación propiamente dichos, sino que pueden materializarse de diferentes formas en su modalidad de ejecución asistemática en ámbitos de suelo urbano no consolidado.

La regulación de la inscripción de los actos de naturaleza urbanística y por tanto la de los plazos de duración de los asientos registrales, así como la posibilidad o no de su prórroga, es competencia exclusiva del Estado en base al artículo 149.1.8.a de la Constitución española, y en consecuencia dichos plazos serán aplicables independientemente de que, como sucede en determinados casos, la legislación autonómica, que es a su vez competente en materia de gestión urbanística, prevea la posibilidad de practicar una nueva afección. El hecho de que las fincas no queden afectas por más de siete años previsiblemente se produce porque el legislador consideró que es un plazo suficiente para la ejecución de la urbanización y para exigir las cantidades correspondientes.

Resolución de 8-2-2022
BOE 24-2-2022
Registro de la Propiedad de Marbella, número 3.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO EN ADJUDICACIONES DERIVADAS DE APREMIO ADMINISTRATIVO.

Se aclara en qué casos se dan los derechos de tanto y retracto en las adjudicaciones derivadas de apremio administrativo y de qué forma ha de darse cumplimiento a la declaración que exige el artículo 25 de la LAU.

Según doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 20 de noviembre de 1987, 5 de noviembre de 1993, 22 de marzo de 1999, 6 de febrero de 2001, 20 de septiembre de 2002 y 15 de marzo de 2006, entre otras), en los supuestos de transmisión judicial de una finca, se dan los derechos de tanteo y retracto establecidos en la Ley y, por consiguiente, es necesario para su inscripción que se justifique haberse hecho las notificaciones oportunas para su ejercicio o, en otro caso, la manifestación de inexistencia de arrendamientos sobre la finca adjudicada. Dada la común condición de procedimiento de realización o ejecución forzosa que presenta el procedimiento de apremio por deudas tributarias del que trae causa la adjudicación objeto del presente expediente, la doctrina sentada en las Resoluciones de este Centro Directivo antes referidas ha de considerarse aplicable igualmente, por idéntica razón, a estos procedimientos de apremio.

Respecto de los contratos de arrendamiento concertados con posterioridad a la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, cuya entrada en vigor se produjo el día 6 de junio de 2013, como puso de relieve la Resolución de 24 de marzo de 2017, y reiteraron las de 14 de septiembre y 11 de octubre de 2018 y 4 de julio de 2019, deberá tenerse en cuenta para determinar la existencia del derecho de retracto si el arrendamiento ha tenido acceso o no al Registro de la Propiedad, puesto que de este extremo dependerá la continuación o no del arrendamiento tras la adjudicación de la finca. La doctrina expuesta no será aplicable cuando se trate de arrendamientos de vivienda concertados, bien antes de entrar en vigor de la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos introducida por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, esto es, el 6 de junio de 2013; o bien tras la entrada en vigor el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, es decir, a partir del día 6 de marzo de 2019. Incluso para los arrendamientos de vivienda derivados de estos contratos anteriores al 6 de junio de 2013, debe aclararse que, a partir del día 6 de junio de 2018, es decir, una vez transcurridos los cinco años de plazo mínimo a que se refería este precepto, quedarán extinguidos cuando se resuelva el derecho del arrendador como consecuencia de una ejecución de hipoteca u otro procedimiento de ejecución forzosa, siendo por tanto ya innecesario exigir la declaración arrendaticia a los efectos de los derechos de tanteo y retracto regulados en el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

No obstante, cuando se trata de contratos de arrendamiento para un uso distinto del de vivienda no inscritos, o los inscritos con posterioridad a la hipoteca ejecutada, o a la anotación preventiva del embargo, al no estar sometidos a un plazo mínimo imperativo, el arrendamiento podrá extinguirse como consecuencia de la ejecución. La aplicación del mencionado artículo 25 de la Ley de

Arrendamientos Urbanos a la finca consistente en plaza de garaje tiene como presupuesto, en última instancia, el hecho de que sea objeto de arrendamiento como accesoria de la vivienda, sin que de los datos del presente expediente pueda inferirse tal circunstancia.

Admitida, pues, la procedencia del derecho de retracto arrendaticio, en los términos que resultan de las anteriores consideraciones, la única cuestión que debe dilucidarse en el presente caso es si la expresión «de los datos obrantes en el expediente administrativo no se tiene constancia de la existencia de arrendatarios» que consta en la certificación del acta de adjudicación es suficiente para entender cumplido el mandato impuesto por el artículo 25.5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Admitida, pues, la procedencia del derecho de retracto arrendaticio, en los términos que resultan de las anteriores consideraciones, la única cuestión que debe dilucidarse en el presente caso es si la expresión «de los datos obrantes en el expediente administrativo no se tiene constancia de la existencia de arrendatarios» que consta en la certificación del acta de adjudicación es suficiente para entender cumplido el mandato impuesto por el artículo 25.5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

De este modo, la necesidad de garantizar los derechos de adquisición preferente que los arrendatarios tienen en relación con dicha trasmisión permite concluir que la declaración de libertad de arrendamientos, tal y como se ha formulado en la certificación (esto es, la mera alegación de que del procedimiento no resulta tal existencia) no cubre las exigencias del artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en los términos antes expuestos.

Resolución de 8-2-2022
BOE 24-2-2022
Registro de la Propiedad de Vigo, número 3.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Cuando la finca a inmatricular colinda con una parcela «en investigación» están justificadas las dudas de la registradora sobre invasión del dominio público, debiendo proceder como señala el artículo 205 LH.

La nota de calificación debe ser confirmada. Este Centro Directivo ya ha afirmado que la existencia de un procedimiento de investigación en curso respecto de la titularidad catastral de la finca cuya inmatriculación se solicita, puede justificar las dudas fundadas de la registradora sobre la invasión del dominio público (véanse Resoluciones citadas en los «Vistos»). En tales casos se requeriría que se procediese —como se ha hecho— conforme a lo prescrito en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

En este caso, el Ayuntamiento manifiesta su oposición expresa a la inmatriculación por entender que parte de la finca cuya inmatriculación se solicita ha sido objeto de un procedimiento de expropiación. Por lo que la denegación de la inmatriculación está justificada, sin perjuicio de la obligación de la Administración de inscribir las actas de ocupación y pago (cfr. art. 36 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas).

Resolución de 9-2-2022
BOE 24-2-2022
Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga, número 1.

INMATRICULACIÓN POR SENTENCIA: REQUISITOS.

Se recuerdan los requisitos que ha de reunir una sentencia dictada en juicio declarativo para ser título inmatriculador conforme a los artículos 203 y 204 LH.

Como señala la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo, no pueden ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, ya que este tiene exclusivamente como objeto valorar la procedencia de la calificación teniendo en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla. (*vid.* Resoluciones de 22 de marzo de 2019 y 2 de junio de 2020).

Por lo que se refiere a la escritura notarial que complementa a la sentencia calificada, no se acompaña la copia autorizada de la misma, sino copia escaneada, con lo que no se ha dado debido cumplimiento a lo que determina el artículo 3 de la LH.

La inmatriculación mediante sentencia obtenida en juicio declarativo es admisible, conforme al artículo 204.5.º de la Ley Hipotecaria y siempre que hayan sido demandados todos los que, de conformidad con lo establecido en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria, deban intervenir en el expediente de jurisdicción voluntaria, previsto en dicho precepto y destinado a la inmatriculación de la finca, observándose las demás garantías prevenidas en el citado artículo 203.

De los términos de la sentencia se desprende con toda claridad que el objeto del proceso se circunscribió a la reivindicación de propiedad planteada por las actoras, sin que en ningún momento se plantearan las consecuencias registrales (inmatriculación) de la finca reivindicada —artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, y en el presente caso las actoras en ningún momento solicitaron del juez un pronunciamiento expreso sobre las consecuencias registrales del fallo. En el presente caso, el proceso seguido nada ha tenido que ver con la inmatriculación de la finca reivindicada, de manera que ni los actores solicitaron la citación de los titulares de fincas colindantes ni, lógicamente, el juez ordenó la práctica de prueba alguna en tal sentido, por lo que parece que no cabe, entonces, la inmatriculación.

Resolución de 9-2-2022
BOE 24-2-2022
Registro de la Propiedad de Torrevieja, número 3.

ZONAS DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL: CASOS DE EXPCEPCIÓN A LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA.

Se analizan los casos en los cabe excepcionar la autorización administrativa en la adquisición de terrenos por extranjeros no comunitarios al amparo de la legislación sobre zonas de interés para la defensa.

En la Orden de servicio comunicada de la Dirección General de Infraestructura del Ministerio de Defensa 1/2021, se dictan instrucciones para la racionalización de la autorización para adquisición de inmuebles por extranjeros no

comunitarios, y se excluye de la necesidad de autorización militar en todos los supuestos del artículo 21, números 3 y 4, 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; esto es, en los que el suelo se encuentre en la situación básica de suelo urbanizado.

Lo cierto es que no se ha acreditado que el terreno cumpla con tales requisitos. Cuando se trata de terrenos procedentes de instrumentos de ordenación urbanística, reflejados en el Registro, la acreditación va implícita. Pero ello no ocurre en el supuesto de hecho de este expediente. El mero hecho de que catastralmente se acredite la existencia de la edificación que se pretende declarar por antigüedad, ni el certificado del técnico competente, no es suficiente a estos efectos —aunque lo sean para poder declarar la obra nueva por antigüedad— pues se limitan a constatar la descripción de la edificación y su fecha de construcción. Pero ello no implica necesariamente que la legislación urbanística les atribuya legalmente la condición de suelo urbanizado en los términos a que se refiere el artículo 21, números 3 y 4 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. Para ello será preciso acompañar la correspondiente calificación urbanística de la finca expedida por la Administración pública competente que lo acredite. Tampoco el hecho de que en el Registro se describa como urbana, es un elemento definitivo.

Resolución de 9-2-2022
BOE 24-2-2022
Registro de la Propiedad de Madrid, número 16.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. ANOTACIÓN PREVENTIVA POR DEFECTO SUBSANABLE: NO CABE SOLICITARLA EN EL ESCRITO DE RECURSO.

El recurso no es el cauce para discutir la corrección y legalidad de los asientos registrales. No puede solicitarse la práctica de anotación por defecto subsanable al interponer el recurso, porque ya no es necesaria dados los efectos de prórroga del asiento de presentación que lleva consigo la interposición del recurso.

Como señala el registrador en su informe, este Centro Directivo tiene declarado en reiteradísimas resoluciones que el objeto del recurso es determinar si el acto de calificación del registrador está o no ajustado a Derecho, no siendo el recurso el cauce procedimental oportuno para ordenar la cancelación de una inscripción, pues para ello es necesario el consentimiento del titular registral debidamente causalizado o resolución judicial firme que ordene la cancelación.

Tampoco es procedente que el registrador tome anotación preventiva de una supuesta demanda por la simple manifestación de haberse interpuesto tal demanda, sino que se precisa la correspondiente resolución judicial que acuerde formalmente ordenar dicha medida cautelar.

Y respecto de las alegaciones sobre una posible adquisición del dominio por prescripción adquisitiva contra tabulas, tales alegaciones y medios probatorios no compete analizarlos al registrador, ni tiene competencia legal para eventualmente estimarlos, pues ello implicaría una rectificación del contenido del Registro, que está bajo la salvaguardia de los tribunales, sino que tales extremos habrán de ventilarse, con la necesaria contradicción, ante los órganos judiciales.

En relación con la petición que realiza la recurrente en el escrito de recurso para que se tome anotación preventiva por defecto subsanable, ha de recordarse que, según la doctrina de este Centro Directivo, el fundamento de esta anotación preventiva radica en la necesidad racional de ampliar el plazo de vigencia del asiento de presentación de un título calificado con defectos subsanables, pues la duración de tal asiento puede ser insuficiente para la subsanación que se pretende. Esta anotación tiene una doble cara, pues, si desde un punto de vista tiene el juego del asiento de presentación, desde otro, es como un adelanto del asiento definitivo para el caso de que se subsanen los defectos. Por lo que se refiere a los efectos de tal anotación, son los mismos del asiento de presentación, y también los mismos del asiento que preparan. Por todo ello, si el fundamento de esta anotación es el de dar mayor plazo para subsanar defectos, no se entiende qué función puede realizar si el plazo ya está suspendido como consecuencia del recurso. Consecuentemente, no procede practicar anotación por defecto subsanable cuando se halla pendiente de resolución un recurso interpuesto contra la calificación.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 20-12-2021.
BOE 4-1-2022
Registro Mercantil de Barcelona, número XVII.

CALIFICACIÓN: FUNDAMENTAR ADECUADAMENTE LAS CALIFICACIONES NEGATIVAS. REVOCACIÓN DEL AUDITOR VOLUNTARIO POR JUSTA CAUSA (art. 264 LSC).

SE REVOCA

Estamos ante un expediente en el que el registrador resuelve no practicar el depósito de cuentas anuales de una sociedad limitada bajo la alegación de que no aporta el informe de auditor nombrado e inscrito con carácter voluntario. La designación de dicho auditor se llevó a cabo el 1 de enero de 2019 para un período de 3 años.

El recurrente debido a los escuetos términos de la calificación sobre la necesidad de acompañar el informe de auditoría, fundamenta su recurso en la inexigibilidad de ese documento por haber sido revocado por justa causa el nombramiento del auditor, en junta universal y por unanimidad.

El registrador contesta diciendo que dicha revocación fue en 2021 por lo que la sociedad tiene que aportar el informe de cuentas porque el depósito corresponde al ejercicio 2020 donde todavía el nombramiento estaba vigente.

El criterio consolidado de la Dirección General sobre la necesidad de fundamentar adecuadamente las calificaciones negativas —Resolución de 14 de octubre de 2021, entre otras— consiste en que cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación.

En el presente caso, se estima el recurso porque la nota de calificación del registrador carece de las exigencias antes mencionadas, ya que se limita a exigir que se acompañe el ejemplar de la auditoria debidamente firmado y certificarse que las cuentas anuales se correspondan a las auditadas en base al artículo 279 LSC y Resoluciones de la Dirección General de 15 y 16 de diciembre de 2016 y 20 de diciembre de 2018, ofreciendo al presentante la situación anterior a la revocación del auditor, sin añadir razón alguna que le permita intuir la causa por la que deba permanecer esta situación, por lo que el recurrente alega la facultad de revocar por justa causa ejercitada en junta general y por unanimidad, a tenor del artículo 264.3 LSC.

Resolución de 22-12-2021.
BOE 4-1-2022
Registro Mercantil de Madrid, número VI.

BAJA PROVISIONAL DE LA SOCIEDAD EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE LA AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS ANUALES.

SE CONFIRMA

Se deniega en este expediente la inscripción de una escritura de declaración de unipersonalidad y elevación a públicos de acuerdos sociales por encontrarse la sociedad en baja provisional en el Índice de Entidades de la AEAT y por no constar depositadas las cuentas. El recurrente en sus alegaciones solo hace manifestaciones en relación al segundo de los defectos indicados.

El recurso no puede prosperar porque vigente la nota marginal de cierre por baja provisional en el Índice de Entidades, no podrá practicarse ningún asiento en la hoja abierta de la sociedad afectada, excepto la certificación de alta en dicho índice. Es decir, a diferencia del cierre de la sociedad por no constar depositadas sus cuentas, donde de forma excepcional cabe la inscripción del cese del administrador, el cierre provocado por la nota marginal por baja provisional en el Índice de Entidades se produce por un incumplimiento de obligaciones fiscales por parte de la sociedad, acreditado por la certificación de la Administración Tributaria, de las que puede responder el administrador, por lo que no debe facilitarse su desvinculación frente a terceros.

Resolución de 23-12-2021.
BOE 4-1-2022
Registro Mercantil de Alicante, número II.

NOMBRAMIENTO DE LOS CONSEJEROS: PLAZO DETERMINADO EN LOS ESTATUTOS SOCIALES (ART. 221 LSC).

SE CONFIRMA

El registrador resuelve no practicar las inscripciones correspondientes a los acuerdos de renovación de consejeros y cargos adoptados por la junta general y el consejo de administración de una sociedad alegando tres defectos de los que solo se impugna por el recurrente el relativo al nombramiento de consejero, fuera de los casos de cooptación, el cual debe realizarse por el plazo determinado en los estatutos sociales que es de seis años, por lo que no es posible el nombramiento de los consejeros por plazo de seis meses (art. 221 LSC).

El recurrente alega erróneamente en su argumentación la RDGRN de 26 de marzo de 2002 ya que la misma no se refiere a un acuerdo de nombramiento de administradores, sino que, después de fijar la duración general de un cargo de consejero, se establecía un plazo de ejercicio de dos años, a profesionales de singular relieve a criterio de la junta general o del consejo de administración.

El recurso no puede prosperar porque la junta general, al proceder al nombramiento de un administrador, no puede fijar un plazo de duración del cargo de administrador inferior al establecido en los estatutos, fundamentando tal decisión en la regulación normativa en la materia, así como lo indicado en los estatutos sociales.

Resolución de 3-1-2022.
BOE 2-2-2022
Registro Mercantil de Alicante, número 4.

DENOMINACIÓN SOCIAL: CORRELACIÓN ENTRE DENOMINACIÓN Y ACTIVIDAD. DENOMINACIÓN SOCIAL ADOPTADA SOLO PUEDE HACER REFERENCIA A ACTIVIDADES COMPRENDIDAS EN EL OBJETO SOCIAL.

SE REVOCA

Estamos ante un expediente en el que la registradora decide no inscribir la constitución de una sociedad argumentando dos motivos, rectificando uno de ellos relativo al artículo 5 de los estatutos que regulan como forma de comunicación entre la sociedad y los socios los medios electrónicos. Dicho lo anterior el recurso se centra en debatir el primero de los defectos indicados en la nota de calificación en los que se indica que el artículo 1 de los estatutos relativo a la «denominación social» no cumple con la norma porque al incluir la palabra «Engineering» hace referencia a actividades no incluidas en el objeto social.

El artículo 402.2 RRM regula la correlación entre denominación y actividad y dispone que no podrá adoptarse una denominación objetiva que haga referencia a una actividad que no esté incluida en el objeto social, regla que complementa indicando que para el caso de que la actividad que figure en la denominación social deje de estar incluida en el objeto social, no podrá inscribirse en el Registro

Mercantil la modificación estatutaria que le afecte sin que se presente simultáneamente a inscripción la modificación de la denominación.

En el supuesto debatido en este expediente no son aplicables ninguna de las exigencias del artículo indicado debido a que la denominación adoptada al constituirse la sociedad se refiere a una actividad que puede desarrollarse por aquella según el objeto social delimitado estatutariamente, toda vez que en los estatutos no solo se incluye como actividad principal la «promoción inmobiliaria» sino que se añade también «la construcción en general», donde cabe incluir determinadas actividades de ingeniería tales como la construcción de grandes obras como autopistas, carreteras, etc… Asimismo, aunque la ingeniería sea actividad propia de sociedades profesionales, debe tenerse en cuenta que, según los estatutos, en relación a dichas actividad, la sociedad actuará como una sociedad de mediación o intermediación, sin que le sea aplicable el régimen de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

El uso de la vivienda familiar como compensación del derecho de alimentos. Los hijos menores y mayores con discapacidad. (Art. 96 CC y su relación con el art. 149 CC)

The use of the family housing as compensation of the right to food. Minor and older children with disabilities. (Art. 96 CC and its relationship with art. 149 CC)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE*
Profesora titular de Derecho civil. UCM

RESUMEN: *En general, no cabe una atribución de uso indefinido de la vivienda familiar a un hijo con discapacidad*, siendo que la misma no es refleja o automática por la existencia de una discapacidad, sino que *debe existir una clara conexión entre la situación de discapacidad y la necesidad de mantener la vivienda como hogar familiar*, de forma que la fijación del plazo del uso de la misma será directamente proporcional con la intensidad de la necesidad de la persona con necesidad de apoyo.

ABSTRACT. In general, the indefinite use of the family home cannot be attributed to a child with a disability, since it is not reflexive or automatic due to the existence of a disability, but there must be a clear connection between the disability situation

* 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.

and the need to maintain the dwelling as a family home, so that the setting of the term of use of the same will be directly proportional to the intensity of the need of the person in need of support.

PALABRAS CLAVE. Hijo con discapacidad. Vivienda familiar. Plazo de uso. Derecho de alimentos.

KEY WORDS. Child with a disability. Family home. Term of use. Food law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO CIVIL.—II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO COMO GERMEN DEL CAMBIO LEGISLATIVO.—III. LA IMPORTANCIA DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO EXISTEN HIJOS QUE PASAN DE LA MINORÍA A LA MAYORÍA DE EDAD.—IV. LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. 1. Introducción. 2. El hijo con discapacidad. 3. El derecho de alimentos del hijo mayor de edad con discapacidad y la pensión contributiva por invalidez. 4. El derecho de alimentos del hijo mayor de edad con discapacidad y la pensión no contributiva.—V. EL SUPUESTO DEL MAYOR DE EDAD CON DISCAPACIDAD Y EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.—VI. LA DESVINCULACIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR A LA MADRE Y MENOR, Y VUELTA A SU AFECTACIÓN AL NECESITAR APOYO EL HIJO CON DISCAPACIDAD.—VII. CUANDO EL ALIMENTANTE ES UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—X. LEGISLACION CITADA.—XI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN: LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO CIVIL

Resulta interesante centrarnos en el estudio del artículo 96 del Código Civil que establece que el *uso de la vivienda familiar corresponderá generalmente a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge que tenga la guarda y custodia de los hijos*. Precepto que, no obstante, ha sido recientemente modificado por *la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica,* que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021[1].

Acompañaremos al pequeño estudio del tema el necesario aporte jurisprudencial previo a la reforma legal que ha sido, a mi juicio, básico para el mismo. De este modo analizaremos cómo, cuándo y en qué circunstancias se le atribuye o no el uso y disfrute de la vivienda familiar, rota la relación de los progenitores, cuando haya hijos menores con discapacidad, o cuando estos sean mayores de edad. Si se prorroga el uso de la vivienda familiar con un carácter de temporal o no.

Debemos precisar en este caso que tanto la *patria potestad prorrogada* como la *patria potestad rehabilitada* han desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico a consecuencia de la aprobación y publicación de la 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 que ha adaptado la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y que supuso la consagración de un modelo diferente en el tratamiento jurídico de la discapacidad[2]. Lo cual consideramos que indirectamente influye en el tema a analizar.

Pues bien, el actual artículo 96 del Código Civil señala que

1.º «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad».

Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

Se ha añadido este párrafo ya que al desaparecer la patria potestad prorrogada se considera necesario establecer preceptivamente que puede que el menor con discapacidad que continua con ella al alcanzar los 18 años, puede necesitar continuar con el apoyo de sus progenitores para cubrir determinadas necesidades y la principal será la de la vivienda, el principal apoyo de los padres independientemente de ruptura familiar o no, será la de mantener en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad. Cuestión distinta es la de las circunstancias existentes en torno al sujeto con discapacidad, pues dependiendo de ellas, (medio de vida, recursos económicos…) se podrá establecer un plazo temporal de duración con límite máximo del derecho de uso.

Continúa el precepto estableciendo que:

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparán a los hijos menores que se hallaren en similar situación.

En este contexto, pese a haber aclarado con determinación la situación en el párrafo anterior, se insiste en que en el supuesto de ruptura matrimonial —por nulidad, separación o divorcio— y refiriéndose a los hijos mayores de edad con discapacidad se les equiparará a los hijos menores de edad en el sentido de que serán los titulares del derecho de uso de la vivienda familiar sin indicar límite de duración del derecho.

Pero a continuación el párrafo siguiente, se anticipa y aclara otra posibilidad que puede surgir, y es que el mayor de edad con discapacidad, si su necesidad de vivienda continua por falta de independencia económica será atendida a través del derecho-deber de alimentos entre parientes:

«Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente».

Por último, el apartado 3.º afirma que:

«*Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores,* se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. *Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar* se hará constar en el Registro de la Propiedad. *La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe*».

En relación con este artículo 96 del Código Civil, nuestro rico derecho civil, regula pormenorizadamente el derecho de alimentos entre parientes, en los artículos 142 y sigs. Y recordemos que el artículo 149 del Código Civil establece la posibilidad de que el obligado a prestar alimentos elija pagar una pensión o mantener en su propia casa a la persona con derecho a recibir dichos alimentos[3].

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO COMO GERMEN DEL CAMBIO LEGISLATIVO

Las distintas realidades recogidas en el artículo anterior fueron establecidas en la STS de 25 de octubre de 2016[4], que realiza un desgranado examen de la diferencia que, con respecto al uso de la vivienda y a la obligación alimenticia, existe entre mayores y menores de edad (sin introducir la variable de la discapacidad en este caso).

Y lo hace basándose en la jurisprudencia de la propia Sala Primera del Alto Tribunal en sentencias que vamos a ir comentando[5]. En ellas se mantiene que «... la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3.º del artículo 96 del Código Civil, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección…».

«...La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino *el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado*. Y es que, *adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges*, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas».

Debemos centrarnos en el supuesto de hecho de esta STS de 25 de octubre de 2016, pues contiene «circunstancias relevantes para la resolución». Las partes, casadas en el año 1990, tuvieron dos hijas, la primera de ellas, Visitación, está opositando al Cuerpo de maestros habiendo finalizado sus estudios de Magisterio. La segunda, Mercedes, se encuentra estudiando en la Universidad católica podología. Sus padres se separaron mediante Sentencia de fecha 31 de marzo de 1998, se divorciaron por Sentencia de 9 de mayo de 2003 y se modificaron las medidas relativas al importe de los alimentos a cargo del progenitor no custodio por Sentencia de fecha 2 de septiembre de 2002.

La cuestión se centra en que el domicilio que fuera familiar, propiedad privativa del esposo, quedó atribuido a la esposa e hijas, pero actualmente solo

vive en él Mercedes, al haberlo abandonado su esposa y su hija Visitación. La progenitora ha llegado a un acuerdo en el proceso de reclamación de alimentos instado por Mercedes contra sus padres, en el que aquella se compromete a abonarle la suma de 500 euros por tiempo de cinco años.

Pues bien, como indica el Alto Tribunal, ningún alimentista mayor de edad tiene derecho a obtener los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar, con exclusión del progenitor con el que no haya elegido vivir, de forma que *no cabría atribuir el uso de la vivienda al hijo mayor de edad pretendiendo con ello satisfacer la pensión de alimentos, sino que, como establece el propio artículo 149 del Código Civil, será necesario que el obligado a prestarlos acoja al hijo mayor de edad en su domicilio y le mantenga en ella*.

Así pues, en situación de normalidad o de inexistencia de discapacidad de hijos y padres, al alcanzar los hijos la mayoría de edad —quienes tenían adjudicado su derecho de uso de la vivienda familiar al ser menores, con base siempre en el principio del interés superior de menor para su protección— *origina una nueva situación entre los progenitores que en pie de igualdad frente a la vivienda familiar y a su asignación teniendo en cuenta además circunstancias sobrevenidas* donde deberá justificarse tanto el interés superior de protección como la posibilidad de asignarse la vivienda durante un tiempo determinado y limitado.

III. LA IMPORTANCIA DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO EXISTEN HIJOS QUE PASAN DE LA MINORÍA A LA MAYORÍA DE EDAD

Acertadamente, el progenitor en la demanda de modificación de medidas, (continuamos con el análisis de la STS de 25 de octubre de 2016) solicitó el pago en especie de los alimentos a sus hijas mediante el *mantenimiento de la atribución del uso de la vivienda*.

Y, el Tribunal responde indicando que «…en cuanto al mantenimiento, si bien limitado de la pensión alimenticia establecida en la sentencia para la hija Visitacion, por entender la Sala que tal y como consta acreditado por la prueba practicada en los autos, se dan los requisitos exigidos por el artículo 96.2 para su mantenimiento: la convivencia y la dependencia. En efecto, la hija mayor de edad no es independiente, porque sigue conviviendo con su madre y habiendo acabado su formación como maestra todavía no ha accedido al mercado laboral lo que sin duda obtendrá tras superar las oposiciones a magisterio, para lo que se considera suficiente el plazo de tres años establecido en la sentencia, máxime si como se ha anunciado en los boletines oficiales existe una oferta de empleo suficiente para cubrir plazas de maestro».

En cuanto a la hija Mercedes, continua el Tribunal afirmando que… «consta acreditado sus estudios en la Universidad católica de Podología, no es independiente y vive en el domicilio familiar. La solución dada por la juzgadora de instancia respecto al pago en especie de los alimentos a ella debidos a través de la ocupación de la vivienda le parece coherente con la propia petición del recurrente en su demanda donde solicitó abonar de esa forma esos alimentos…»

Pero el progenitor ante el Supremo cambia su estrategia y señala que debe procederse a:

«…la extinción del uso del domicilio familiar a todas las demandadas y una vez extinguido el derecho de uso, el supuesto de entender que Mercedes

debe ser acreedora de la pensión de alimentos, debe ser conforme al artículo 149 del Código Civil, es decir, *manteniendo en su propia casa al acreedor de alimentos, de modo que el establecimiento de dicha forma de proporcionar los alimentos no puede impedir que el recurrente pueda disponer de su vivienda privativa*».

Por eso el Alto Tribunal, frente a la petición del progenitor recurrente, coherentemente, afirma que «Hoy, por contra, alude a ser él el titular de la opción, *desconociendo la doctrina de los actos propios*. En efecto, en *relación a la doctrina de los actos propios, la jurisprudencia tiene declarado que el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos* («*nemo potest contra propium 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»[6].

IV. LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

1. Introducción

Los alimentos que corresponden a los hijos mayores de edad pueden ser fijados en los procesos matrimoniales si conviven en el domicilio familiar y carecen de ingresos, a instancia del progenitor que los tenga a su cargo.

Del análisis jurisprudencial analizado en comentarios anteriores[7] se concreta que entre las causas de extinción de la pensión alimenticia fijada se hallan la no terminación de la formación académica de los hijos mayores por desinterés o desidia, y la posibilidad de ejercer una profesión o industria y de entrar en el mercado de trabajo, aun cuando se trate de empleos que no respondan a su cualificación y expectativas profesionales[8].

Por otro lado, la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existan hijos mayores de edad no puede vincularse en ningún caso con la prestación alimenticia prevista en el apartado segundo del artículo 93.2 del Código Civil, sino que habrá de realizarse a tenor del artículo 96 del Código Civil, y, por tanto, a favor del cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección en función de las circunstancias concurrentes.

Por último, como vamos a ver a continuación, si los hijos mayores de edad están afectados por una discapacidad, la jurisprudencia los equipara a los hijos menores en lo que se refiere a la obligación de alimentos y a la atribución de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales.

2. El hijo con discapacidad

La Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el

23 de noviembre de 2007, y que entró en vigor el 3 de mayo del año 2008 tiene como finalidad avanzar hacia una mayor inclusión y protección de las personas que sufren cualquier tipo de discapacidad. La Ley 8/2021, de 2 de junio de por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ha sido la propulsora de realizar este cambio.

Establece en su artículo 1: «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Definición también recogida en el RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que ha supuesto un avance progresivo para adaptar el ordenamiento a dichos principios recogidos en la Convención. El preámbulo adelanta que: «*Las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable y numeroso al que el modo en que se estructura y funciona la sociedad ha mantenido habitualmente en conocidas condiciones de exclusión. Este hecho ha comportado la restricción de sus derechos básicos y libertades condicionando u obstaculizando su desarrollo personal, así como el disfrute de los recursos y servicios disponibles para toda la población y la posibilidad de contribuir con sus capacidades al progreso de la sociedad*».

Por otro lado, la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que se remite a lo recogido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria siguiendo literalmente lo fijado en su artículo 2, al recordar que serán: «a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100; b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100».

No obstante, no hay que olvidar que el concepto de persona con discapacidad no aparece establecido de forma unánime en nuestro ordenamiento. Por ejemplo, la Ley 8/2021, de 2 de junio, que modifica la disposición adicional cuarta del Código Civil, que quedaría redactada del siguiente modo: «La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822, y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica».

3. El derecho de alimentos del hijo mayor de edad con discapacidad y la pensión contributiva por invalidez

En la STS de 7 de julio de 2014[9] se analiza la *compatibilidad entre la mayoría de edad del hijo con discapacidad y su pensión contributiva por invalidez* por

parte de la Seguridad Social en relación con los ingresos propios recogidos en el artículo 93.2 del Código Civil. Recordemos que por la fecha de la sentencia es anterior a la Ley 8/2021, pero resulta muy interesante su análisis porque aunque todavía estaba en vigor el proceso de incapacitación, la sentencia se ajusta a los criterios generales de la Convención que ya formaba parte de nuestro ordenamiento jurídico[10].

Aun siendo el hijo perceptor de ayudas de la administración, en el supuesto objeto de la STS «no las recibe ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, dada la dificultad para acceder al mundo laboral. Y lo que no es posible en estas circunstancias es desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor. […] Esta obligación se prolonga más allá de la mayoría de edad de los hijos en aquellos casos como el presente en que un hijo discapacitado sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad».

Nos recuerda la sentencia además que la «Convención *sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano* que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del incapacitado en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. 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. Decir que el hijo conserva sus derechos para hacerlos efectivos en el juicio de alimentos, siempre que se den los requisitos exigidos en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, no solo no responde a esta finalidad, sino que no da respuesta inmediata al problema. 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*, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 del Código Civil, pues *no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación*, (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico».

Doctrina jurisprudencial que se ha repetido, por ejemplo, en la STS de 17 de julio de 2015[11]. que concretó que «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»[12].

4. El derecho de alimentos del hijo mayor de edad con discapacidad y la pensión no contributiva

Previamente la STS de 10 de octubre de 2014[13] ya había establecido como doctrina que «se ha de llevar a cabo la ponderación en cada caso concreto a la hora de decidir sobre la obligación de prestar pensión por alimentos a los hijos con minusvalías y cuantificación en su caso, aún en los supuestos de que sean preceptores de pensiones no contributivas a causa de su minusvalía».

Argumenta el Alto Tribunal que respecto de los ingresos ha de ponderarse la finalidad de ellos, pues la Convención *reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias*, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuada y a la mejora continua de sus condiciones de vida; *de lo que se infiere que la pensión no contributiva por minusvalía no puede desplegar los mismos efectos que la que corresponda a los hijos en situación normalizada*.

La pensión no contributiva podrá tener proyección a la hora de cuantificar la pensión en relación con las posibilidades del obligado, pero «per se» no puede conducir, como se recoge en la sentencia recurrida, a una «extinción» de la pensión por tener el alimentista «ingresos propios».

El segundo argumento si ya de por sí sería de difícil encaje en situación normalizada, teniendo en cuenta que el obligado es el que plantea la modificación de medidas y quien alega los hechos constitutivos de su pretensión, con mayor motivo en el presente supuesto en el que los mayores de edad presentan minusvalías y, por ende, sus dificultades para acceder al mercado laboral se acrecientan, mercado ya difícil en la actual realidad social laboral.

Igualmente, la STS de 2 de junio de 2015[14], recoge otro supuesto, donde el *mayor de edad discapacitado recibe una pensión no contributiva.*

En este caso indica el Supremo «…la supresión de los alimentos vulnera lo dispuesto en el artículo 39.3 CE y en los artículos 93 y 142 del Código Civil, ya que los progenitores están obligados a prestar alimentos a sus hijos menores de edad y a los mayores, como en este caso, discapacitados que no pueden mantenerse por sí mismos»… y ello porque «La Convención Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos de Personas con Discapacidad, que ha sido ratificada por España en fecha 23 de noviembre de 2007, reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y la mejora continua de sus condiciones de vida».

Insiste, además, en que «La pensión no contributiva podrá tener proyección a la hora de cuantificar la pensión en relación con las posibilidades del obligado, pero "per se"» no puede conducir, como se recoge en la sentencia recurrida, a una supresión de la pensión, máxime cuando no es suficiente para cubrir las necesidades del hijo». Incidiendo también en que los hijos mayores de edad con discapacidad no tienen las mismas oportunidades para acceder al mercado laboral, siendo impensable la posibilidad de extinguirse la pensión.

V. EL SUPUESTO DEL MAYOR DE EDAD CON DISCAPACIDAD Y EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Teniendo en cuenta la redacción del nuevo artículo 96 del Código Civil ¿qué ocurriría con el supuesto del mayor de edad con discapacidad? Primero vamos

a ver el estado jurisprudencial al respecto porque consideramos que merece la pena detenernos en el estudio de la misma porque ha ido evolucionando.

La STS de 30 de mayo de 2012[15], recogió que para el caso de un hijo mayor de edad con capacidad judicialmente modificada (ostentando la madre la guarda y custodia) que su situación se equiparaba a la del hijo menor de edad, de forma que *no estableció límite temporal para el uso de la vivienda.*

Seguidamente, la STS de 13 de diciembre de 2017[16], reconoce que «…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 recurso».

Lo que *se pretende es garantizar la protección de las personas más vulnerables, manteniendo en juicio matrimonial la prestación alimenticia en favor de los hijos mayores de edad con discapacidad*, siempre que concurran las circunstancias previstas en el artículo 93 del Código Civil, de convivencia en la casa y ausencia de recursos económicos.

Y lo que desconoce la sentencia es que esta equiparación no es absoluta. Se hizo en el supuesto muy concreto de que podían superar *una condición de precariedad mediante un apoyo económico complementario y siempre con la posibilidad de que los alimentos pudieran ser atendidos por el alimentante recibiéndole y manteniéndole en su propia casa*, como autoriza el artículo 149 del Código Civil. Lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesan en un determinado momento para integrarles, si es posible, «en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico», como precisa la Sentencia 372/2914 de 7 de julio, lo que no ocurre en este caso.

«La respuesta al problema planteado es simplista y desviada de lo que debió tenerse en cuenta para resolverlo. La sentencia da a entender que todos y cada uno de los supuestos de minusvalía, física, mental, intelectual o sensorial, conllevan la misma solución y que a todos ellos resulta de aplicación la doctrina de esta sala que cita, relativizando los principios y fundamentos que resultan de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad de 2006, sin ofrecer una respuesta adaptada a las particulares circunstancias de las personas afectada por la minusvalía».

Posteriormente, y aquí es donde se perfila ya la evolución jurisprudencial hacia el criterio actual, la STS 19 de enero de 2017, modificó su criterio, al encontrarse ante el supuesto de un hijo mayor de edad con una discapacidad no declarada judicialmente. En este caso, afirmó el Tribunal que el interés superior del menor, que es el que inspira el artículo 96 del Código Civil, no es del todo equiparable al caso del hijo mayor de edad con discapacidad, ya que la protección que debe dirigirse a la persona con discapacidad *debe ir orientada a la integración de su capacidad de obrar, mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad*.

Con base en dicho argumento determina que *la atribución de uso tiene un marcado carácter limitado y temporal,* amén que «Prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con la capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al artículo 96 del Código Civil, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad o, al menos, lo reduciría considerablemente, en la

medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad».

Así, establece un límite de tres años del uso de la vivienda, para recoger finalmente que, una vez transcurrido dicho tiempo, si la hija con discapacidad no tuviera sus necesidades cubiertas, entraría en juego la obligación de alimentos de sus progenitores[17].

Nos encontramos ante otro de los supuestos donde la solución legal se ha basado en el criterio mantenido por la doctrina jurisprudencial. Otra cuestión en la que el trabajo del poder judicial se adelanta al poder legislativo y le deja resuelto el problema. El poder judicial acoge una función cuasilegislativa, al anticiparse a ella, en la resolución de los conflictos que debe analizar y resolver.

La conclusión que de esta jurisprudencia nace es que *no cabe una atribución de uso indefinido de la vivienda familiar*, siendo que la misma no es refleja o automática por la existencia de una discapacidad, sino que *debe existir una clara conexión entre la situación de discapacidad y la necesidad de mantener la vivienda como hogar familiar*, de forma que la fijación del plazo del uso de la misma será directamente proporcional con la intensidad de la necesidad de la persona con necesidad de apoyo.

VI. LA DESVINCULACIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR A LA MADRE Y MENOR, Y VUELTA A SU AFECTACIÓN AL NECESITAR APOYO EL HIJO CON DISCAPACIDAD

En este apartado traemos a colación otra cuestión distinta, y es el problema que se ha originado y ha analizado la STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 19 de noviembre de 2021[18], relativa a un proceso de familia donde inicialmente se adjudica el uso del domicilio que fuera familiar a la madre y a un hijo, y posteriormente la madre renuncia voluntariamente a dicho uso, de modo que la vivienda pasa a ser declarada, judicialmente, «desafectada al uso familiar», pero que posteriormente puede ser adjudicado de nuevo su uso a uno de los hijos que, pendiente el proceso de familia, es declarado judicialmente persona necesitada de ayuda de los progenitores y al progenitor que se haga cargo directo del mismo.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y acordó atribuir provisionalmente a la madre el uso de la vivienda familiar hasta el 10 de septiembre de 2020, tiempo que el Juzgado consideraba suficiente para su venta por parte de los litigantes. La Audiencia Provincial de Barcelona revocó en parte la sentencia y no hizo atribución del uso del domicilio.

No obstante, en su recurso ante el TSJ Cataluña, la madre *pretende asimilar la situación de una persona necesitada de ayuda por parte de sus progenitores a un menor de edad, para, de este modo, atribuir el uso de la vivienda a la recurrente con carácter indefinido*. Sin embargo, el Tribunal no acoge dicha pretensión.

En este caso, en concreto la desafección de la vivienda que fuera familiar se produjo por sentencia en la que no se adjudicó el uso a ninguno de los progenitores, dado que ninguno de ellos vivía en la misma. La vivienda pasó a estar alquilada, hasta que los inquilinos manifestaron su deseo de dar por finalizado el arrendamiento, extremo que fue aprovechado por la madre para volver a usar la vivienda junto con el hijo común, que se hallaba, por entonces, sujeto a un proceso de incapacitación. Este retorno al domicilio que fuera familiar fue consentido por el padre.

Esta aquiescencia del padre a que la madre pasara a usar la vivienda junto con el común hijo, a pesar de que el uso había sido extinguido por sentencia firme, supuso volver a dar naturaleza, a la misma, de vivienda familiar.

Como hemos indicado la pretensión de la madre se centra en argumentar que su solicitud de otorgamiento del uso de forma indefinida de la vivienda familiar para ella y el hijo común, se centra en el hecho de que este ha sido declarado judicialmente persona necesitada de ayuda de los progenitores y con fundamento en el interés superior de este hijo.

Pese a todo, *el Tribunal considera que la atribución del uso de la vivienda familiar no afecta propiamente al interés del hijo, en atención a que no siempre ha necesitado dicha vivienda,* volviendo a la misma por decisión de la madre, tras la marcha de los arrendatarios que la ocupaban.

Incluso el Tribunal abre la vía a que dadas las características de la vivienda familiar, con su venta ambas partes podrán cubrir sus necesidades de vivienda y las de su hijo, manteniéndolo en la misma población.

En resumen, el *Tribunal falla indicando la no necesidad por parte de la madre de ocupar la vivienda de forma indefinida en común con el hijo, pero le atribuye a la madre el uso por el plazo de un año*, a fin de facilitar las gestiones de la venta, puesto que ya había vencido el plazo otorgado en primera instancia (recordemos que era el de 10 de septiembre de 2020).

VII. CUANDO EL ALIMENTANTE ES UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD

Otra visión diferente es el supuesto de extinción de la pensión alimenticia de la persona con discapacidad cuando el alimentante viene a peor fortuna, causa de extinción clásica del derecho de alimentos, (Art.152, 2.º CC: «Cesará también la obligación de dar alimentos… cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia»).

No obstante, el caso que vamos a analizar implica, además, que el alimentante se convierte en una persona con discapacidad. Se trata del supuesto de hecho de la STS de 5 de diciembre de 2019[19], que establece que quien le alimenta es una persona afectada de una incapacidad absoluta para toda actividad laboral y que percibe por ello una pensión del INSS de 703,26 euros mensuales, lo que también merece especial protección traducida en la extinción de la prestación alimenticia a su cargo pues carece de medios para que, una vez atendidas sus necesidades más perentorias, es decir, aquellas que resultan de la incapacidad permanente absoluta, pueda cumplir con la obligación de pagar la pensión de alimentos fijada en el procedimiento de separación a favor de su hijo, actualmente mayor de edad y en condiciones de desarrollar una actividad laboral retribuida.

VIII. CONCLUSIONES

Así pues, en situación de normalidad o de inexistencia de discapacidad en hijos y padres, al alcanzar los hijos la mayoría de edad —quienes tenían adjudicado su derecho de uso de la vivienda familiar al ser menores, con base siempre en el principio del interés superior de menor para su protección— *origina una nueva situación entre los progenitores que en pie de igualdad frente a*

la vivienda familiar y a su asignación teniendo en cuenta además circunstancias sobrevenidas donde deberá justificarse tanto el interés superior de protección como la posibilidad de asignarse la vivienda durante un tiempo determinado y limitado.

Aunque el Tribunal Supremo equipare a los hijos mayores de edad con discapacidad a los menores, dicha equiparación no es absoluta. Para el mantenimiento de la pensión el Tribunal Supremo, al igual que el Código Civil exige los mismos requisitos que para los mayores y emancipados (si bien podríamos entender que más suavizados), esto es, que convivan en el hogar familiar y carezcan de recursos propios, lo que no tiene lugar en el caso de menores.

En el supuesto en el que alimentante y alimentista son personas con discapacidad, habrá que estar al supuesto concreto para determinar si se extingue o no la pensión en favor del hijo, pues si el hijo con discapacidad es capaz de trabajar a pesar de su discapacidad, no se cumpliría uno de los presupuestos del artículo 93.2 del Código Civil, esto es, carecer de ingresos propios, lo que conllevaría la extinción de la pensión.

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:113)
- 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 de lo Civil, de 17 de julio de 2015. Número Sentencia: 430/2015 Número Recurso: 31/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 3441:2015. Ecli: ES:TS:2015:3441.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 2 de junio de 2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número Sentencia: 296/2015 Número Recurso: 2408/2014
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de octubre de 2014. Número Sentencia: 547/2014 Número Recurso: 1230/2013. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (ECLI:ES:TS:2014:3937).
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 7 de julio de 2014. Número Sentencia: 372/2014 Número Recurso: 2103/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de mayo de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:3791)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil, Sección primera, de 19 de noviembre de 2021.

X. LEGISLACION CITADA

- Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007
- Código Civil
- Ley 8/2021, de 2 de junio de 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.

- RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria.
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

XI. BIBLIOGRAFÍA

ECHEVARRÍA DE RADA, T.: Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 757, 2499.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., Comentario al artículo 96 del Código Civil en Guilarte Martín Calero, C.: (dir): *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, ed. Aranzadi, 1.º edición, Navarra, 2021, 158.

IGLESIA MONJE, Mª Isabel de la: La nula atención de los hijos hacia sus padres ¿excusa para extinguir el derecho de alimentos de padres a hijos?, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año núm. 95, núm. 776, 2019, 2987-2998.

— Algunas cuestiones sobre los diferentes intentos de elusión del progenitor obligado al pago de alimentos y el interés superior del menor, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año núm. 93, núm. 763, 2017, 2595-2605

— Derecho de alimentos versus gastos de crianza y educación de los hijos mayores de edad. Los gastos de crianza como indemnización en los supuestos de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy* en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año núm. 91, Núm. 749, 2015, 1533-1550

— Obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos mayores de edad con discapacidad en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año núm. 91, núm. 747, 2015, 355-370.

— Reducción de la pensión de alimentos por el nacimiento de nuevos hijos en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año núm. 90, núm. 742, 2014, 645-659.

— Pensión de menores tras la ruptura matrimonial y el mínimo vital, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año núm. 89, núm. 740, 2013, 4167-4182

JORDÁN ALMEIDA, Sonia María: La atribución de la vivienda familiar a los hijos con discapacidad mayores de edad. Análisis jurisprudencial, en *Cuestiones de Interés Jurídico,* ISSN 2549-8402, IDIBE, 2019, pág.8. http://www.idibe.org/wp-content/uploads/2019/05/cuestion-de-interes-juridico-1.pdf

NOTAS

[1] https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8

[2] *Vid*. Algunas cuestiones sobre la patria potestad prorrogada y sobre la patria potestad rehabilitada su próxima eliminación del ordenamiento jurídico, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año núm. 97, Núm. 785, 2021, 1725-1743

[3] *El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.*

Esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad

[4] 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, que señala que «A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil […], y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos».

Ningún alimentista mayor de edad —Sentencia de 30 de marzo de 2012—, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y sigs. del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, *la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1.º sino del párrafo 3.º del artículo 96 del Código Civil*, según el cual «No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección». Podría añadirse que tampoco en este caso la vivienda sería la familiar protegida por la norma en favor de los hijos menores una vez que la progenitora abandonó la casa, propiedad de su esposo, para irse a residir con otra de sus hijas, también mayor de edad.

[5] SSTS de 5 de septiembre de 2011, 30 de marzo y 14 de noviembre de 2014, 12 de febrero de 2014, 29 de mayo de 2015 y 17 de marzo de 2016.

[6] 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.

[7] Vid: La nula atención de los hijos hacia sus padres ¿excusa para extinguir el derecho de alimentos de padres a hijos?, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año núm. 95, núm. 776, 2019, 2987-2998. Donde se concreta que la realidad social actual pone de manifiesto, en los últimos tiempos, la falta de relación entre progenitores e hijos. No solo las nuevas estructuras familiares propician situaciones en las que los progenitores han perdido todo contacto con hijos o tienen muy mala relación con ellos, sino también el alargamiento de la vida y la existencia de la llamada cuarta edad, el despego en las relaciones entre padres, hijos, abuelos… originan situaciones que afectan a distintos momentos de la familia, hasta hace pocos años impensables, donde las ausencias, el maltrato psicológico… conforman el día a día…

Algunas cuestiones sobre los diferentes intentos de elusión del progenitor obligado al pago de alimentos y el interés superior del menor, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año núm. 93, núm. 763, 2017, 2595-2605

Derecho de alimentos versus gastos de crianza y educación de los hijos mayores de edad. Los gastos de crianza como indemnización en los supuestos de «*wrongful conception o wrongful pregnancy* en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año núm. 91, núm. 749, 2015, 1533-1550

Obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos mayores de edad con discapacidad en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año núm. 91, núm. 747, 2015, 355-370.

Reducción de la pensión de alimentos por el nacimiento de nuevos hijos en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* ISSN 0210-0444, Año núm. 90, núm. 742, 2014, 645-659.

[8] La pensión alimenticia a favor de hijos mayores, fijada conforme al artículo 93.2 del Código Civil, se extinguirá por cualquiera de las causas mencionadas en el artículo 152 CC.

[9] STS, Sala Primera de lo Civil, de 7 de julio de 2014. Número Sentencia: 372/2014 Número Recurso: 2103/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA.

[10] El Supremo obliga a un padre a seguir con la pensión alimenticia de su hijo mayor de edad por ser discapacitado. El supuesto de hecho se centraba en un proceso de modificación de medidas decretadas en sentencia de divorcio donde el padre solicitaba la extinción de la pensión de alimentos de un hijo mayor de edad, que contaba con 27 años de edad y padecía un trastorno esquizofrénico paranoide (con una discapacidad del 65% reconocida, no declarada judicialmente) que le incapacitaba para cualquier tipo de trabajo y que le hacía absolutamente dependiente de su madre. El hijo había finalizado los estudios de BUP hacía más de 10 años y se encontraba inscrito como demandante de empleo.

El Tribunal Supremo mantiene la pensión alimenticia vigente hasta este momento en favor del hijo don Avelino, debiendo el padre afrontar asimismo el 50% de los gastos extras de sanidad y formación no cubiertos por la seguridad social, previa justificación, estableciendo como doctrina jurisprudencial la siguiente: 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.

[11] STS, Sala Primera de lo Civil, de 17 de julio de 2015. Número Sentencia: 430/2015 Número Recurso: 31/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 3441:2015. Ecli: ES:TS:2015:3441.

[12] Vid, mi estudio sobre la Obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos mayores de edad con discapacidad, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año núm. 91, Nº 747, 2015, 355-370

[13] STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de octubre de 2014. Número Sentencia: 547/2014 Número Recurso: 1230/2013. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ (ECLI:ES:TS:2014:3937).

[14] STS, Sala Primera de lo Civil, de 2 de junio de 2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número Sentencia: 296/2015 Número Recurso: 2408/2014

[15] STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de mayo de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:3791): «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 incapacitados».

[16] STS, Sala Primera de lo Civil, de 13 de diciembre de 2017. Número Sentencia: 666/2017 Número Recurso: 1456/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 4371:2017. Ecli: ES:TS:2017:4371.

[17] STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:113): «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 criterio 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. El alcance del deber alimenticio de cada uno, transcurrido el tiempo de

uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, estará en función de los recursos y medios del alimentante y de las necesidades del alimentista, así como de la posibilidad de prestarlos».

[18] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil, Sección primera, de 19 de noviembre de 2021. Número Sentencia: 57/2021 Número Recurso: 151/2021. Ponente: Fernando LACABA SÁNCHEZ. Numroj: STSJ CAT 10485:2021. Ecli: ES:TSJCAT:2021:10485

[19] STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de diciembre de 2019. Número Sentencia: 649/2019 Número Recurso: 4725/2018. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 4021:2019. Ecli: ES:TS:2019:4021

1.2. Derecho de Familia

La atribución del uso de la vivienda perteneciente a un tercero: precario o comodato

The attribution of the use of the house belonging to a third party: precarious or commodatum

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM.

RESUMEN. La atribución del uso de la vivienda representa una medida que se puede adoptar en convenio regulador o en un proceso contencioso de nulidad, separación o divorcio. Son diversos los criterios que el artículo 96 del Código Civil establece para aplicar tal medida, cuya regulación ha sido recientemente modificada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. Por otra parte, un supuesto frecuente que se plantea ante los tribunales y causa conflictividad es el uso de la vivienda cedida por los padres de uno de los miembros de una pareja (matrimonial o no) cuando este se rompe. La cesión del uso del inmueble se hace a título gratuito, sin establecer plazo de duración ni uso específico, pero con el fin que sirva de hogar al hijo y a su cónyuge e hijos. Tras la crisis matrimonial o de pareja la sentencia puede adjudicar el uso de la vivienda familiar a la pareja del hijo del titular de la vivienda, planteándose si esta situación es de precario o comodato. Siendo la posición mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia a favor de la primera situación posesoria descrita, ejercitándose por su titular una acción de desahucio por precario o una acción reivindicatoria para recuperar la vivienda. A las cuestiones descritas sobre el uso de la vivienda, se dedica el presente estudio.

ABSTRACT. The attribution of the use of the home represents a measure that can be adopted in a regulatory agreement or in a contentious process of nullity, separation or divorce. There are various criteria that article 96 of the Civil Code establishes to apply such a measure, the regulation of which has been recently modified by Law 8/2021, of June 2. On the other hand, a frequent assumption that arises before the courts and causes conflict is the use of the home given by the parents of one of the members of a couple (marital or not) when it breaks down. The transfer of the use of the property is made free of charge, without establishing a period of duration or specific use, but with the purpose that it serves as a home for the child and their spouse and children. After the marriage or couple crisis, the sentence may award the use of the family home to the partner of the home owner's child, considering whether this situation is precarious or commodatum. Being the majority position of the doctrine and jurisprudence in favor of the first described possession situation, being exercised by its owner an action and eviction for precari-

ous or a claim action to recover the home. This study is dedicated to the questions described about the use of the home.

PALABRAS CLAVE: Crisis matrimonial o de pareja. Vivienda familiar. Atribución del uso. Precario. Comodato. Desahucio.

KEY WORDS: Marital or couple crisis. Family home. Attribution of use. Precarious. Commodatum. Eviction.

SUMARIO. I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE USO EN LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.—III. LOS CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. 1. Existencia de hijos menores de edad. 2. Atribución del uso de la vivienda familiar cuando a cada progenitor se otorga la guarda y custodia de uno de los hijos. 3. Atribución del uso de la vivienda familiar cuando no existen hijos. 4. La atribución del uso de la vivienda en caso de custodia compartida. 5. La atribución del uso de la vivienda al hijo mayor de edad. 6. La atribución del uso al hijo mayor de edad discapacitado. 7. Respecto a esta posibilidad que en la vivienda vivan hijos de relaciones diferentes —familias reconstruidas—.—IV. CESIÓN DE LA VIVIENDA TITULARIDAD DE UN TERCERO. PRECARIO O PRÉSTAMO DE USO O COMODATO. 1. Contrato de comodato. *A) Concepto y caracteres. B) Régimen jurídico. C) Contenido.* a) Posición del comodatario. b) Posición del comodante. *D) Riesgos. E) Extinción.* 2. Precario. 3. La atribución del uso de la vivienda perteneciente a un tercero tras la crisis matrimonial o de pareja: precario o comodato.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

En convenio regulador formando parte de su contenido o en un procedimiento contencioso de nulidad, separación o divorcio como medida definitiva, se acordará por las partes, o se fijará por el juez en sustitución de la ya establecida previamente o, en fin, se adoptará *ex novo*, todo lo relativo a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

La vivienda familiar constituye para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia de la familia. La edificación habitable que satisface su necesidad permanente de vivienda o de habitación[1]. Es el lugar, donde la familia desarrolla sus actividades ordinarias, y que le proporciona no solo cobijo, sino además seguridad o intimidad. Nuestro legislador no ofrece ninguna conceptuación de la vivienda familiar, sino que esa labor la deja en manos de la doctrina y la jurisprudencia. Así ORTEGA DÍAZ-AMBRONA considera vivienda familiar «aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación»[2]. Por su parte, ELORRIAGA DE BONIS la define como «aquel espacio físico, digno y adecuado, que constituye el ámbito normal de las relaciones matrimoniales y de filiación», o «como el espacio físico donde se localiza el matrimonio y la familia»[3]. Existe una coincidencia en considerar a la vivienda familiar como el local o edificación que es usado ordinariamente para su habitación por un matrimonio y su familia

(hijos). Para HERRERO GARCÍA por vivienda familiar ha de entenderse «el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar»[4].

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996[5] conceptúa la vivienda familiar como «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos. De ahí que, las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y su crisis se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquella valen también en este último caso».

Desde esta perspectiva, la vivienda familiar nace y se estructura cuando los cónyuges y los hijos se instalan a vivir en forma más o menos permanente en algún inmueble de su elección. Es lo que el profesor LACRUZ BERDEJO denomina «familiarización», esto es, la afectación, con voluntad de estabilidad, de determinado bien a la necesidad de alojamiento del grupo familiar[6]; se trata entonces de una cuestión de hecho, que «no proviene de un acto jurídico o acuerdo de voluntades encaminados a tal fin, al menos en la generalidad de los casos, puesto que la ocupación de la vivienda viene dada por la naturaleza y realidad de las cosas, y no por contratos que la establezcan y la regulen»[7].

Por otra parte, desde una perspectiva social, el inmueble familiar representa no solo el lugar donde se desenvuelve la vida familiar, sino además, como observa RAMS ALBESA «cumple una función de relación social desproporcionadamente importante, pues, en las aglomeraciones urbanas da al usuario referencia respecto de la definición del grupo familiar en la sociedad. Suele ser la respuesta indicativa a la integración en una clase social; dentro de ella, a un nivel económico, cultural y educativo, y en algunas megalópolis babelísticas llega a dar noticia de la raza, la religión y hasta de la nacionalidad de origen. Si a estos capitales datos de partida, adicionamos que se trata de un bien escaso, con fuerte presión en la demanda, y, por tanto, siempre caro, en relación con la economía del adquiriente, tendremos cabal respuesta al porqué de la atención prestada por los poderes políticos a demanda de los votantes»[8].

A esta falta de definición, hay que añadir que, nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por una imprecisión terminológica a la hora de designar a la vivienda familiar. Así en el artículo 96 del Código Civil alude a vivienda familiar; en el artículo 1320 del citado cuerpo legal se refiere a vivienda habitual de la familia; el artículo 1357 de este mismo Código, en sede de gananciales a la vivienda y ajuar familiares; el artículo 1406 también del Código Civil referido a las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales, a la vivienda donde tuviere la residencia habitual; y, finalmente, el artículo 91 de la Ley Hipotecaria a la vivienda habitual de la familia. Antes esta pluralidad de denominación, nos parece más adecuada esta última.

Por su parte, el artículo 40 del Código Civil perfila un concepto de domicilio como lugar de residencia habitual de las personas naturales, y el domicilio conyugal como la sede jurídica de ambos cónyuges, el lugar donde se localiza el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio fijado por ambos cónyuges de común acuerdo y en caso de discrepancia por el juez (art. 70 CC)[9]. Para LASARTE ÁLVAREZ resulta llamativa acudir a la decisión judicial, pues, ello «presupone discrepancias matrimoniales de tal

índole que, en términos reales, implican verdaderamente la ruptura o quiebra de la convivencia matrimonial (o de hecho)»[10].

Para que la vivienda tenga el carácter de familiar es necesario que cumpla una serie de requisitos: 1) Ha de constituir el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia familiar o destinada a servir como asiento del hogar familiar[11], o la residencia normal de la familia, con una continuidad presumible[12]; o, en fin, el espacio físico que satisface las necesidades cotidianas de alojamiento. 2) Debe ser un lugar habitable. En palabras de CÁRCABA FERNÁNDEZ para que una vivienda sea digna y adecuada debe «albergar con decoro a un ser humano, lo que se consigue cuando reúne las condiciones suficientes para que en ella se pueda desarrollar la vida humana en sus más diversas facetas de una manera honrosa»[13]. Para TAMAYO CARMONA cosa distinta es que la vivienda en cuanto destinada a servir de espacio donde las personas puedan desarrollar sus necesidades básicas, deba reunir la infraestructura mínima que cumpla al menos los requerimientos de la normativa administrativa del ramo, so pena de desalojo[14].

En todo caso, la vivienda familiar puede ser ocupada en virtud de un título de propiedad; de un derecho real que atribuya su uso; de un derecho personal de uso, como puede ser un contrato de arrendamiento; por cesión de forma gratuita y sin título concreto tolerada por un tercero titular de la misma; o en fin, en virtud de la atribución de un uso como consecuencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio.

En cuanto a la determinación subjetiva de aplicación de la especial normativa que el Código Civil dedica a la vivienda familia en los artículos 96 y 1320 del Código Civil hemos de decir que, corresponde a la familia matrimonial[15]. En este contexto, no obstante, se ha planteado la posible aplicación analógica de la normativa contenida en el Código Civil (arts. 96 y 1320) a las parejas no casadas que no han previsto pactos en relación con su ruptura y vivienda familiar. Aunque la tendencia mayoritaria se orienta a la no aplicación de la normativa protectora de la vivienda familiar a las parejas de hecho[16]. Sin embargo, un sector de la doctrina y jurisprudencia ha considerado posible la aplicación analógica del artículo 96 del Código Civil cuando existen hijos comunes, con base al principio de igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales (art. 108 del Código Civil y 14 de la Constitución española)[17]. De no existir descendencia común, el criterio, sin embargo, ha sido desestimar la *analogía legis* «dada la falta de identidad de razón entre el matrimonio y las uniones de hecho que permitan dicha extensión normativa»[18]; si bien, no se descarta el recurso a la *analogía iuris*, siempre que exista un perjuicio y un desequilibrio en la situación del demandante respecto del otro conviviente cuando cesa la convivencia en comparación con la situación existente antes de la ruptura que, como tal justifique la atribución de uso de la vivienda como medida compensatoria por ser el interés más digno de protección[19].

Asimismo, la propiedad de la vivienda familiar puede pertenecer a ambos cónyuges, en *pro indiviso* o como bien ganancial, o a uno solo de ellos o, a un tercero o compartida por el cónyuge o cónyuges con un tercero o, en fin, puede que la vivienda familiar tras la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, se atribuya a los dos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas[20]. En este supuesto, como en el caso de cotitularidad en *pro indiviso*, la atribución judicial del derecho de uso no afecta al tercero copropietario o a cada uno de los propietarios individualmente y, en consecuencia, no le impiden el ejercicio de sus derechos, tanto en lo relativo a la posesión de la finca, como en el ejercicio de la acción de división de la cosa común.

Esta facultad de ejercer la división de la cosa se encuentra sometida a los siguientes límites: a) El ejercicio debe acomodarse siempre a las exigencias de la buena fe consagrada en el artículo 7 del Código Civil; b) No podrá exigirse la división de la cosa común, cuando exista un pacto de conservar la cosa indivisa (art. 400.2)[21]. Para que sea válido el pacto de indivisión, se exige que el mismo sea por tiempo determinado y no exceda de diez años, permitiéndose, no obstante, que llegado el vencimiento del plazo, se pueda prorrogar mediante nuevo convenio. En todo caso, además de la limitación temporal indicada, tal pacto debe ser aprobado por todos los copropietarios. Por lo que, si alguno de los copropietarios no participa en dicho acuerdo, puede solicitar en cualquier momento la división de la cosa común, sin que los demás puedan oponerse a ello.

De todas formas, no solo el propietario tiene la facultad de salir de la comunidad de bienes solicitando la división de la cosa común, sino que, además, puede imponer esta a los demás copropietarios[22]. De todas formas, podrá hacerse la división con el consentimiento unánime de los demás comuneros en el supuesto de estar todos interesados en la misma (art. 402 CC).

En este contexto, cabe plantearse si la acción de división de la cosa común sobre la vivienda familiar, afecta al derecho de uso constituido sobre la misma, aun cuando tal derecho no se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.

El criterio mayoritario es que no le afecta[23]. Así es doctrina jurisprudencial consolidada la que admite el ejercicio de la acción de división de la cosa común por uno de los comuneros con la subsistencia de tal derecho de uso[24]. El adquirente del bien tenga o no lugar la adquisición en pública subasta, debe soportar tal derecho de uso. En consecuencia, con esta forma de proceder, se deja sin aplicación la restricción de la facultad dispositiva prevista en el artículo 96.3 del Código Civil; y, asimismo, se parte de la oponibilidad *erga omnes* de tal derecho, —consecuencia que es la propia de un derecho real— y, por ende, no se supedita necesariamente la subsistencia del mismo a su inscripción. Así las sentencias de unificación de doctrina del Tribunal Supremo, de 14 de enero de 2010[25] y de 18 de enero de 2010[26] sostienen que el derecho del cónyuge titular del derecho de uso es oponible a terceros que hayan adquirido directamente de propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división. Y, en la misma línea, la Sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 2012[27], que, además de afirmar que debe aceptarse la acción de división ejercitada por la recurrente, ya que no está obligada a permanecer en la comunidad, y puede imponer la división a su *ex* marido, sostiene que de ello no puede derivar la extinción del derecho de uso atribuido a aquel, cuyo interés se ha considerado más digno de protección. Tal consolidada posición jurisprudencial viene a ser, igualmente, acogida por un sector de la doctrina, y al que nos sumamos[28]. La eventual venta de la finca en pública subasta debe garantizar la subsistencia de esta medida, que solo puede ser modificada por decisión judicial en un procedimiento de modificación de medidas o por voluntad de los interesados.

Ahora bien, cabe preguntarse si podemos trasladar lo expuesto, a los casos de enajenación, cesión o gravamen de la cuota, la respuesta ha de ser afirmativa, por lo que también en estos supuestos subsiste el derecho de uso.

Sobre tales bases, procede ahora plantearse si subsiste el uso de la vivienda ante la venta o la acción de división realizada por un tercero extraño —cotitular de la vivienda—. En este caso, si el tercero decide enajenar, gravar o ceder su cuota o, ejercitar la acción de división de la cosa común, se extingue el derecho de uso, pues, aquel no ha sido parte en el procedimiento matrimonial y no resulta vinculado por lo que se decida en el mismo. Lo cierto es que, no se le

puede imponer un gravamen como el derecho de uso sin su consentimiento. En consecuencia, juega aquí la regla «resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho del concedido»[29].

Ante la extinción del derecho de uso, deberá el cónyuge usuario instar un procedimiento de modificación de medidas que, determine la adopción de cualquier otra que, palie tal pérdida.

Por otra parte, es posible que la vivienda familiar sea arrendada y al respecto conviene recordar que, se proclama como doctrina jurisprudencial que, el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales[30]. En todo caso, si la vivienda se atribuye al cónyuge no arrendatario, el artículo 15 de la LAU prevé que, en los casos de nulidad, separación o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario puede continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuido el uso de la vivienda familiar. Si bien, la voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda, debe ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañada de copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda[31]. Si el cónyuge no realiza la notificación, sigue conservando el derecho a usar de la vivienda arrendada, pero gozará de menor protección, si el arrendador ejercita su derecho a resolver el contrato de arrendamiento. De todas formas, la atribución del uso determina una subrogación del cónyuge usuario en la posición de arrendatario.

Si la vivienda ha sido arrendada a ambos cónyuges, no es obligatoria la notificación, aunque parece que, sería conveniente comunicar al arrendador la atribución del uso a uno de los cónyuges. De todas formas, no hay ningún problema, si el uso se atribuye al cónyuge arrendatario[32].

Asimismo, un supuesto planteado no infrecuente en la realidad social española, es aquel en el que, producida la ruptura de un matrimonio o de una pareja y atribuida judicialmente el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad y al progenitor custodio, este rehace su vida y comenzar a convivir maritalmente con un tercero en el inmueble que, constituye la vivienda familiar. Consecuencia de ello, la familia monoparental constituida por el progenitor guardador o custodio y los hijos menores de edad confiados a su custodia o guarda forman un nuevo núcleo familiar o, lo que se conoce como una nueva familia reconstituida; pues, en ocasiones también se incorporan a esta nueva familia los hijos del nuevo cónyuge o conviviente que este tiene de una anterior relación, bien de forma permanente porque aquel tiene también atribuida la guarda y custodia, o bien, de forma ocasional, al tener solo un derecho de visitas —fines de semana o periodos vacacionales—; o, incluso, nace hijos de esta nueva relación.

En estos casos, cabe plantear qué efectos puede tener sobre el derecho de uso atribuido la circunstancia sobrevenida que, el progenitor o cónyuge usuario y custodio conviva con una tercera persona, determinando una modificación de lo que constituía la familia sobre la que se concretó el uso, con independencia que la vivienda familiar sea propiedad de ambos cónyuges o, que pertenezcan privativamente al cónyuge no custodio. A lo que se debe añadir el consiguiente aprovechamiento o beneficio por parte de ese tercero del uso de la vivienda, y además el hecho que, el cónyuge no usuario, en la mayoría de los casos, asume el pago de los gastos relativos a la propiedad o hipotecarios en exclusiva, además de los suyos propios; lo que le puede generar importantes problemas económicos, que pueden derivar, incluso, en una situación de penuria económica.

La doctrina y la jurisprudencia hasta ahora hay que decir no tienen una respuesta unánime a la problemática descrita, y fruto de ello son las diferentes posturas existentes. Así, para una parte, se entiende que, la respuesta a esta situación es la extinción del derecho de uso por desaparición del núcleo familiar sobre el que se basó la atribución del uso de la vivienda y esta deja de tener el carácter familiar inicial sobre el que se fijó el derecho de uso[33]; para otra, en cambio, tal circunstancia sobrevenida no afecta a la medida de atribución del uso de la vivienda, pues, no altera o modifica la necesidad de vivienda de los hijos en cuyo interés se atribuyó el uso, por lo que la convivencia marital del titular del derecho de uso con un tercero en la vivienda familiar no puede suponer una modificación o extinción del derecho de uso[34]. Lo que no impide que, tal nueva circunstancia convivencial permita, sin embargo, sustentar la modificación de otras medidas también de contenido económico como la pensión de alimentos a favor de los hijos o la pensión compensatoria del conviviente con un tercero[35], o una compensación económica al cónyuge no usuario por tal convivencia marital[36]; o en fin, no faltan quienes entienden que, la situación creada se resuelve con la exigencia de una previa liquidación de la sociedad de gananciales en caso de vivienda ganancial, o la división del patrimonio común en el supuesto que, la vivienda pertenezca a ambos cónyuges en *pro indiviso* (art. 400 CC).

De las tres opciones expuestas, nuestro Tribunal Supremo ha optado por la primera, en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2018 así en la posible colisión de intereses entre el cónyuge titular o cotitular de la vivienda no usuario y el cónyuge usuario que ha iniciado una nueva relación; sin obviar el interés superior de los hijos menores de edad que, conviven con el cónyuge usuario, ha considerado que, el derecho de uso se extingue cuando este constituye un nuevo núcleo familiar con el tercero con el que convive, perdiendo por ello la vivienda el carácter familiar inicial «por servir su uso a una familia distinta y diferente». De forma que, lo que, inicialmente, constituyó la base que, determinó la fijación de tal medida; ahora la convivencia marital con un tercero constituye causa de extinción del derecho de uso[37].

Por otra parte, cabe referirse al supuesto en que la vivienda es propiedad de un tercero —habitualmente los progenitores del cónyuge no usuario— y salvo que se pruebe que la vivienda es ocupada por tolerancia o liberalidad de sus propietarios, ajenos al núcleo familiar; adelantamos que, de forma mayoritaria, se entiende que, estamos ante un supuesto de precario y en consecuencia, ostenta la condición de precarista el cónyuge al que se atribuye el uso. En estos casos, los propietarios pueden recuperar la vivienda mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, al estar legitimados por la inexistencia de un contrato con el ocupante de la misma[38]. A tal fin, y para evitar un perjuicio para los hijos menores y en su interés, se puede atribuir judicialmente el uso de otra vivienda, siempre que esta sea adecuada y satisfaga las necesidades de habitación de los hijos[39].

En fin, el artículo 96.3 del Código Civil —reformado por la Ley 8/2021, de 2 de junio—para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los criterios establecidos en el párrafo 1 y 2 del citado precepto «se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará el adquirente de buena fe». El legislador en este supuesto de disposición de la vivienda familiar opta por reproducir el régimen previsto

en el artículo 1320 del citado cuerpo legal en sede de régimen matrimonial primario. Como novedad es la constancia en el Registro de la Propiedad de la restricción de la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar[40]. Por lo que, con independencia de la titularidad privativa de la vivienda y de los objetos de uso ordinario contenidos en ella, a efecto de actos de disposición sobre la misma se necesitará siempre el consentimiento de ambos cónyuges, o en su caso, autorización judicial.

El presente estudio se va a centrar en el análisis de este último supuesto expuesto. Si bien con carácter previo nos parece oportuno referirnos a la naturaleza de la atribución del uso, a los diferentes criterios relativos al mismos, teniendo presente la modificación de los artículos 90, 91, 92 y 96 del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio de 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 y, la Ley 17/2021, de 15 de diciembre de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el régimen jurídico de los animales; para finalizar tratando en profundidad la línea doctrinal y jurisprudencial relativa a si estamos ante una situación de precario o comodato en el supuesto planteado.

II. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE USO EN LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Con relación a esta cuestión, la tendencia mayoritaria en la doctrina lo califica de derecho de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de la vivienda familiar[41], a lo que se añade por algún autor su indudable contenido patrimonial[42].

Frente a esta posición hay quienes defienden su naturaleza de *derecho real*, destacan su carácter *erga omnes* y su acceso al Registro de la Propiedad[43] o, abogan por su naturaleza personal[44].

Ahora bien, no faltan posturas intermedias que, como O'CALLAGHAN MUÑOZ condicionan la naturaleza jurídica del uso atribuido judicialmente al que tuviera el derecho de ocupación inicial de los cónyuges sobre la vivienda familiar. Así «será real siempre que la titularidad sobre la vivienda lo fuera; si no hay titularidad no nacerá derecho de ocupación alguna; y, de ser personal, se dará una cesión»[45]; o ELLORIAGA BONIS que ve en la institución rasgos propios tanto de los derechos personales como de los reales. Respecto de los primeros, destaca su temporalidad, y la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda asignada en uso a uno de ellos; de los segundo, su oponibilidad *erga omnes* y, acceso al Registro de la Propiedad[46].

Otros, por su parte, lo consideran una medida asistencial dedicada, como precisa SALAZAR BORT, a proteger el especial interés que sobre la vivienda pueden tener los hijos en cuanto es necesario el mantenimiento de su entorno social para garantizar el normal desarrollo de su personalidad, pese al trauma que supone la separación o el divorcio de los padres[47].

Finalmente, hay autores que, optan por calificarlo de derecho *sui generis*. Así, DÍEZ-PICAZO afirma que, estamos ante «una situación jurídica original»[48]; o, nos encontramos ante la destrucción de una situación de coposesión que pasa a ser, una vez, atribuido el uso, un supuesto de posesión exclusiva de uno de los sujetos coposeedores, sin que ello suponga derecho de crédito o real alguno, como precisa ROCA TRIAS[49].

Este debate tiene, igualmente, reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de las Audiencias Provinciales, y en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado decantándose también por su carácter familiar y no real. Así la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992[50] señala que «debe configurarse como un derecho oponible a terceros que, como tal, debe tener acceso al Registro de la Propiedad y en estos términos constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares», o la de 18 de octubre de 1994[51] como derecho real familiar de eficacia total. Por su parte, las Sentencias de este mismo Alto Tribunal de 2 de abril de 2004[52] y, de 6 de febrero de 2018 manifiestan que, el derecho de uso de la vivienda familiar es oponible frente a terceros[53]. En esta línea, la Resolución de la DGRN de 25 de octubre de 1999 lo califica como derecho real que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro de la Propiedad[54].

Por el contrario, consideran que no constituye derecho real, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 29 de abril de 1994[55], sino una forma de contribución *in natura* al levantamiento de las cargas del matrimonio; como un *ius ad rem* con accesibilidad al Registro de la Propiedad, tal como señala la Sentencia de este mismo Alto Tribunal de 14 de diciembre de 2004[56]; o en, fin le otorgan una naturaleza «*sui generis*», aunque reconociendo su posibilidad de acceder al Registro de la Propiedad y por ello mismo, ser oponible a terceros[57]. En este contexto, no faltan resoluciones que, destacan su naturaleza de derecho personal[58], o su carácter asistencial[59], o, para mayor confusión, un derecho de constitución judicial o con el valor de decisión judicial oponible *erga omnes*, aunque no generadora de un derecho real[60].

Por su parte, la Resolución de la DGRN de 25 de octubre de 1999[61] manifiesta que, sin necesidad de entrar en si tal uso o disfrute es o no un derecho real; en todo caso, constituye una limitación de las facultades dispositivas del cónyuge propietario, que produce efectos *erga omnes*. En esta línea, se expresan las Resoluciones de este mismo órgano, de 20 de febrero de 2004[62]; de 19 de enero y 20 de octubre de 2016; de 27 de diciembre de 2017[63]; y 11 de enero de 2018[64] consideran que, el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda. En fin, también, en este sentido, se ha orientado la Sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 14 de enero de 2009[65] que, califica el derecho de uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia no como un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta el interés más necesitado de protección, que, desde un punto de vista patrimonial no impone más restricciones que la limitación de disponer al otro cónyuge, lo cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso. Esta limitación es oponible a terceros e inscribible en el Registro de la Propiedad.

Aunque manifestamos nuestra posición favorable a la calificación de derecho de uso como un derecho de carácter familiar y no de un derecho real; asimismo, coincidimos con la posición de aquellos que, consideran que, el derecho de uso tiene naturaleza distinta en función, precisamente, del título que, previamente los cónyuges ostentan sobre la vivienda. Es cierto que, cuando estos poseen por virtud de un derecho personal, no es posible gravar una propiedad ajena con una carga al margen de la voluntad del propietario del inmueble (por ejemplo,

arrendamiento, precario). De manera que, el derecho de uso ha de seguir la misma suerte que el derecho sobre el que recae, por lo que se extingue cuando lo hace este. Pero tal forma de proceder no implica negar la naturaleza de derecho real de este derecho de uso, cuando la titularidad sobre la que se funda tiene también esa naturaleza. Por lo que, es factible su condición de derecho personal o de derecho real en función de la también posible doble naturaleza del título por el que previamente la familia ocupaba la vivienda. En consecuencia, el derecho de uso atribuido al cónyuge titular será oponible a terceros en la medida que, también lo sea el derecho que, le sirve de base. Si bien, tal derecho de uso además, de tener eficacia *erga omnes*, podrá ser inscribible.

Ahora bien, existe una base común en las diferentes posiciones doctrinales expuestas que, estamos ante un derecho oponible *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad[66] y, por tanto, produce eficacia real, salvo en el caso que la vivienda familiar sea propiedad de un tercero, en cuyo caso, esta eficacia real es relativa, pues, los derechos dominicales no pueden verse afectados por tal atribución del uso al permanecer inmutables. De este modo, el derecho de uso subsiste cuando la vivienda familiar se enajene a un tercero, siempre y cuando el derecho de uso haya sido anotado en el Registro de la Propiedad con anterioridad, pues, la atribución judicial constituye título legítimo que, justifica el uso incluso frente a los propietarios, que traigan causa del cónyuge titular[67]. Igualmente, resulta oponible el derecho de uso no inscrito frente a los terceros de mala fe, no así frente a los de buena fe en caso de subasta judicial de la finca, donde el adjudicatario del inmueble en subasta adquiere la finca, sin que le afecte el uso concedido a tercero e hijos en sentencia de divorcio[68]. También resulta no oponible al adjudicatario del bien tras la enajenación de este en pública subasta cuando la vivienda privativa del otro ya estaba hipotecada antes de la atribución del uso[69]; o cuando el cónyuge usuario compareció para consentir la hipoteca sobre la vivienda privativa del otro[70]; o, en fin, cuando adquirido el inmueble por un tercero en un proceso de ejecución, derivado del impago de una deuda del matrimonio antes de la atribución de tal uso[71].

III. LOS CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Son diversos los criterios que, se establecen en función de las diferentes situaciones familiares, que pueden tener lugar. Si bien, nos referiremos a ellos de forma sucinta por razones de espacio.

1. Existencia de hijos menores de edad

El artículo 96 del Código Civil ha sido objeto de modificación por la Ley 8/2021. Ciertamente, se sigue considerando prioritaria la protección de los hijos menores de edad. De ahí la importancia del principio de «*favor filii,* recogido en Tratados y Resoluciones de organizaciones internacionales como la Declaración de los Derecho del Niño de 20 de noviembre de 1959; la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (art. 3.1); la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 24.2); la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño;

y, asimismo, contenida en nuestro texto constitucional artículo 39.2, y, en numerosos preceptos del Código Civil (arts. 92, 93, 103, 110, 142.2, 154, 159, 170)[72].

Por tanto, el interés familiar que se ha tenido siempre en cuenta a los efectos de decidir la atribución del uso a uno de los cónyuges, es el de la minoría de edad de los hijos, por entender que el interés de estos es el más necesitado de protección. De este modo, el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96.1 CC)[73]. Ahora bien, si los hijos son encomendados al cónyuge titular, no se plantean problemas al recaer sobre la misma persona el uso y la titularidad de la vivienda y, en consecuencia, ningún derecho emerge[74]. Pero si el beneficiario del uso no es, precisamente, el titular o lo es en régimen de copropiedad, el fundamento de la privación del uso al cónyuge titular/propietario se encuentra en el especial cumplimiento de los deberes que a él le corresponde respecto de sus hijos, ya que la separación, nulidad y divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con ellos (art. 92.1 CC) como es la relativa a facilitarles habitación y, además que esta siga desarrollándose en una vivienda determinada, que hasta ahora es la que constituye la vivienda familiar[75]. Si bien, esto no impide que la vivienda que cubra las necesidades de alojamiento del hijo menor, pudiera ser otra distinta de la vivienda familiar[76].

En este contexto, se comenzó a plantear la posible limitación temporal del uso de la vivienda ante el riesgo que, se corre de «expropiar» al propietario sin que exista defensa para este[77]. Lo cierto es que, el antiguo artículo 96 del Código Civil no establecía la temporalidad del uso sobre la vivienda más que en el párrafo tercero cuando se trataba de inexistencia de hijos (menores) y se atribuía la vivienda al cónyuge no titular. Si bien, tal ausencia de mención en el párrafo primero del citado artículo 96 no permitía pensar que el derecho de uso fuese indefinido, sino más bien que, no precisaba la fijación de un plazo de duración por el juez o por los cónyuges en el convenio regulador. En todo caso, se entendía que, la duración del derecho de uso estaba en función del estado de necesidad —interés más necesitado de protección— que, le ha servido siempre de fundamento. Ello llevó a considerar si era posible limitar la duración del uso a un plazo determinado, o a la mayoría de edad de los hijos o a cualquier otra circunstancia. Sobre este particular se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de abril de 2011[78] considerando que, cuando existen hijos menores conviviendo en el domicilio familiar no es posible establecer *a priori* ninguna limitación temporal. Así señala que «*el artículo 96 del Código Civil establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras, incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello, los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimoniales, o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (art. 233-30.1 del Código Civil catalán). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostentes la titularidad sobre dicho bien*». Y, añade la Sentencia de este mismo Tribunal de 16 de junio de 2014 que «*la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el*

Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil»[79]. Si bien, no faltaban pronunciamientos a favor de la limitación temporal de la medida, fijando un plazo de duración concreto —dos, tres, cinco años—[80], o, simplemente, hasta la mayoría de edad de los hijos[81], o que alcancen independencia económica[82], e, incluso, se opta por fijar como criterio temporal la liquidación de la sociedad de gananciales[83] o la venta de la vivienda familiar sobre el razonamiento que, la atribución preferente que sanciona el artículo 96.1 del Código Civil, no puede condicionar la indefinida privación al cónyuge no beneficiario del conjunto de las facultades dominicales que, en principio reconoce el artículo 348 del citado cuerpo legal, ya sea en orden a la ocupación futura de la vivienda, ya sea a los fines de lograr en un plazo razonable, que no meramente formal o nominal la efectiva venta del patrimonio privativo; o en su caso, de la venta o liquidación del patrimonio común, de tener tal condición la vivienda familiar.

No obstante, se había considerado que, existían dos factores que, eliminaban el rigor de la norma del mencionado antiguo artículo 96.1 cuando no existía acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial, y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación[84]; y, otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo 233.20 del Código Civil catalán, que establece que en caso de otras residencias idóneas para satisfacer el interés prevalente del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (también en cierta forma el artículo 81.1 del Código Civil de Aragón)[85]. Sin duda el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que, tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores, y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino también con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que, deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad emocional del menor, y que a la postre va a condicionar el mantenimiento de un *status* —si no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento. Esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar o en otra similar que, no tenga tal condición —pero que cubra las necesidades de habitación del menor—, sino también con proporcionar una respuesta adecuada a los problemas económicos que, resultan de la separación o del divorcio y que afectan directamente a los padres para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación o domicilio de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros.

Con la reforma por la citada Ley 8/2021, el apartado 1 del artículo 96 dispone que, a falta de acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente, el uso de la vivienda y de los objetos de uso ordinario de ella corresponde a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden; con un criterio, ahora si temporal, hasta que todos alcancen la mayoría de edad.

Una vez, tenga lugar tal circunstancia opera la extinción del derecho de uso. No obstante, para los hijos mayores de edad que carezcan de independencia económica, se atenderá a lo previsto en el ámbito de la regulación de los alimentos

entre parientes; de forma que, las necesidades de habitación forman parte de lo previsto en el artículo 142 del Código Civil.

2. Atribución del uso de la vivienda familiar cuando a cada progenitor se otorga la guarda y custodia de uno de los hijos

El artículo 96.1 apartado 4 del Código Civil sigue regulando la posibilidad que la custodia de los hijos se reparta entre ambos cónyuges (custodia repartida). Si bien, el legislador no establece ningún criterio que, permita objetivamente atribuir el uso de la vivienda a uno u otro cónyuge; por lo que en este supuesto, por expresa previsión legal, la decisión queda encomendada al arbitrio judicial, esto es, al criterio razonable e imparcial del juez. El criterio del «interés más necesitado de protección» no se presume a favor de los hijos menores, sino que deberá acreditarse en cada caso; en cuanto como tal no sirve para resolver el conflicto. Así, se ha estimado como parámetros que, permitan la concesión del uso de la vivienda a un determinado grupo familiar, y resolver la posible situación de conflicto que se plantee, entre otros: la situación y las posibilidades económicas del grupo familiar —ya que resulta evidente que el que tenga la situación más precaria, tendrá más dificultades para hacer frente a las necesidades de una vivienda—; número de hijo que integran cada uno de los grupos familiares; estado de salud de los progenitores y, en su caso, de los hijos; posibilidades de acceso a una vivienda por cada grupo familiar; y, en fin, la edad de los hijos[86].

Ahora bien, si no queda acreditado un interés especial de protección en ambos grupos familiares, es perfectamente factible que, si la vivienda familiar es privativa, se mantenga esta en poder y posesión del cónyuge titular, obviando la posibilidad de atribución del uso[87]. Por ende, si la vivienda es de titularidad común, el uso es compartido, por lo que se puede optar por no otorgar a ningún grupo familiar el uso de la vivienda[88], o dividirla —si es posible su división material—[89]; o, simplemente atribuir el uso de forma temporal y rotatoria o forma alternativa a cada grupo familiar.

3. Atribución del uso de la vivienda familiar cuando no existen hijos

Si no hubiera hijos menores de edad o incapacitados, el artículo 96.2 del Código Civil dispone que «*no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado*». Con la reforma se sigue manteniendo el empleo del verbo «podrá» por lo que, se continúa confiriendo a la atribución un carácter discrecional —se deja, precisamente, al arbitrio judicial—. No obstante, se supedita la atribución a que el cónyuge no titular sea el interés más necesitado de protección y, además, lo aconsejen las circunstancias del caso. De modo que, para la aplicación de esta medida sigue no resultando suficiente con que exista ese interés preferente, sino que se requiere algo más —la concurrencia de una serie de circunstancias—. El criterio que fija el artículo 96.2 del Código Civil sigue siendo más riguroso que el que establece el artículo 103.2 del citado cuerpo legal, que solo remite al Juez para su toma de decisión sobre la atribución del uso de la vivienda al interés más necesitado de protección en lo referente a las medidas definitivas. En todo caso, el juez no puede pronunciarse de oficio sobre esta cuestión, sino que debe

ser solicitada a instancia de parte; a diferencia de lo que ocurre cuando hay hijos menores de edad, donde el juez necesariamente debe pronunciarse sobre el uso de la vivienda familiar[90].

En este contexto, la concreción de lo que representa el principio del interés más necesitado de protección y de las circunstancias personales y socioeconómicas en las que se puede encontrar el cónyuge no titular, corresponde al órgano judicial en una adecuada ponderación de los intereses en juego, pues, la aplicación del artículo 96.2 tiene carácter excepcional y, por ende, su interpretación debe ser sumamente restrictiva, máxime cuando la vivienda es propiedad de otro[91]. Entre las circunstancias a tener en cuenta hay que destacar: la situación económica y patrimonial de los cónyuges —sobre todo cuando impiden al cónyuge no titular disponer de medios económicos que le permiten acceder a otra vivienda mediante compra o alquiler—; personas que, aparte de uno de los cónyuges, se verían en su caso, obligados a abandonar la vivienda junto a él; las circunstancias personales del cónyuge que solicita la atribución del uso, en concreto, la edad, estado de salud, su situación de discapacidad, su cualificación profesional; asimismo, si en la que constituía la vivienda familiar uno de los cónyuges desarrolla una profesión[92]; posibilidades de uno y otro de disponer de una vivienda que cubra sus necesidades de alojamiento, etc.[93]. Sobre tales bases, es patente que, en la valoración de los intereses en juego no operamos sobre parámetros objetivos, sino que serán las circunstancias concretas de cada caso las que harán aconsejable atribuir el uso al interés más necesitado de protección.

Ahora bien, es posible que el juez después de valorar todas las circunstancias del caso llegue a la conclusión que no existe un interés más necesitado de protección; por lo que el uso deberá permanecer en manos del cónyuge titular de la vivienda. La titularidad cede solo cuando se pruebe que, el interés del cónyuge no titular sea el más necesitado de protección y, además, las circunstancias hagan aconsejable que, sea el beneficiario del uso. No obstante, la fijación de tal uso será por el tiempo que prudencialmente el juez considere necesario.

Seguimos en la senda del legislador de la atribución temporal del uso de la vivienda familiar.

4. La atribución del uso de la vivienda en caso de custodia compartida

De acuerdo con lo que establece el artículo 92.5 del Código Civil para que el juez acuerde la guarda compartida debe haber acuerdo de los progenitores manifestado en la propuesta de convenio regulador o, cuando ambos lleguen a un acuerdo en el transcurso del procedimiento. A falta de acuerdo, ante la petición de uno de los cónyuges y en interés de menor, podrá el juez con informe del Ministerio Fiscal, excepcionalmente acordarla (art. 92.8). En todo caso, con el objeto de determinar cuál es el régimen de custodia más idóneo (individual o compartida), el juez tendrá que, recabar el informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio[94] y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada y especialmente, la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos (art. 92.6)[95]. También podrá recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados en todo «*lo relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior*» (art. 92.9)[96]. Además el juez, al acordar el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación deberá «*adoptar las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas*

para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos» (art. 92.10).

En este contexto, señala el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013 que «la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trata de una medida excepcional, sino al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienden a relacionarse con ambos progenitores aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea»[97]. A lo que añade que, la custodia compartida u otro sistema alternativo no son premio ni castigo a los progenitores[98]. En todo caso, no se tiene que fijar un régimen de custodia, distribuidos en periodos no homogéneos o un reparto igualitario de tiempos sino lo más equitativo posible[99], atendiendo siempre al interés superior del menor[100]. Por lo que, no se ha de atribuir cuando cualquiera de los progenitores tiene un horario laboral incompatible como este sistema de custodia; o, los domicilios de los progenitores está en localidades o países diferentes[101]. De tal modo que, la manifestación general a favor de establecer el régimen de custodia compartida no implica que siempre deba adoptarse tal régimen, pues es preciso atender al caso concreto. Por lo que, la custodia compartida deberá ser acordada por el juez en aquellos supuestos en los que, valorando las circunstancias del caso, resulte ser la solución idónea para satisfacer el interés de los menores concernidos por la decisión[102].

Asimismo, indica nuestro Alto Tribunal que «la custodia compartida conlleva la premisa que entre los padres exista una relación de mutuo respecto que permita al adopción de actitudes y conducta que beneficien al menor y que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura definitiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia, que sustente un crecimiento armónico de su personalidad»[103].

En todo caso, como precisa el artículo 92.7, el ejercicio compartido de la guarda no procede cuando «*cualquiera de los padres esté incurso en un procedimiento penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género*»[104]. De todas formas, esta circunstancia se debe compatibilizar con la presunción de inocencia y el derecho de defensa que, en este caso, se sustanciara en un procedimiento de familia.

Por otra parte, no se entiende bien la modificación de este precepto operada por la Ley 17/2021, en la que se añade un último párrafo en el que se establece que, tampoco procede la guarda y custodia compartida, cuando existan malos tratos a animales o la amenaza de causarlos al estar ante un medio de controlar o victimizar al cónyuge e hijos víctimas de violencia. Se hace referencia a un nuevo supuesto de violencia vicaria —esto es la que se ejercita sobre animales tanto en el caso de que se causen como se amenace con hacerlo—[105]. Ciertamente, en la atribución de la guarda y custodia compartida como en exclusiva con derecho de visitas, comunicación o estancia se ha de primar siempre el interés del menor. Por lo que, atendiendo al preámbulo de esta Ley, esta circunstancia de maltrato animal o de amenaza de causarlo debe concurrir con una situación de violencia de género o doméstica. O, en el caso de concurrir solo tal maltrato animal o la amenaza de causarlo como medio de controlar o dañar al cónyuge e hijos, será un factor o circunstancia más a tener presente por el juez en la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad a uno u otro cónyuge o ambos, y en la adopción de cualquiera de sus modalidades.

De todas formas, el régimen de custodia compartida puede acordarse en un primer momento o con posterioridad en un procedimiento de modificación de medidas por cambio de las circunstancias[106].

En este contexto, hay que señalar que, la última reforma del artículo 96 Código Civil no introduce ninguna regla especial en cuanto a la atribución del uso de la vivienda en caso de guarda y custodia compartida[107].

Las posibilidades siguen siendo: a) Que los hijos permanezcan en la vivienda y sean los padres los que se desplacen en los periodos establecidos —conocido como vivienda-nido—. En este supuesto, la vivienda se atribuye a los hijos y al progenitor que en cada momento los tenga en guarda y custodia[108]; b) Que sean los hijos los que cambien de domicilio[109]. De forma que, para la atribución de la vivienda resulta lógico que se atienda al interés del cónyuge más necesitado de protección, valorando entre otros factores el que disponga el otro progenitor de otra vivienda, apoyos familiares, situación económica de cada uno de los progenitores, estado de salud, etc.[110]; o se atribuye de forma conjunta a ambos[111]; o al padre o a la madre e hijos, mientras vivan con ella[112]; o, en caso de ser la vivienda ganancial o pertenecer a ambos cónyuges en propiedad común, o ser privativa de uno de los cónyuges o pertenecer a un tercero se aplica analógicamente lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 96 que, regula el supuesto de que existan varios hijos y unos queden bajo la custodia de un progenitor y otros en la del otro, resolviendo el juez lo que estime precedente, con posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso[113]; c) Que no se realice atribución a ninguno de los progenitores ni a los hijos[114]; d) Se atribuya al cónyuge más necesitado de protección[115]; o e) Se atribuya la vivienda familiar a los menores hasta el momento de la liquidación de la sociedad legal de gananciales[116].

En todo caso, la falta de regulación en relación con esta medida y la guarda y custodia compartida contrasta con la existente en las legislaciones autonómicas[117].

5. La atribución del uso de la vivienda al hijo mayor de edad

Como hemos indicado en líneas precedentes, en caso de hijos mayores de edad que, no han alcanzado la independencia económica, la atribución de uso de la vivienda se hará conforme lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil (art. 96.1 párrafo 3). Por lo que se admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien cuantificando la cantidad indispensable para la habitación e incluyéndola en la prestación de alimentos, o bien, recibiendo y manteniendo a los propios hijos en la propia vivienda.

En esta línea, se había pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2017[118] que, reitera la Sentencia dictada por el Pleno de la Sala de 29 de mayo de 2015, e indica al respecto que, «la mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso de la vivienda deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación, que tienen necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés superior de protección, que a partir de entonces justifiquen y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 del Código Civil establece a falta de acuerdo entre los cónyuges». También hace referencia a la Sentencia dictada por la misma Sala de 6 de octubre de 2013 en la que se indica, con referencia a jurisprudencia anterior

que «sin duda el desconocimiento de la jurisprudencia sobre esta materia justifica el interés casacional que ha dado lugar al recurso de casación». Lo que supone que, a pesar de hacerse dictado ya varias sentencias por el Tribunal Supremo en este sentido, las Audiencias Provinciales continúan utilizando el criterio del interés de los hijos mayores, contradiciendo la doctrina de la Sala. Tal doctrina se reitera en la Sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2017[119].

Ahora bien, en la reciente reforma del artículo 96 se prevé el hecho que, el hijo menor esté en situación de discapacidad y que tal situación se mantendrá una vez llegue el hijo a la mayoría de edad. A tal fin, se prevé que el hijo menor de edad y el cónyuge en cuya compañía quede, puedan continuar en el uso de la vivienda tras la mayoría de edad. Si bien, la autoridad judicial habrá de determinar el plazo de duración de este derecho de uso, atendiendo para ello a las circunstancias concurrentes (art. 96.1 último párrafo). Se dispone, pues, una atribución temporal de dicho uso.

6. La atribución del uso al hijo mayor de edad discapacitado

La Ley 8/2021 constituye una profunda reforma del tratamiento civil y procesal de la capacidad de las personas que pretende incorporar las exigencias del artículo 12 de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. La reforma suprime la declaración de incapacidad y se centra en la provisión de apoyos necesarios que una persona con discapacidad puede precisar «para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica con la finalidad de permitir el desarrollo pleno de su personalidad y el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» (art. 249 CC). Sin perjuicio de las salvaguardas oportunas para asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se acomode a los criterios legales y en particular, que atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera[120].

Con esta reforma se opta por equipararlos a los menores de edad discapacitados, mencionados en líneas precedentes, a los efectos de atribución del uso de la vivienda, cuando se hiciera conveniente su continuación en el uso de la vivienda, por ser también su interés necesitado de protección (art. 96.1 párrafo 2). La situación de discapacidad debe existir al tiempo de la separación, nulidad y divorcio, además, de probar la conveniencia de mantener al hijo discapacitado en la vivienda familiar (entre otras cosas por estar adaptada a su situación) y la voluntad de permanecer en ella por el hijo discapacitado. En todo caso, se conecta la situación de discapacidad con el uso de la vivienda familiar y sin que sea necesario que existan medidas de apoyo acordadas[121]. De todas formas dicho uso resulta efectivo desde el momento de dictarse la sentencia de separación de divorcio y en la misma el juez podrá fijar el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes. Como en el caso de los hijos menores discapacitados después de su mayoría de edad.

Nuestro legislador opera en sentido contrario a nuestro Tribunal Supremo que, solo equiparó a los mayores de edad discapacitados a los menores de edad a los efectos de alimentos, pero con respecto a la atribución del uso de la vivienda en ninguna situación. Así, la Sentencia de la Sala de lo Civil, de 19 de enero de 2017[122] justifica esta no equiparación con los hijos menores de edad en este supuesto sobre los siguientes argumentos: «no se ignora que la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales en cuanto garantiza a su titular el derecho al desarrollo de la personalidad y le asegura una existencia digna.

Ocurre, sin embargo, que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al hijo mayor de edad con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. 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 sus capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad». A lo que añade que «el interés de las personas mayores con discapacidad depende de muchos factores: depende de su estado y grado, físico, mental, intelectual o sensorial; de una correcta evaluación de sus estado; del acierto en la adopción de los apoyos en la toma de decisiones y de la elección de la persona o institución encargada de hacerlo, que proteja y promueva sus intereses como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud 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 a su cuidado, y un respeto a su derecho a formar su voluntad y preferencias, que le dé la oportunidad de vivir de forma independiente y de tener control sobre su vida diaria, siempre que sea posible, lo que supone, como en este caso ocurre que la toma de decisiones derivadas del divorcio de sus padres sea asumida por la hija y no por su madre». Por lo que concluye que «una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra cosa 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 criterio 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 transcurrido 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 satisfechos, si no pudiera atenderlos por sí misma mediante la obligación de alimentos de los progenitores».

Para el Tribunal Supremo, en relación con esta medida, no se otorga el uso de la vivienda al hijo mayor de edad discapacitado, al no ser considerado como «interés más necesitado de protección», ni se equipara a los hijos menores de edad que se hallan en similar situación como ahora establece el citado artículo 96.1 párrafo segundo[123].

En todo caso, en alguna resolución se fija la limitación temporal en la atribución de la vivienda al hijo discapacitado[124].

7. Respecto a esta posibilidad que en la vivienda vivan hijos de relaciones diferentes —familias reconstruidas—

No se pronuncia el legislador ni antes, ni ahora aprovechando la reforma del mencionado artículo 96. No obstante, se trata de una situación frecuente en la realidad social actual. La única referencia a esta situación la tenemos en el ámbito jurisprudencial. Así la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2017[125] que «*el artículo 96 del Código Civil no contempla la situación*

familiar que deriva del interés de dos hijas de madres diferentes por mantenerse en la misma casa, que es además propiedad de los padres de uno de ellos, lo que pone en evidencia una vez más la necesidad de un cambio legislativo que, se adapte a estas nuevas realidades. La aplicación analógica que ha hecho la sentencia, incardinando la medida de uso en el párrafo 2.º y no en el 1.º del artículo 96 es correcta: solo en el caso de pluralidad de hijos y custodia dividida se concede normativamente al juez la decisión de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno y otro progenitor en la que ha existido un convivencia estable». En esta línea, la Sentencia del citado Alto Tribunal, de 14 de febrero de 2018[126] nos encontramos con que el recurrido tiene dos hijas menores de edad de una relación anterior, de las que ostenta la custodia exclusiva y al tiempo tiene un hijo con la ahora recurrente. Por tanto, no cabe una aplicación automática del artículo 96 del Código Civil, a favor de la recurrente, pues si bien es cierto que, tiene un hijo en común con el Sr. Simón, también lo es que este tiene otras dos hijas menores bajo su custodia, unido a que la vivienda cuestionada es propiedad exclusiva del Sr. Simón y gravada con una hipoteca cuyo importe de amortización mensual asciende a 550 euros, por lo que, considerando igualmente que, los ingresos mensuales del demandado ascienden al importe aproximado de 1500 euros mensuales con prorrata de pagas extras, el uso de la vivienda le es imprescindible para garantizar el cuidado y la manutención de sus otras dos hijas menores a su cargo, habida de una anterior relación y sobre las que ejerce la custodia en exclusiva en virtud de Sentencia judicial de fecha de 23 de noviembre de 2012. En definitiva, la convivencia del padre con las dos hijas menores también determina la procedente aplicación de la previsión contenida en el párrafo primero del artículo 96 del Código Civil. En cuanto a la propuesta de «convivencia compartida» de la actora con las hijas del demandado, resulta absolutamente inviable, ya que, en primer término no mantiene relación de parentesco con estas menores que, pueda justificar, por su parte, el ejercicio ordinario de unas funciones de guarda que, le han sido atribuidas a su padre y sobre todo por el manifiesto deterioro de las relaciones personales de la actora con el demandado y sus dos hijas. En consecuencia, teniendo en consideración la limitada capacidad económica del obligado al pago de los alimentos y las cargas familiares, se ha evaluado con ponderación y corrección cual es el interés más necesitado de protección, por lo que se atribuye al padre el uso de la vivienda.

IV. CESIÓN DE LA VIVIENDA TITULARIDAD DE UN TERCERO. PRECARIO O PRÉSTAMO DE USO O COMODATO

Como hemos indicado en líneas precedentes, es posible que constante matrimonio o de pareja de hecho se ceda el uso de la vivienda perteneciente a un tercero (padres u otros parientes de uno de los progenitores o conviviente de hecho) y tenga lugar la crisis matrimonial o de pareja y se atribuya el uso de la vivienda familiar al cónyuge o conviviente que, no tiene relación de parentesco con los titulares de la vivienda o tenga un derecho de uso sobre la misma (v.gr. usufructuarios). La cuestión es si estamos ante un comodato o una situación de precario y, en consecuencia, pueden o no reclamar los propietarios la vivienda de su propiedad en cualquier momento o solo cuando hay urgente necesidad. Para resolver esta problemática que, adelantamos, se resuelve a favor de la calificación de este supuesto como precario, comenzaremos primero analizando el contrato de comodato o préstamo de uso y el precario, para luego exponer la posición

doctrinal y jurisprudencial existente sobre la materia y, por ende, las posibles soluciones a esta problemática.

1. Contrato de comodato

A) Concepto y caracteres.

El comodato se define por ALBALADEJO como «el contrato por el cual dos personas acuerdan la entrega por una (comodante) a la otra (comodatario) de una cosa para que la use gratuitamente y la devuelva después»[127]. Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE se entiende el préstamo de uso como «el contrato por el cual una de las partes entrega gratuitamente a la otra una cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva»[128]. Asimismo, lo conceptúa GARCÍA PÉREZ como el contrato «por el que una de las partes entrega a la otra una cosa no fungible, mueble o inmueble, para que use de ella por cierto tiempo y luego se la devuelva»[129].

Se trata de un contrato esencialmente gratuito (art. 1741 CC); por lo que, de existir precio cierto, estaríamos ante un arrendamiento de cosas (art. 1543 CC)[130], o ante un contrato atípico o innominado, si la contraprestación no consiste en dinero o signo que lo represente, sino en cosas específicas, o en un hecho, como por ejemplo, la entrega de un bien o la prestación de un servicio[131]. Tal carácter no resulta afectado por el hecho que el comodatario asuma la obligación de abonar los gastos ordinarios y necesarios para la conservación de la cosa. Tampoco pierde esta condición, pues, no estamos ante una contraprestación en los supuestos que, indica LÓPEZ MAZA, como son: «a) Cuando el comodatario está obligado a pagar los impuestos que se generan; b) Cuando el uso del bien por parte del comodatario pudiera reportar algún tipo de ventaja o utilidad al comodante, siempre y cuando esta no implique una contraprestación ni la asunción de deberes especiales por el comodatario distintos a los propios de este contrato; c) Cuando el comodante imponga algún tipo de comportamiento al comodatario que quede fuera de la relación contractual y no suponga pago o intercambio por el bien recibido»[132].

Es, asimismo, un contrato temporal, cuya duración vendrá determinada por lo pactado por las partes contratantes, o la que resulte del uso al que se destina la cosa dada en comodato, de acuerdo con el contrato o con la costumbre del lugar. Si no puede determinarse la duración conforme a estos criterios, el comodante puede reclamar la devolución de la cosa a su voluntad (art. 1750 CC)[133]. En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario. Además se trata de un contrato puramente unilateral, pues, solo surgen obligaciones para el comodatario[134]; de un contrato real, puesto que hace falta la entrega, además del acuerdo para su perfección; e informal, pues, se sigue el principio de libertad de forma (arts. 1258 y 1278 CC)[135].

En todo caso, como señala LACRUZ BERDEJO se presenta el comodato «bien aislado, bien a modo de fase previa a otro contrato, como la cuenta a prueba»[136].

El comodato es un tipo de préstamo. No obstante, como establecen DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, hay importantes diferencias entre el comodato y el mutuo o simple préstamo: «a) En el mutuo, el prestamista pierde la propiedad de la cosa prestada (quedando el prestatario obligado a devolverle, en su momento, otro tanto de la misma especie y calidad); mientras que, por el contrario, el comodante la conserva, cediendo exclusivamente el uso de la

misma; b) El mutuo puede ser gratuito u oneroso (si así se pacta); sin embargo, en el comodato la gratuidad es esencial (art. 1740.II CC), de modo que, si se acuerda una retribución por el uso del bien, nos encontramos ante un contrato distinto, es decir, ante un arrendamiento de cosas; c) El mutuo es siempre un contrato unilateral, en cambio, el comodato puede devenir bilateral, en el caso que el comodante tenga que abonar los gastos extraordinarios efectuados por el comodatario para reparar vicios de la cosa que no le hubiesen sido comunicados por aquel»[137].

B) Régimen jurídico

En cuanto a su régimen jurídico:

a. Sujetos. Las partes del contrato son el comodante y comodatario. Comodante es quien cede gratuitamente el uso de la cosa, conservando la propiedad de la cosa prestada; comodatario es quien adquiere dicho uso con la obligación de devolver la cosa; una vez, finalizado el plazo pactado o cumplido el uso para el que se prestó. El comodatario es poseedor en concepto distinto de dueño e inmediato (art. 432 CC). Si bien, no puede adquirir la cosa por usucapión[138]; ni por accesión lo que se une o se incorpora al suelo[139]. Por otra parte, no podrá calificarse como comodato el uso en exclusiva del uso común por uno de los copropietarios o comuneros[140].

Para celebrar este contrato es suficiente la capacidad general para contratar (art. 1263 CC) del comodante y comodatario y consentimiento libre de cualquier vicio[141]. Además, no es necesario que el comodante tenga el dominio o la propiedad del bien cedido, pues, al tratarse de un préstamo de uso, no traslativo de dominio, basta que con que el comodante sea titular de un derecho de uso que le permita cederlo al comodatario (arrendatario o usufructuario); no así el titular de un derecho de uso o habitación por el carácter personalísimo del título (art. 525 CC)[142]. No obstante, para MARÍN PÉREZ cabe el comodato de cosa ajena, donde el verdadero propietario podrá ejercitar la acción reivindicatoria frente al comodante[143].

El comodatario adquiere el uso de la cosa, pero no sus frutos (art. 1741 CC) que, serán del propietario y deberá entregarlos a este[144]. No obstante, como precisa ALBALADEJO «pueden pactarse que también haga suyos estos o solo que adquiera el uso de ellos»[145]. Por tanto, el principio de autonomía de la voluntad posibilita que, las partes puedan pactar que el comodatario se apropie de parte de los frutos sin perder por ello el carácter gratuito y que «el comodatario vea incrementada la utilidad que obtiene mediante el uso con posibilidad añadida de beneficiarse de los frutos que se lleguen a producir durante la vigencia del contrato»[146]. Si bien, todo ello no prejuzga que, el uso normal del bien pueda implicar una apropiación de los frutos, que, precisamente, produce la cosa por parte del comodatario sin necesitad de acuerdo entre las partes. En todo caso, como indica LÓPEZ MAZA, el artículo 1741 del Código Civil «se refiere únicamente a los frutos extraordinarios y ajenos al uso normal del bien»[147].

De todas formas, para determinar el uso al que el comodatario debe destinar la cosa, habrá de estar, en principio, a lo pactado por las partes en el contrato con los límites del artículo 1255 del Código Civil (art. 1744 del citado cuerpo legal). En caso de no haberse establecido ninguno, habrá de estarse «al normal, dada la naturaleza del bien prestado y las circunstancias en que se celebró el

contrato»[148]. Efectivamente, el comodatario debe cumplir con el uso pactado; si no se ha pactado ningún uso, el comodatario deberá dar al bien prestado un uso acorde a su naturaleza o a la costumbre de la tierra (art. 1750 CC). Aunque el comodatario no está obligado a usar la cosa, no obstante, la propia naturaleza de la cosa exige un cierto uso para evitar que se destruya[149].

La sucesión en el comodato está regulada en el artículo 1742 del Código Civil «*las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan a los herederos de ambos contratantes, a no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación a la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de este no tienen derecho a continuar en el uso de la cosa prestada*». La regla general es que, una vez fallecidas las partes del contrato, las obligaciones y derechos derivados de este pasan a sus herederos. Sin embargo, no opera tal transmisión *mortis causa* cuando el comodato se ha pactado atendiendo a la persona del comodatario (comodato *intuitu personae*). Por lo que, en este caso fallecido el comodatario sus herederos no podrán continuar usando el bien, ni estar en posesión de la cosa y, deberán devolverlo al comodante. No obstante, tendrán derecho: 1. Al reembolso de los gastos extraordinarios que fueran a cargo del comodante y satisfechos por el comodatario, o por los herederos hasta la devolución de la cosa prestada (art. 1751 CC); 2. La indemnización que corresponde al comodatario por los daños producidos como consecuencia de los vicios que tuviera la cosa, y conociéndolos el comodante no se los hubiera comunicado. Si bien, tales derechos solo operan, una vez aceptada la herencia (arts. 999 y 1000 CC)[150]. Si toda la herencia se distribuye en legados, el crédito de la indemnización se repartirá entre todos los legatarios a prorrata[151].

En todo caso, como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS «la regla inicial de este precepto no es más que la aplicación particular del precepto genérico del artículo 1257. La segunda entraña un límite respecto del derecho de usar la cosa prestada, que es una excepción a la regla general *intuitus personae* del contrato»[152].

Ahora bien, si existe discrepancia sobre si se ha concertado el contrato en atención a la persona del comodatario, queda al arbitrio del juzgador al ser una cuestión de hecho. Si bien, en defecto de acuerdo expreso, se habrá de acudir a los criterios interpretativos previstos en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil[153].

Por otra parte, como regla general no es posible la cesión *inter vivos* del uso a un tercero, además no existe en el Código Civil ningún precepto que se refiera a esta posibilidad; por lo que, de llevarse a cabo, estamos ante un uso distinto al pactado, determinando la responsabilidad del comodatario (o sus herederos) como establece el artículo 1744 del Código Civil. En todo caso, se considera posible la cesión *inter vivos* del derecho de uso del bien prestado en comodato, si cuenta con el consentimiento del comodante[154].

b. Objeto. Es una cosa no fungible —bien mueble e inmueble—, en el sentido que no se consuma por el uso (art. 337 CC)[155]. También se entiende que puede recaer sobre cosas consumibles, «si el uso para que se dejan no las consume»[156]. En todo caso, recae sobre cosas ajenas, por lo que no puede calificarse como comodato, el uso exclusivo de la cosa común por cualquiera de los copropietarios o comuneros[157]. En fin, si la restitución es en especie no estamos ante un comodato, sino ante mutuo o préstamo de consumo[158].

c. Forma. Se rige la constitución del comodato por el principio general de libertad de forma (art. 1278 CC), requiriendo la entrega de la cosa, al ser un contrato con carácter real. Para ALBALADEJO si «el acuerdo se otorga por escri-

to, basta él solo. En tal caso, el contrato es solemne, porque la forma escrita es esencial»[159]. Ahora bien, es posible la admisión de un comodato modal —el uso para el que se destina la cosa se modaliza— o someterlo a condición[160].

C) Contenido

a) Posición del comodatario

Como hemos señalado, el comodatario adquiere el uso de la cosa, pero no sus frutos y asume como obligaciones:

1) La de conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia (art. 1094 CC)[161]. No responde del deterioro provocado por el uso de la cosa, salvo que haya medido culpa por su parte (art. 1746 CC) —se ha de incluir también los supuestos de pérdida—. Por lo que, ha de probar su diligencia, esto es, debe demostrar el comodatario que los deterioros o pérdida de la cosa prestada son consecuencia del uso y sin culpa suya —presunción del artículo 1183 del Código Civil—, además de determinar la causa directa del daño[162]. Se aplican las normas sobre responsabilidad contractual de los artículos 1101 y siguientes y 1182 y siguientes del Código Civil[163]. Aunque alude solo a la culpa en el citado artículo 1746 del Código Civil, se entiende que resulta extensivo a cualquier criterio de imputación[164]. En todo caso, si el comodatario es negligente en el uso del bien prestado (la pérdida o deterioro son por culpa suya) y causa daños; para la doctrina el comodante tiene la posibilidad, además de responder por los daños, resolver el contrato por incumplimiento conforme a lo previsto en el artículo 1124 del Código Civil[165]. No obstante, DE ÁNGEL YAGÜEZ indica que el comodante reponde del daño extracontractual causado por el comodatario a un tercero «cuando hubiera impuesta a este una forma concreta de uso que sea la causa única y directa del daño, cuando el daño sea consecuencia del mal estado de las cosas en los términos del artículo 1752 del Código Civil o cuando quepa apreciar culpa en el hecho mismo de respetar»[166].

2) La de restitución de la cosa, una vez cumplido el plazo pactado o el que resulte del uso al que se destina la cosa dada en comodato, aunque en caso de urgente necesidad, el comodante podrá reclamarla antes y el comodatario tendrá la obligación de restituirla (art. 1749 CC)[167]. En todo caso, debe restituirse la cosa en el mismo estado que la recibió, salvo el deterioro derivado del paso del tiempo y del uso para el que se cedió. Y en caso de urgente necesidad del comodante, responderá de la pérdida o deterioro de la cosa, incluso por caso fortuito durante el tiempo que mantenga la cosa sin entregarla (aplicando lo previsto en el artículo 1744 CC)[168].

En todo caso, la necesidad, además de urgente, ha de ser imprevista, esto es, que no la conociera el comodante en el momento de entregar la cosa[169]. De todas formas, corresponde al comodante la carga de probar la urgente necesidad, cuando solicite la restitución anticipada[170].

No obstante, señala BASOZABAL ARRUE que «la obligación de restitución también puede anticiparse por incumplimiento del comodatario»[171].

3) El comodatario está obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean necesarios para el uso y conservación de la cosa prestada (art. 1743 CC), no siendo responsable de los deterioros que por el uso sufra la cosa, salvo que haya mediado culpa por su parte (art. 1746 CC), es decir, no responde de aquellos de-

terioros que, de encontrarse la cosa en poder del comodante también se hubieran producido[172]. Los gastos ordinarios son aquellos necesarios para la conservación del bien y para que mantenga su utilidad o funcionalidad que, implican una cierta periodicidad[173]. Son, en esencia, los aplicados para reparar los deterioros debidos al uso natural o normal de la cosa prestada o por el transcurso del tiempo[174] y que sean «previsibles, periódicos e imprescindibles para la utilidad y conservación de la cosa»[175].

LACRUZ BERDEJO entiende que «serán ordinarios los gastos a que habría de subvenir el usufructuario y probablemente se habrá de tener en cuenta, además, como criterio, el tiempo de duración del comodato y, por tanto, a quién favorece principalmente cada gasto»[176]. Por lo que, serán gastos ordinarios los previstos en el artículo 500.2 del Código Civil relativa a las obligaciones del usufructuario, esto es, «*los que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación*». Al ser un contrato gratuito, estos gastos no los asume el comodante, a diferencia de lo que sucede con el arrendamiento, donde, precisamente, estos gastos ordinarios corresponden al arrendador (art. 1554.2 CC).

En caso de incumplimiento de tal obligación, podrá el comodante exigir la devolución de la cosa y la extinción del contrato, no así la resolución del mismo[177].

Por otra parte, son de cuenta del comodante los gastos extraordinarios causados durante el contrato para la conservación de la cosa prestada, siempre que, haya puesto en conocimiento del comodante (art. 1751 CC). No obstante, en caso de urgencia, esto es, tratándose de gastos extraordinarios urgentes que, no posibilitan su aviso, puede realizarlos el comodatario y reclamar al comodante su abono.

Ahora bien, aunque el comodante se niegue a satisfacer tales gastos extraordinarios o las indemnizaciones, que sean de su cuenta; el comodatario carece de derecho de retención de la cosa, estando obligado a la devolución de la misma (art. 1747 CC)[178]. De demorarse en la restitución de la cosa o negarse a su devolución será el comodatario responsable de las pérdidas o deterioros que sufra la cosa, aun por caso fortuito (art. 1744 CC).

En todo caso, para TRUJILLO DÍEZ también corresponden al comodatario «los gastos extraordinarios, siempre que sean de exclusivo provecho del comodatario (art. 1751 CC)»[179].

No obstante lo expuesto, como precisa LÓPEZ MAZA, el artículo 1743 del Código Civil tiene dos límites: «1. La distribución de gastos que se pacte no puede implicar onerosidad para el comodatario, pues, entraría en contradicción con la gratuidad típica del comodato; 2. Tampoco puede suponer un enriquecimiento para el comodante, algo que se produciría si el comodatario asumiera gastos que corresponden a aquel»[180].

De todas formas, el citado artículo 1743 del Código Civil constituye una norma dispositiva, por lo que las partes pueden acordar una distribución de gastos distinta[181]; y, las mejoras que se pueden realizar en la cosa están sujetas a consentimiento del comodante[182].

4) Habrá de dar a la cosa el destino pactado (art. 1744 CC); y, en defecto de un concreto destino, habrá que estarse al que sea conforme con la costumbre de la tierra (art. 1750.1 CC), esto es, a los usos sociales, costumbre local o comarcal o con la naturaleza de la cosa[183].

La responsabilidad derivada del cumplimento de estas obligaciones tendrá carácter solidario, si el comodato se hubiere celebrado con varios comodatarios conjuntamente (art. 1748 CC). Esta regla de solidaridad implica que el comodante

puede dirigirse contra cualquiera de los comodatarios para exigir el cumplimiento de las obligaciones[184].

No resultará aplicable esta regla de la solidaridad cuando: «exista una pluralidad de comodatarios, que no usan la cosa al mismo tiempo, sino de forma sucesiva»; o cuando «existiendo varios usuarios, solo uno fuese el comodatario»[185].

b) Posición del comodante

El contrato de comodato es un contrato unilateral que solo genera obligaciones para el comodatario y no para el comodante, quien conserva la propiedad de la cosa y tiene derecho a sus frutos (art. 1741 CC), pudiendo solicitar su restitución no solo cuando finaliza la duración el contrato o el uso pactado, sino en cualquier momento en caso de necesidad (art. 1749 CC). En todo caso, como señala ALBADALEJO si «el contrato se celebró por escrito sin entregar a la vez la cosa, queda obligado a entregarla. Si, celebrado por escrito o no, se entregó aquella, no tiene esta obligación porque ya se dio. Si se celebró sin escrito, no se entregó, tampoco tiene tal obligación porque el contrato simplemente verbal no vale y, por tanto, no produce obligación alguna». Finalmente, indica que «el comodante, según lo dicho no asume obligación, la de entregar la cosa, sino en el comodato no real, en el real, es solo el comodatario el que las asume»[186].

No obstante, se puede hablar de ciertas obligaciones accesorias a cargo del comandante, que no lo convierten en un contrato bilateral, pues, no se trata de obligaciones que son la contrapartida de aquellas asumidas por el comodatario como obligaciones esenciales del contrato[187]:

1) Debe abonar los gastos extraordinarios para la conservación de la cosa causados durante el contrato, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlos, salvo cuando fueran urgentes y no permitan el preaviso, que habrá de realizarlos el comodatario, con el correspondiente reembolso por el comodante (art. 1751 CC)[188]. Por tanto, si se trata de gastos extraordinarios de conservación no urgentes, en el caso que medie aviso por el comodatario, el comodante debe dar su conformidad al gasto, bien de forma expresa o tácita y, decidir si quiere llevarlos a cabo o no[189]. Si habiendo sido informado, no los lleva a cabo, podrá realizarlos el comodatario, teniendo a su favor un derecho de reembolso de tales gastos frente al comodatario. Para LÓPEZ MAZA en los gastos extraordinarios se incluyen: «a) Aquellos que excedan del normal mantenimiento de la cosa y comprometan su subsistencia; b) Aquellos que no fueran previstos en el momento de concertar el comodato y que después resulten imprescindibles para la conservación del bien, como podrían ser los gastos derivados de la reparación de los daños causados por caso fortuito o fuerza mayor»[190].

De todas formas, ha de tratarse de gastos extraordinarios imprevisibles y extemporáneos. Para la doctrina deberá costear el comodante: a) Los impuestos que graven la propiedad del bien; b) La prima de seguros voluntarios; y c) Las sanciones administrativas, si este es el que comete la infracción[191]. Ahora bien, si el uso de la cosa exigiera la contratación de un seguro obligatorio se estará a lo determinado por las partes. A falta de acuerdo se aplicarán los artículos 1743 y 1751 del Código Civil[192].

Ahora bien, en caso de gastos extraordinarios urgentes el comodatario debe informar también al comodante sobre ellos, pero sin tener que esperar a la respuesta del comodatario como en los gastos extraordinarios no urgentes; debiendo, en consecuencia, asumirlos ante la urgencia del caso. En este caso también tendrá

un derecho de reembolso, pues, se trata de un supuesto de gestión de negocios ajenos, y, además carece de derecho de retención sobre la cosa prestada[193]. No obstante lo dicho, puede obviar la comunicación al comodante y realizar directamente el gasto en su posición de poseedor de buena fe de la cosa e interesado en su conservación.

En todo caso, como indica BATALLER RUIZ «si el comodante carece de bienes bastantes para el pago de las deudas por gastos extraordinarios generadas durante el contrato y repudiase la herencia causada por un tercero y de la que se hubiere hecho delación; conforme al artículo 1001 del Código Civil el comodatario acreedor puede pedir autorización al juez para aceptarla en nombre del comodante»[194].

2) Debe no impedir ni obstaculizar el uso de la cosa por el comodatario durante el plazo de duración pactado en el contrato, salvo que tenga necesidad de recuperar la cosa por urgente necesidad del uso de la cosa (art. 1749 CC)[195].

3) Debe responder de los daños ocasionados al comodatario si, conociendo los vicios de la cosa prestada, no los hubiera puesto en su conocimiento. La doctrina entiende que el comodante no está obligado al saneamiento por los vicios ocultos de la cosa, dado el carácter gratuito del comodato[196]. Solo responde de los daños ocasionados por los vicios que se conoce, si no se informa al comodatario de ellos, y le impide adoptar las medidas necesarias con el fin de evitarlos (art. 1752 CC). Señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS que «tal consecuencia debe extenderse a la culpa lata y deriva de una falta a la buena fe en la perfección del contrato»[197]. En todo caso, el comodatario ha de ignorar la existencia de los vicios, pues, «si son manifiestos o pudo conocerlos por razón de su profesión u oficio, o estén a la vista o sean fácilmente reconocibles, nada puede reclamar al comodante; tampoco cuando los daños son debidos a un uso descuidado o no acorde con el fin pactado por parte del comodatario»[198].

No obstante, la responsabilidad del comodante nace cuando este debía haber conocido los vicios o defectos de la cosa de haber empleado una diligencia media[199]. Ahora bien, si el comodante no conoce los vicios de la cosa, ocasionados por terceros, serán ellos quienes respondan y a ellos ha de reclamar el comodatario los daños, que hubiera sufrido en los bienes por causa de tales vicios[200].

Por otra parte, la responsabilidad por daños o perjuicios alcanza también a los daños que ese vicio o defecto haya causado a terceros, aplicando las reglas de la responsabilidad extracontractual[201]. La prueba del daño y del vicio incumbe al comodatario. No operando, como precisa, DE ÁNGEL YÁGÜEZ la inversión de la carga de la prueba[202].

Al igual que, lo que sucede con el artículo 1747 del Código Civil que, impide al comodatario retener la cosa prestada hasta que se le pague los gastos extraordinarios urgentes que le deban; el artículo 1752 del citado cuerpo legal, igualmente, carece de *ius retentionis* respecto de los comunicados[203].

D) Riesgos

En cuanto a los riesgos en el contrato de comodato: 1. Si el comodatario destina la cosa a un uso distinto para el que se prestó o a un uso indebido, no se concede al comodante la obligación de exigir la restitución, sino la extinción del contrato, respondiendo el comodatario de la pérdida de la cosa, aunque sobrevenga por caso fortuito (art. 1744 CC)[204]. Estamos ante una norma de carácter sancionador, donde se establece un régimen agravado de responsabilidad, en

una suerte para TAMAYO CARMONA «de actuación voluntaria y maliciosa del comodatario, *de abuso de confianza* ante la gratuidad de su derecho de uso»[205]. Aunque no falta quienes entienden que, el uso contra lo pactado, en consecuencia, permite al comodante resolver el contrato conforme el artículo 1124 del Código Civil[206]; 2. Si conserva la cosa por más tiempo del pactado responde también por la pérdida de la cosa, aunque sea por caso fortuito (art. 1744 CC)[207]. A la pérdida han de equipararse los deterioros de la cosa no debidos al transcurso del tiempo o al uso normal de la misma[208]. En todo caso, tanto este supuesto como el anterior señalan acertadamente DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS que «debe corregirse esta sanción con el artículo 1896, párrafo 2.º, por lo que cuando el comodatario pruebe que la pérdida o deterioro hubiese afectado a la cosa, aunque estuviese en poder del comodante, quedará libre de responsabilidad»[209]. Además precisa LÓPEZ MAZA que, en tales supuestos «la responsabilidad del comodatario abarca el valor de la cosa perdida y los daños que se deriven para el comodante como consecuencia de dicha pérdida (arts. 1106 y 1107 CC)»[210]. En todo caso, no estamos «ante un supuesto de responsabilidad objetiva, sino de imputación objetiva del daño y la cauda del daño»[211]; o, como indica BASOZABAL ARRUE el retraso en la devolución de la cosa «constituye un supuesto de mora automática que, no necesita intimación» (arts. 1096.3 y 1182 *a contrario* y 1100 CC)»[212]; y 3. Si la cosa se entregó con tasación y se pierde, responde, asimismo, el comodatario por la pérdida fortuita, salvo que expresamente se haya pactado que se le exime de responsabilidad. Frente a la concepción clásica que la tasación constituye una especie de presunción *iuris tantum*, para LACRUZ BERDEJO la tasación «constituye una excepción a los artículos 1182 y 1106: se presume que equivale a un convenio tácito o cláusula implícita de asunción de todos los riesgos por el comodatario, como si actuase de asegurador frente a la pérdida de la cosa o, igualmente, a cualquier perjuicio fortuito»[213]. Por su parte GARCÍA PÉREZ entiende que «la tasación actúa como un mecanismo que asegura al comodante la recuperación del valor del bien en cado que llegue a perderse, cualquier que sea la razón de a pérdida (art. 1745 CC)»[214]. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS consideran, por su parte, que la tasación «es la asunción de garantía del precio en caso de pérdida, pero no faculta para dejar de entregar la cosa a cambio de la estimación»[215]. En fin, para BASOZABAL ARRUE se trata «de una excepción a las reglas generales (arts. 1105 y 1182 CC) que debe interpretarse restrictivamente»[216] y para TAMAYO CARMONA representa «una suerte de cláusula de previsión de la cantidad, que el comodatario deberá restituir en concepto de daños y perjuicios y por lo tanto, ante las pérdidas ocasionadas por su culpa»[217].

En todo caso, se trata de una deuda de valor, por lo que la tasación se fijará atendiendo al valor de la cosa en el momento de liquidación y pago[218].

Por otra parte, frente a quien considera que, no puede quedar exonerado el comodante, ni siquiera demostrando que la cosa se hubiese perdido o deteriorado también en caso de haberse encontrado en poder del comodante[219]. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, por el contrario, defiende la aplicación del artículo 1896.2 del Código Civil a este supuesto y, por tanto, la exoneración de responsabilidad del comodatario, si demuestra que la cosa se hubiera perdido o deteriorado también en poder del comodante[220].

Ahora bien, como acertadamente indica LÓPEZ MAZA «la tasación no afecta a la gratuidad del comodato, pues, la obligación de indemnizar que corresponde al comodatario, llegado el caso no tiene como fin la remuneración del comodato, sino que se trata simplemente de una agravación de su obligación ordinaria de restitución». A lo que añade que «tampoco supone: a) la conversión del como-

dato en una compraventa; b) la conversión de la obligación de devolución de la cosa al término del contrato en alternativa o con facultad de sustitución, pues, la entrega del precio de tasación solamente tiene lugar cuando se produce la pérdida o destrucción del bien prestado»[221].

En fin, si la pérdida o deterioro fuesen culpable y por cuantía superior al valor de tasación, el comodatario deberá indemnizar conforme a las reglas de responsabilidad contractual, salvo que se haya pactado la tasación en sustitución de esta[222].

Sobre tales bases, no se aplicará la regla general de responsabilidad del comodatario en caso de tasación, aunque sea por caso fortuito prevista en el citado artículo 1745 del Código Civil, si en el contrato existiese un acuerdo entre las partes por el que se eximiese expresamente al comodato de esta responsabilidad. A esta excepción legal, LÓPEZ MAZA añade otras dos: «1. Si se produce un menoscabo ocasionado por el mero uso de la cosa, pues, de lo contrario desnaturalizaría la gratuidad del contrato; y, 2. Si la cosa se ha tasado con un fin específico distinto del de su entrega al comodatario (por ej., para concertar un seguro de daños)»[223].

E) Extinción

El comodato se extingue por las siguientes causas[224]:

a) Por el trascurso del plazo establecido o terminación del uso concreto para el que se prestó la cosa (arts. 1749 y 1750 CC).

b) Reclamación de la cosa por el comodante antes de la conclusión del pazo de duración del contrato, si tiene urgente necesidad del bienes prestado (art. 1749 CC).

c) Pérdida de la cosa, distribuyendo los riesgos en los términos señalados.

d) Muerte o fallecimiento del comodatario, en aquellos casos en que el comodato se haya celebrado «*intuitu personae*», en atención a las cualidades personales del comodatario (art. 1742 CC).

e) Reclamación efectuada por el comodante a su sola voluntad, si la duración del contrato no resulta de pacto sobre su duración ni del uso al que haya de destinarse la cosa. En caso de duda, la prueba corresponde al comodatario (art. 1750 CC).

f) Por pérdida de la cosa, con independencia de quién deba soportar la responsabilidad por pérdida de la cosa, al quedar en este caso el contrato privado de objeto.

2. Precario

La institución del precario es una figura que no aparece contemplada expresamente en el Código Civil, salvo alguna referencia en la posesión de cosa ajena tolerada (art. 444 CC); y, en el artículo 1942 del citado cuerpo legal a los actos de carácter posesorio ejecutado en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño. Para la mayoría de la doctrina el precario se puede encuadrar en el artículo 1750 del citado Código Civil donde el comodante puede reclamar el bien prestado a su voluntad en cualquier momento, cuando no se haya pactado plazo de duración del comodato, ni el uso que debiera destinarse la cosa prestada[225],

ni pudiera tampoco determinarse por la costumbre de la tierra. En todo caso, la prueba de la duración de contrato incumbe al comodatario[226]. A diferencia de lo previsto en el artículo 1749 no es necesario que concurra urgente necesidad, ni justa causa[227].

En cambio, sí se mencionaba en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 como sujetos pasivos del desahucio a los que tuvieran o disfrutaran de una finca en precario, sin pagar renta o merced (arts. 1564 y 1565). La actual Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil incluye en el ámbito del juicio verbal los supuestos de: 1. Recuperación de la posesión de la finca, dada en arrendamiento, ordinario o financiero o en aparcería, a la expiración del plazo contractualmente fijado; 2. La recuperación de una finca, rústica o urbana, cedida en precario (art. 250.1). Se trata este juicio verbal para recuperar la posesión del bien cedido como un proceso plenario en que pueden debatirse la cuestión litigiosa con todos los medios probatorios admitidos en derecho, produciendo la sentencia efectos de cosa juzgada (art. 447 de la LEC).

Se plantean dos posiciones en torno a la naturaleza jurídica del precario: una considerándolo como una especie de comodato que, permite el uso de una cosa[228]; si bien el comodante (concedente) puede reclamarla a su voluntad en cualquier momento[229]; o como una situación posesoria no contractual[230]. Precisamente, para DIÉZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS «el precario es una situación posesoria que, en ocasiones, puede tener su origen en un contrato que confiere la tenencia de la cosa, contrato que es una variedad del comodato en el que el comodante puede reclamar a su voluntad la cosa prestada (art. 1750) y que, en otras ocasiones, puede tener su origen en causas de naturaleza diversa (tolerancia, beneplácito, falta de título, etc.). Por ello, puede decirse que el precario se califica más por sus efectos que, por la causa del mismo»[231].

Sobre tales bases se produce una situación de precario: 1. Cuando el comodatario carece del beneficio del plazo; 2. Cuando el comodatario está utilizando la cosa con la simple aquiescencia del propietario o de quien tiene derecho a poseer[232]; 3. Cuando el comodatario, a pesar de haber perdido el título que justificaba su posesión, continúa utilizando la cosa por mera tolerancia o también contra la voluntad de su legítimo titular. Por tanto, comprenden los casos de posesión concedida, posesión tolerada y posesión sin título, esto es, los poseedores carentes de título y también aquellos que tuvieron título para poseedor pero que ha perdido su eficacia con posterioridad[233]. Como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2021[234] «el precario no se refiere exclusivamente a la graciosa concesión al detentador y a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, sino que, como declaramos en la Sentencia 691/2020, de 21 de diciembre, se extiende a «cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el cualificado que, ostente el actor (Sentencias de 13 de febrero de 1958, de 30 de octubre de 1986 y 6 de noviembre de 2008). Por ello, no es suficiente para enervar la acción de desahucio que la situación del demandado no responda a la mera tolerancia del actor, pues en el ámbito del precario no se limita a esas situaciones posesorias meramente toleradas».

En cualquier de estos supuestos, cuando el prestatario no restituya la cosa a requerimiento del propietario, este podrá entablar un juicio declarativo específico para recuperar la cosa prestada —desahucio por precario— siguiendo los trámites del juicio verbal y que pueden promover —tener legitimación activa— quienes «pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con de-

recho a poseer la finca» (art. 250.1.2.º de la LEC). De tratarse de un comodato, el comodante a la terminación del uso o el plazo pactado deberá restituir la cosa prestada; en caso que, incumpla dicha obligación el comodante podrá entablar un juicio declarativo solicitando la restitución de la cosa. También puede plantear una acción reivindicatoria[235]. En todo caso, cuando el comodato consista en el préstamo de un bien mueble, no procederá, precisamente, el desahucio, sino la acción reivindicatoria por parte del comodante propietario de la misma para solicitar su restitución cuando proceda.

Por otra parte, conviene señalar, por un lado que, la posición del precarista no es hábil para usucapir, pues, no puede haber posesión con ánimo de dueño; y por otro, que la situación de precario no es incompatible con el pago de ciertos gastos para la conservación de la cosa prestada por parte del precarista, siempre que no sea haga a título de renta y, sí, en cambio, con el pago de merced a cargo de aquel[236], o por el hecho que sea consentida durante cierto tiempo por el propietario[237].

Ahora bien, como señalamos en líneas precedentes, un caso muy habitual en la práctica es el de la cesión de los padres a sus hijos y cónyuges del uso de la vivienda con el fin de desarrollar en ella una vida en común. Cuando se produce la crisis matrimonial o de pareja, y se atribuye el uso de dicha vivienda al yerno o nuera, los suegros intentan recuperar la vivienda, ejercitando la acción de desahucio por precario o, en su caso, la acción revindicatoria. Aunque lo habitual es que los cedentes sean los padres, también puede serlo los hermanos, tíos; asimismo, lo normal es que el cedente sea el titular dominical de la vivienda, pero también puede serlo un usufructuario. Además estas situaciones operan tanto en caso de matrimonio como unión de hecho y ante la crisis matrimonial o de pareja se atribuye el uso de la vivienda familiar al yerno, nuera o al conviviente no emparentado con los cedentes[238].

En estos caso, en el seno de las Audiencias se generó un debate estableciendo cuatro criterios para calificar esta situación: 1. Las que entienden que se trata de un simple comodato y la resolución judicial en un proceso de separación o divorcio no altera tal naturaleza[239]; 2. Las que consideran que aun cuando hubiese inicialmente comodato, se transforma en precario a consecuencias de la separación o el divorcio[240]; 3. La que entienden que la decisión en estos supuestos opera en función del caso concreto[241]; y, 4. Las que establecen que el uso es específico y determinado, tratándose de un comodato en el que el comodante no puede recuperar la cosa hasta que termine el uso para el que se concedió, salvo caso de urgente necesidad (art. 1749 CC)[242].

3. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA PERTENECIENTE A UN TERCERO TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL O DE PAREJA: PRECARIO O COMODATO.

En este contexto, nuestro Tribunal Supremo se decanta mayoritariamente por considerar este supuesto como de precario.

En un primer momento, la Sala de lo Civil del Alto Tribunal en Sentencia de 30 de noviembre de 1964[243] afirmó que «aunque es normal y frecuente que los padres de familia, al casarse alguno de sus hijos, les entreguen la vivienda para que vayan a habitar en ella, lo cierto es que 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 lo 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 tal tolerancia no puede entenderse que surja la constitución de ese especial y gravoso derecho de habitación, que se invoca, ya que tal nacimiento requiere de un acto expreso y más o menos solemne, otra realidad tendrá que probar quien lo alegue: la cesión del uso y disfrute de una vivienda, a un familiar muy allegado, sin señalamiento y exigencia de renta o merced, se entiende siempre que sea constitutiva de un simple precario, que es lo menos gravoso para el concedente y, lo mismo ocurre con la tolerancia que tenga el heredero adjudicatario con referencia al familiar que venía ocupando graciosamente tal vivienda, pues nunca se puede interpretar como acto constitutivo de un derecho de habitación».

Con posterioridad, la Sentencia de 2 de diciembre de 1992[244] declara que «en efecto está fijado tal uso por la proyección unilateral que al comodato se le inviste por la doctrina mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia de los demandados y sus hijos y como tal «uso preciso y determinado» lo impregna de la característica especial que diferencia al comodato del precario (arts. 1749 y 1750 CC), pues, aun cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, este viene circunscrito y reflejado por esa necesidad familiar que, no se ha negado en la demanda como tampoco se ha justificado ni alegado siquiera en la misma «la necesidad urgente» de los dueños para recuperar el piso». A diferencia de la anterior resolución que opta por el precario, en esta califica el supuesto como comodato. De nuevo, considera que estamos ante un precario en la Sentencia de 31 de diciembre de 1994[245] que declara textualmente que «siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí solo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que ha hecho del precario, pues entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda. Y traería como consecuencia que desparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso. Esta era la situación de los cónyuges, hoy litigantes que, obtuvieron la vivienda del padre del esposo, sin que se haya acreditado que se obtuviera en virtud de relación jurídica alguna creadora de un derecho a poseer, por lo que el padre en cualquier momento había podido recobrar la posesión de la vivienda que tenían los esposos por su tolerancia».

Tras estos precedentes jurisprudenciales se llega a las Sentencias de 26 de diciembre de 2005[246] y de 2 de octubre de 2008[247]. En la primera de ellos se indica que «para solucionar este tipo de demandas habrá que examinar si existió un contrato entre ello y aplicar los efectos propios de ese contrato, pero, en el caso que no hubiera existido, la postura de los cesionarios del uso del inmueble es la de un precarista. Caben, por tanto, dos posibilidades: 1. Que exista una auténtica relación contractual que justifique la posesión, debiendo aplicarse los efectos que el Código Civil atribuye al comodato, de manera que deberá aplicar-

se el artículo 1750 del Código Civil, sin olvidar las limitaciones que establece el artículo 1749 del Código Civil cuando se pactó un uso concreto y determinado, en este caso, la utilización por la familia del hijo del concedente. Pero hay que tener en cuenta que la relación contractual debe constar de forma clara, aunque puede deducirse también de los actos tácitos de las partes. Pero si cuando cesa este uso el concedente no reclama la devolución del inmueble dado en comodato, la situación del usuario es la de un precarista; 2. Que se trate de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso, nos hallamos ante un simple precario, que la Sentencia del 30 de octubre de 1986 define como» (…) el disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor o sin ella», por lo que la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño. Por lo tanto, cuando exista un contrato, que deba probarse por cualquiera de los medios aceptados en derecho, se aplicarán los efectos de este contrato; a falta de la prueba del mismo, nos hallaremos ante un precario».

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo realiza las siguientes consideraciones que «operan como reglas de aplicación: A) Cuando se aprecie la existencia de un contrato entre el titular cedente de la vivienda y los cesionarios y, en particular, de un comodato, se han de aplicar los efectos propios de ese contrato; pero en el caso que no exista, la situación de los cesionarios en el uso del inmueble es la propia de un precarista; B) En concreto, en los casos en que la vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado que, ciertamente, puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familiar del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar; si bien con la precisión que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso, específico y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino y que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes; C) Cuando cesa el uso, lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal, y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario es la de un precarista; D) El derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, más que no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte —porque no pueden serlo— en el procedimiento matrimonial, pues no genera por sí mismo un derecho antes inexistente, ni permite reconocer a quienes ocupan la vivienda en precario una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, ya que ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho quien posibilita la cesión del uso de la vivienda». Sobre tales bases, aplicado al caso concreto, insiste el Tribunal Supremo en la interpretación de los mismos por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.ª, de 1 de abril de 2003 que consideró que, la relación jurídica que vincula a demandantes y demandados era la propia de un comodato, apoyándose en que la cesión se había realizado para un uso determinado en consideración al matrimonio de su hijo y con el objeto que los cónyuges establecieran en ella el hogar familiar y conyugal donde iban a residir junto con los hijos habidos del matrimonio. Por lo que, considera que «con independencia que en ella pueda identificarse el uso concreto y determinado que sirve para

calificar la relación jurídica como un préstamo de uso, ha de convenirse, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto que, ese elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista, que es la que en cualquier caso se da cuando por cesar la convivencia conyugal, desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida. Y esta situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa codemandada del derecho de uso y disfrute de la vivienda en su condición de vivienda familiar, pues, tal y como se ha indicado, semejante declaración jurisdiccional no comporta la creación de un derecho antes inexistente, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario, que pueda oponerse eficazmente frente a un tercero en la relación y en el proceso matrimonial que pretende, contando con título jurídico bastante para ello, la recuperación posesoria del inmueble».

Con posterioridad, la Sentencia de 29 de octubre de 2008[248] en un caso de desahucio por precario instado por los usufructuarios cedentes del uso de la vivienda señala que «ciertamente, en la cesión de una vivienda de un hijo para que constituya en él el hogar conyugal o familiar, pueden apreciarse las notas caracterizadoras del préstamo de uso; pero para ello es preciso que tales elementos —la concreción y determinación del uso al que se destina el inmueble, en ese caso, para subvenir las necesidades familiares y facilitar un lugar destinado a servir de vivienda o domicilio conyugal y familiar— aparezcan con claridad y que los hechos sean reveladores que el uso para el que se cede la cosa se encuentra definido más allá del que es propio de la cosa genérica, e incluso específicamente considerada —*in casu*, servir de morada o residencia—, lo que no empece a que puedan inferirse de las circunstancias fácticas del caso» Aplicado este criterio «se aprecia la concurrencia de un uso concreto y determinado en la cesión de la vivienda, a saber, su utilización como domicilio familiar mientras el matrimonio no contase con los recursos suficientes para costear la adquisición de otra vivienda o hasta que surgiese una situación de necesidad familiar que hiciese necesaria la desocupación. Consecuentemente considera que la relación jurídica entre cedentes y cesionarios era la propia de un contrato de préstamo de uso que, no permitía al comodante reclamar la cosa prestada, sino en el momento en que concluyese el uso al que ha sido destinada, lo cual no ha tenido lugar. No obstante, tal apreciación, cuya base fáctica, desde luego, resulta inatacable en esta sede, la decisión de la Audiencia no se puede mantener, pues sus conclusiones se oponen a la doctrina jurisprudencial que ha quedado expuesta. Si bien, es posible reconocer en las circunstancias en que se produjo la cesión los elementos característicos de un préstamo de uso, delimitado precisamente por la asignación del destino de servir de morada familiar y de subvenir de ese modo las necesidades de la familia. Se ha de convenir, empero, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto, que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista, que es la que, en cualquier caso, se da cuando, por cesar la convivencia conyugal, desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida. Y esta situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa demandada del derecho de uso y disfruto de la vivienda en su condición de vivienda familiar, pues, tal y como se ha indicado, semejante declaración jurisdiccional no conforma un derecho nuevo, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario que, pueda oponerse eficazmente a un tercero en la relación y en el

proceso matrimonial que pretende, contando con título jurídico bastante para ello, la recuperación posesoria del inmueble».

La Sentencia de 30 de octubre de 2008[249] vuelve a considerar la situación de precario afirmando que «no se ha apreciado en el caso examinado la concurrencia de un uso concreto y determinado en la vivienda cedida, distinto del propio y genérico de servir de hogar, residencia o domicilio conyugal y familiar. Semejante apreciación, con la valoración que conlleva, debe ser respetada en esta sede y sitúa a la demandada en la posición de precarista, al carecer de título hábil para justificar la posesión del inmueble; título que, en cualquier caso, habría de considerarse desaparecido tras la ruptura de la convivencia conyugal y que no se adquiere a los efectos de enervar el desahucio por precario, por la atribución judicial del uso y disfrute de la vivienda, en la medida en que no modifica aquella situación posesoria, ni como se acaba de decir, es oponible frente a quien es tercero respecto de los cónyuges, y que, por tener título bastante, está legitimado para pedir que se ponga fin a la misma».

Insiste en la misma consideración de precario, por un lado, la Sentencia del 13 de noviembre de 2008[250] que tras citar la doctrina establecida en la Resolución de 2 de octubre de 2008 que «en el caso que se examina, la sentencia recurrida consideró, en esencia, que la relación jurídica que vinculaba a la demandante, titular dominical de la vivienda y la demandada, era la propia del comodato, dicha calificación se basaba en el hecho que la cesión de la vivienda por su dueña se hizo en consideración al matrimonio de su hijo y con el objeto de que él y su esposa establecieran en ella el hogar conyugal y familiar donde iban a residir junto con los hijos habidos en el matrimonio, al que de esa forma se ayudaba económicamente. Ahora bien, semejante circunstancia, que, desde luego, no ha de ser objeto de discusión, no permite por sí sola reconocer a la demandada un título capaz de enervar la acción de desahucio ejercitada en la demanda, pues, con independencia que en ella pueda identificarse el uso concreto y determinado que sirve para calificar la relación jurídica como un préstamo de uso, delimitado precisamente por la asignación del destino de servir de morada familiar y de subvenir de ese modo las necesidades familiares, ha de convenirse, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto, que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista que, es la que, en cualquier caso, se da cuando, por cesar la convivencia conyugal, desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida. Y esta situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa demandada del derecho de uso y disfrute de la vivienda en su condición de vivienda familiar, pues tal y como se ha indicado, semejante declaración jurisdiccional no conforma un derecho nuevo, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario que, pueda oponerse eficazmente frente a un tercero en la relación y en el proceso matrimonial que pretende, contando con título jurídico bastante para ello, la recuperación posesoria del inmueble».

Y, por otro, la Sentencia de 14 de noviembre de 2008[251] al disponer, asimismo, que «la conclusión a la que llega la sentencia recurrida se ajusta al criterio jurisprudencial contenido en la Sentencia de 2 de octubre de 2008 y por ello, debe ser mantenida. El tribunal de instancia no ha tenido por acreditada la concurrencia de las notas definitorias del préstamo de uso: de este modo, en la sentencia recurrida se precisa que, si bien los actores cedieron la vivienda a su hijo para que constituyese su hogar familiar tras el matrimonio, no consta, empero, su voluntad de renunciar a recuperarla mientras constituyese el domicilio de la

familia. En este sentido, falta la presencia de los elementos característicos del comodato, pues no se considera acreditado que la cesión lo fuera por un concreto periodo de tiempo o para un uso específico o determinado, más allá del genérico de servir de morada o residencia; y semejante apreciación, que ha de permanecer incólume en esta sede, conduce a la conclusión que, a falta de prueba de la existencia del contrato, la posesión de la vivienda lo fue a título de precario». Y añade que «aunque, como mera hipótesis, se admitiese la concurrencia de las notas de especificidad, concreción y determinación en el uso de la vivienda cedida, en atención a su destino como hogar familiar y considerando que la cesión del inmueble lo fue para subvenir las necesidades familiares y aunque se apreciase, en consecuencia, en dicha cesión las notas que caracterizan el préstamo de uso, en la medida en que lo hubiese sido para un uso concreto y específico de la cosa, se debe concluir que, una vez rota la convivencia conyugal, la situación jurídica en la que se encontraba la demandada con relación al uso de la vivienda sobre la que versa la acción de desahucio era la correspondiente a una precarista, habiendo desaparecido el uso concreto y específico para el que fue cedida, cuya sobrevenida ausencia determina una situación de precario, caracterizada por la falta del título hábil para mantener la ocupación del inmueble».

En unificación de doctrina jurisprudencial respecto a la naturaleza y efectos del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges al amparo de lo establecido en el artículo 96 del Código Civil la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 14 de enero de 2010[252] manifiesta que «estas situaciones contrastan con aquellas en las cuales los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso, mediante la adjudicación del uso a uno de ellos en aplicación del artículo 96 del Código Civil no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho de precario proporcionaba a los cónyuges. De esto se sigue que el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, aunque se haya atribuido judicialmente el uso a uno de los cónyuges, pues la decisión de poner fin a la situación de precario por parte del propietario de la vivienda no presupone acto alguno de disposición previo por parte del precarista. Este mismas situación se da cuando, existiendo originariamente un comodato (u otro tipo de contrato o derecho que atribuye el uso del inmueble), desaparecen los presupuestos determinantes de la titularidad por parte del cónyuge que la ostentaba y el propietario o titular de la cosa no la reclama, pues entonces la situación de quien la posee es la propia de un precarista. En este punto, la doctrina que se fija en estas sentencias no comporta variación sustancial de la que viene manteniendo esta Sala, con arreglo a la cual la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial».

La Sentencia, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2010[253] ha vuelto a ratificarse en esta línea. Así después de analizar en su *Fundamento Jurídico quinto* las distintas situaciones en la titularidad de la vivienda familiar, por lo que ahora interesa indica que «cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho

de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios. Esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la Sentencia de 26 de diciembre de 2005». Y en su *Fundamento de Derecho séptimo* afirma que «cuando el tercero propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y a favor del usuario de la vivienda, producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al otro cónyuge, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio (SSTS de 26 de diciembre de 2005, de 30 de octubre y 13 y 14 de noviembre de 2008 y 30 de junio de 2009). La regla será, por tanto, que los derechos del propietario a recuperar el local cedido como vivienda depende de la existencia o no de un contrato con el consorte que la ocupa: si se prueba la existencia del contrato, se seguirán sus reglas, mientras que si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el propietario, se trata de un precario y el propietario puede recuperarla en cualquier momento». Aplicando esta doctrina al caso indica que «de acuerdo con el artículo 445 del Código Civil (…) el copropietario tiene derecho a usar la vivienda y puede ceder su derecho para una finalidad concreta, de modo que cuando dicha finalidad desaparece, como ocurre en el caso de crisis matrimonial podrá recuperar la posesión para la comunidad. La posesión tolerada inicial se refería a la totalidad del inmueble ocupado como vivienda y aunque el artículo 445 admite la coposesión en los supuestos de indivisión, no es este el caso que se plantea, porque no se producía una coposesión al no ostentarla Dª Amparo por haberla cedido a su hermano. Del artículo 445 no debe deducirse que, siempre que exista un condominio, se produce una coposesión, sino que se trata de una excepción que justifica la posesión plural sobre una misma cosa. El de la copropiedad es el único supuesto permitido en el Código para el caso en que dos o más personas ostenten la posesión conjunta permitido en el Código para el caso en que dos o más personas ostenten la posesión conjunta sobre una misma cosa, pero ello no excluye la existencia de precario cuando se haya cedido dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor».

Por su parte, la Sentencia de 18 de marzo de 2011[254] incide, nuevamente, en el hecho que la respuesta que debe darse a la denuncia formulada debe tener como guía el criterio establecido por la Sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 2005 y a partir de ella muchas otras que fijan las pautas interpretativas y de aplicación que, sirve para resolver la cuestión por lo demás frecuente, de la procedencia de reclamación del propietario o titular de una vivienda que está siendo usada por un familiar para su utilización como domicilio conyugal o familiar: «A) Se debe analizar cada caso en concreto, pues resulta necesario resolver si ha existido o no un contrato entre las partes, particularmente un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. Si existe un contrato de comodato, los conflictos que pueden surgir en torno al uso, deberá resolverse conforme a las normas reguladoras de ese negocio. Sin embargo, y para el caso que no resulte acreditado, se debe concluir que la situación jurídica analizada es característica de la figura del precario; B) Para el caso que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia. Tal y como indica la Sentencia del Pleno de esta Sala de 18 de enero de 2010, la solución a estos conflictos

debe ser dada desde el punto de vista del derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de Familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges, nada tiene que ver con los terceros propietarios; (…) D) La aplicación de esta doctrina al caso examinado nos lleva a concluir que nos hallamos ante un simple precario. No se discute el derecho de propiedad de la parte actora y frente a su reclamación, la parte demandada funda su oposición al abandono de la vivienda en el hecho que la sentencia declaró que la separación entre ella y su esposo, hijo del demandante, le atribuyó el uso de la vivienda. Sin embargo, el uso que la demandada ha venido dando al inmueble no se justifica por la sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia, sino por la mera tolerancia del nuevo dueño, circunstancia que exige caracterizar esta ocupación como precario».

Asimismo, la Sentencia de 10 de octubre de 2011[255] ante un caso de demandas acumuladas de separación y divorcio presentadas cuando el matrimonio y sus hijas vivían en un piso del que eran propietario en un 67% los padres del marido y en un 33% del propio marido, habiéndose probado que los padres habían cedido al hijo la vivienda en precario declaró: «en relación con el primero de los problemas que surgen en el presente caso, es decir, al hecho probado que la vivienda cuyo uso ha sido atribuido a la hija y a la madre que ejerce la custodia pertenece en propiedad a los padres del marido y al propio marido, debe aplicarse la doctrina formulada por las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010; de 18 de enero de 2010 del Pleno de esta Sala y reiterada en las Sentencias de 18 de marzo de 2011 y 22 de noviembre de 2011, así como las de 30 de junio de 2009; de 22 de octubre de 2009; 14 de julio de 2010, 11 de noviembre de 2010; y, 22 de noviembre de 2010».

La Sentencia de 14 de marzo de 2013[256] tras referirse a la doctrina fijada en la citada Resolución del Pleno de la Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2010, vuelve a reiterar que «la atribución del uso de la vivienda por sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia no puede constituir un título hábil para justificar la posesión que resulta oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión de la vivienda». Además señala que «la sentencia recurrida ha rechazado que exista indicio alguno para considerar que entre la propietaria y la parte recurrente hubiera un contrato de comodato; la Audiencia ha valorado que, aunque el marido de la demandante permitió que sus padres y hermanos vivieran en la casa objeto de litigio hasta el año 2003, fecha en que la actora adquiere en exclusiva la propiedad del inmueble y toleró que continuara el uso de los actuales ocupantes, no se ha acreditado que existiera contrato alguno del que pueda deducirse que la estancia de los recurrentes se sustente en la figura del comodato, sino que entiende que, de la prueba practicada esa posesión consentida suele ser de precario».

En esta línea, la Sentencia de 28 de abril de 2016[257] en la que se manifiesta que «es pacífico en la doctrina que la cesión del uso de la vivienda que los padres de Don Casiano hicieron para que se estableciese en ella el domicilio conyugal de su hijo y doña Mirian fue una cesión en precario. Además la relación de precario no se modificó por el hecho que Don Casiano viniera a ser con su hermana, coheredero de su padre y copropietario de la vivienda con una cuota

del 16,66% en pleno dominio y el 8,33% en nuda propiedad. Habría comenzado siendo una relación de precario también si Don Casiano hubiera sido titular de dichas cuotas en el momento en que él y Doña Miriam establecieron en la vivienda su domicilio conyugal».

En fin, en este *excusus* jurisprudencial recientemente se ha vuelto a pronunciar el Alto Tribunal en Sentencia de 3 de noviembre de 2021[258] que, asimismo, señala que «conforme a una jurisprudencia consolidada de esta Sala cuando un tercero (frecuentemente en la práctica los padres de uno de los miembros de la pareja, casada o no) cede gratuitamente el uso de una vivienda para que sirva a su uso genérico de vivienda, para cubrir la necesidad de alojamiento de esa unidad familiar, sin fijar un plazo determinado, ni un uso específico al que deba destinarse, no hay comodato (art. 1750 CC), sino precario, lo que permite recuperar la vivienda cuando cesa el único título que justificaba la posesión de sus ocupantes, esto es, la voluntad de quien cedió el uso (art. 250.1.2.º de la LEC)». En cualquier caso, añade que «la situación de precario no cambia por la atribución judicial del uso de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja en caso de crisis matrimonial».

En este contexto, entiende que los precaristas son poseedores de mala fe y en relación a la liquidación del estado posesorio[259], conforme establece el artículo 453 del Código Civil son gastos necesarios los que «responden a devengos indispensables y por ello impuestos e imprescindibles y son exigidos para la conservación de la finca, de forma tal que de no haberlos hecho el bien habría dejado de existir o desmerecido notablemente; y los gastos útiles son «los que responden a las mejoras introducidas en la finca poseída, que incrementa su producción o su rendimiento con repercusión consecuente de su mayor valor en venta».

Pues bien, corresponde a todo poseedor sin distinguir que lo sea de buena o mala fe, el resarcimiento de los gastos necesarios, como explica la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 2002[260]. Ello radica, para nuestro Alto Tribunal en que, esos desembolsos los hubiera tenido que hacer en cualquier caso quien resulte vencedor en la posesión discutida pare evitar la pérdida o el notable desmerecimiento de la finca; por lo que su reembolso tiende a evitar situaciones de enriquecimiento injusto, lo que no ocurre en el caso de los gastos útiles aunque incrementen el valor de la cosa. Por otra parte, en las situaciones de precario, la falta de título suficiente y buena fe determina que, no existe ni derecho de reembolso de los gastos útiles ni del derecho de retención que caracteriza su efectividad en este supuesto como con los gastos necesarios[261]. Respecto de los gastos suntuarios o de puro lujo o mero recreo no son reembolsables al poseedor de la cosa, sea de buena fe o no[262]. Por lo que, concluye la citada sentencia que, en el presente caso, la construcción de una piscina y de un garaje —obras realizadas durante el tiempo de tenencia de la finca por los cónyuges antes del divorcio—, no son gastos útiles reembolsables al precarista.

Efectivamente, el poseedor de mala fe (precarista) tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios, incluyendo en ellos la mayoría de la doctrina los gastos de producción de los frutos[263], sin derecho de retención; no así el abono de los gastos útiles.

Ahora bien, esta doctrina de entender que en estos supuestos estamos ante la situación de precario y no de un contrato de comodato se aplica también: 1. A los supuestos de crisis de uniones extramatrimoniales, donde se atribuye el uso de la vivienda, precisamente, al conviviente con que no tienen relación de parentesco los titulares del inmueble[264]; 2. Al supuesto de fallecimiento de la propietaria de la vivienda y los hijos (herederos) ejercitan una acción de desahucio

contra el cónyuge supérstite[265]; y, 3. A las situaciones de comunidad de bienes y comunidades hereditarias cuando se utiliza el inmueble por uno solo de los partícipes en la comunidad, que excluya el uso de los demás. Al respecto, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de febrero y 8 de mayo de 2008 declaran que «si algún heredero, hace uso exclusivo de algún bien, al no tener que ampare su posesión se coloca como precarista siendo viable la acción ejercitada, más esa concepción en modo alguno puede comportar la inexistencia del derecho a coposeer como lógica emanación del derecho de propiedad, no encontrándonos, ante una posesión sin título, sino ante un posible abuso en el ejercicio del derecho, exceso que queda determinado por el uso en exclusiva de un concreto bien, necesariamente comporta el implícito derecho a poseer en cuestión por parte de los coherederos»[266].

Sobre tales bases, se ha consolidado en la jurisprudencia y la doctrina la consideración de precario en estos casos[267]. Al respecto, se indica: 1. Para resolver los conflictos como el ahora planteado, se ha de analizar cada caso concreto para verificar su ha existido o no un contrato entre las partes y, particularmente, un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. En tal caso, se deberán aplicar las normas reguladoras de este negocio jurídico; 2. Para que se califique la cesión de una vivienda a un hijo a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado que, ciertamente puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso específico y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino y que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes. Por lo que, es preciso que aparezcan con claridad las notas caracterizadoras del préstamo de uso; y además los hechos reveladores que, el uso para el que se cede la casa se encuentra definido por encima del que es propio de la cosa genérica o incluso, específicamente considerada, lo que no impide que, puedan inferirse de las circunstancias fácticas del caso; 3. La duración del contrato de comodato puede venir fijada de las siguientes formas: a. Por virtud de pacto expreso: las partes convienen un plazo determinado y objetivamente determinable sin necesidad de nuevo acuerdo entre ellas y en aplicación de criterios distintos del uso convenido —pudiendo incluirse aquí, también la hipótesis en la que aunque la duración no haya sido objeto de una determinación expresa, se puede llegar a descubrir la misma por vía de interpretación, aplicando los criterios hermenéuticos generales recogidos en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil—; b. Porque el plazo derive o se deduzca en función de un uso que se convino de forma concreta; c. Porque el uso permitido al comodatario —y consecuentemente la duración del contrato— resulte de «la costumbre de la tierra». Se debe entender en la forma que en muchas ocasiones la menciona el Código Civil (con esa palabra o con la de «usos», por ejemplo, en los artículos 570, 571, 590, 1496, 1599, etc.), esto es, dentro de los doctrinalmente llamados «usos jurídicos» o «usos sociales con trascendencia jurídica» hoy equiparables a la costumbre propiamente dicha en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.3 del citado cuerpo legal; d. Porque se haya pactado o convenido que el plazo quede a voluntad del comodatario. En cuyo caso, habrá de aplicarse lo establecido en el párrafo 2 del artículo 1128 del Código Civil y el plazo habrá de ser fijado por los tribunales; 4. En el supuesto

que no resulte acreditada la existencia de esta relación jurídica, se debe concluir que estamos ante la figura del precario, lo que conlleva que el propietario o titular del inmueble podrán, en cualquier momento, reclamar su posesión; 5. El uso de una vivienda para vivir en ella una familia aunque suponga un destino genérico, no puede implicar para los propietarios una cesión vitalicia o indefinida y gratuita, sin posibilidad alguna de recuperación, partiendo de la temporalidad propia del comodato (art. 1740 CC); 6. Aun cuando se admitiese la existencia de un acuerdo o pacto entre las partes sobre la cesión del uso del inmueble durante cierto tiempo o para un uso determinado con obligación de restitución, trascurrido aquel periodo de tiempo o concluido el uso para el que se prestó, el comodato se convierte en precario al romperse la unidad del grupo familiar al que se cedió la vivienda por los propietarios; de forma que, estos pueden recuperarla; 7. De no operar así, supondría que no se podría recuperar la vivienda hasta que finalizase el uso atribuido en virtud de sentencia en un proceso matrimonial o crisis de pareja; 8. Por otra parte, se considera que cuando desaparece el uso concreto y determinado al que se ha destinado la cosa —lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal o de pareja— y el propietario o titular de la cosa no la reclama, la situación de quien la posee es la propia de un precarista; 9. Que el título que posibilitó al hijo/a el uso de la vivienda constante matrimonio o relación de pareja perteneciente a sus padres tiene naturaleza de comodato, tras la crisis matrimonial o de pareja, el cónyuge o pareja de hecho no se subroga en la relación contractual por el hecho de habérsele atribuido el uso de la vivienda en sentencia dictada en un pleito de separación o divorcio. La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez, rota la convivencia con independencia de la atribución del uso y disfrute de la vivienda por resolución judicial de separación o divorcio, pues, esta no representa título hábil de opción frente a terceros ajenos a las relaciones entre cónyuges. 10. El derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar atribuido por resolución judicial de separación o divorcio a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, más no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, al no ser partes, ni pueden serlo en el procedimiento matrimonial. Además, no puede generar por sí mismo un derecho antes inexistente, ni permite reconocer a quienes ocupan la vivienda en precario una posición jurídica y protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, ya que ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego dignas de protección con cargo a terceros extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda. Asimismo, se ha de manifestar que, operar de otra manera desincentivaría las cesiones del uso de la vivienda a los familiares y parientes; 11. La decisión judicial no altera el título posesorio, ni lo transforma, por lo que la atribución del uso como medida judicial definitiva no crea un derecho frente a terceros y no puede afectar a los intereses; a lo que haya que añadir que, la sentencia o el auto dictado en un proceso matrimonial pone fin al mismo, y no puede afectar a quienes no han sido parte —como los terceros que han cedido la vivienda de su propiedad—; 12. Con independencia que inicialmente pueda identificarse el uso concreto y determinado que sirve para calificar la relación jurídica como préstamo de uso, ha de convenirse que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la conviven-

cia conyugal; y, 13. En fin, la solución de estos conflictos debe resolverse a través de las normas sobre propiedad y no mediante las normas del Derecho de familia, pues, las consecuencias del divorcio o separación de los cónyuges o de la crisis de pareja nada tiene que ver con los terceros propietarios del bien.

Pese a esa tendencia mayoritaria, no faltan resoluciones que, entienden que estamos ante una situación de comodato tanto antes como después de la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no pariente de los terceros propietarios del bien en sentencia de separación o divorcio destacando que: 1. En estos supuestos la cesión de la vivienda lo es para un uso preciso y determinado al servir de vivienda familiar (arts. 1749 y 1750 CC); 2. Dicho uso no concluye por el mero hecho de la separación o el divorcio y que se atribuya dicho uso al cónyuge no familiar de los titulares de la vivienda o del que tengan un derecho sobre ella, pues, la resolución judicial no varía el fin de la vivienda familiar como es la de servir de hogar a la familia; y, 3. No constando un plazo de duración de la cesión, pero si un uso específico de hogar familiar del matrimonio que, se mantiene aun teniendo lugar la crisis matrimonial o la de pareja, los propietarios únicamente pueden reclamar la vivienda en caso de urgente necesidad[268].

Ahora bien, nos parece oportuno señalar que, desde un punto de vista procesal, en base a la regulación existente en la LEC de 1881 se alegaba por la parte demandada la inadecuación del procedimiento de desahucio por precario y la remisión a un juicio declarativo ordinario, o incluso a la apreciación de oficio. Además de no resolverse la cuestión por el juzgador en base a las denominadas «cuestiones complejas», esto es, debido a la complejidad del procedimiento[269]. No obstante, conforme a la nueva regulación de la LEC 1/2000 ya no es posible que prospere tal alegación, en la medida en que el juicio de desahucio es un juicio verbal que, no tiene la consideración de juicio sumario y teniendo la sentencia que recaiga en este procedimiento eficacia de cosa juzgada (art. 447.2 de la LEC)[270].

Por otra parte, no faltan ocasiones en que el titular del derecho de uso alega vulneración de la buena fe, abuso del derecho, ir contra los propios actos[271], o incluso, fraude de ley que, no prosperan en la mayoría de las ocasiones[272], aunque en otras excepcionalmente sí[273].

En fin, cabe alegar, por un lado, como hace acertadamente ORDÁS ALONSO el carácter *intuiti persone* del contrato, bien se trate de un precario o de comodato, pues, «la cesión gratuita de la vivienda tiene carácter personalísimo, efectuada en razón de la relación familiar que une a los cedentes con su hijo y solo con él, en ocasiones hermano; de manera que la salida de este del inmueble extingue el contrato. Solo así cabe entender ese tránsito de la existencia de un comodato a un precario al que alude el Tribunal Supremo, seguido de la jurisprudencia menor, en alguna de sus sentencias. Una vez convertido en precario, este puede terminar en cualquier momento que el cedente reclame la extinción del uso»[274]; y por otro, que es posible atribuir el uso de una vivienda distinta a la familiar cuando esta se disfruta en precario, como así lo ha llevado a cabo nuestro Alto Tribunal en alguna ocasión[275].

En este contexto, nos parece oportuno finalizar la materia y el presente estudio, destacando que, diferente del precario es la situación de la ocupación ilegal de viviendas que, tras la modificación de la LEC por la Ley 5/2018, de 11 de junio de se ha articulado un cauce procesal que, permite la inmediata recuperación de la plena posesión de la vivienda o parte de ella incluso frente a los desconocidos ocupantes (art. 250.1.4.º). Todo ello sin perjuicio de la tipificación penal de dicha ocupación ilegal como delito de usurpación.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 30 de noviembre de 1964.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de octubre de 1986.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de mayo de 1989.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de mayo de 1990.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de diciembre de 1992.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de junio de 1993.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de febrero de 2000.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de diciembre de 2005.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de octubre de 2008.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de noviembre de 2008.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de abril de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de enero de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de enero de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de febrero de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de octubre de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 11 de junio de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de marzo de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de febrero de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de octubre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de noviembre de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de febrero de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de abril de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de marzo de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de octubre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de febrero de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 16 de octubre de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 11 de diciembre de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 16 de enero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de junio de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de julio de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de diciembre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 24 de mayo de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de junio de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de julio de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 4 de octubre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de noviembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de diciembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de diciembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de enero de 2022.
- RDGRN, 6 de julio de 2007.
- RDGRN, 14 de mayo de 2009.
- RDGRN, 10 de octubre de 2008.
- SAP de Cádiz, secc. 7.ª, 4 de marzo de 2002.
- SAP de Valencia, secc. 7.ª, 28 de marzo de 2003.
- SAP de Las Palmas, secc. 4.ª, 5 de octubre de 2004.
- SAP de Huesca, secc. 1.ª, 21 de enero de 2008.
- SAP de Ciudad Real, secc. 1.ª, 22 de junio de 2011.
- SAP de Sevilla, secc. 8.ª, 14 de junio de 2012.

- SAP de Alicante, secc. 9.ª, 18 de septiembre de 2012.
- SAP de Madrid, secc. 1.ª, 22 de marzo de 2013.
- SAP de Jaén, secc. 1.ª, 7 de mayo de 2014.
- SAP de Murcia, secc. 4.ª, 1 de abril de 2015.
- SAP de Asturias, secc. 4.ª, 20 de enero de 2016.
- SAP de Navarra, secc. 3.ª, 5 de febrero de 2016.
- SAP de Barcelona, secc. 13.ª, 30 de marzo de 2017.
- SAP de Valencia, secc. 1.ª, 25 de noviembre de 2020.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones*, decimocuarta edición, Madrid: Edisofer.

BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario a los artículos 1741 a 1752 del Código Civil. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid: Lex Nova.

BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario a los artículos 1741 a 1742 y 1749 a 1752 del Código Civil. En: J. Orduña Moreno, J. Plaza Penadés y L. M. Martínez Velencoso (coords.), *Código Civil comentado, vol. IV*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1988). Protección legal de la vivienda familiar, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* septiembre-octubre, núm. 588, 1583-1626.

CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año LXIII,* julio-agosto, núm. 581, 1431-1462.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012). Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿Siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el artículo 96 CC?, Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* núm. 28, enero-junio, 585-608.

CERVILLA GARZÓN, Mª.D. (2005). *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid: Marcial Pons.

CHAPARRO MATAMOROS, P. (2019). Naturaleza y efectos jurídicos del derecho de uso de la vivienda familiar en España, *Revista de Derecho Patrimonial,* septiembre-diciembre, 1-26 (versión digital).

COSTAS RODAL, L. (2020). Comodato. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Tratado de contratos*, *T. I,* Valencia: Tirant lo Blanch.

CUADRADO PÉREZ, C. (2012). Cesión gratuita de viviendas y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 734, 3149-3193.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993). Comentario a los artículos 1741 a 1752 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez; R. Bercovitz Rodríguez Cano, L. Díez-Picazo y Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentarios del Código Civil*, T. II, Madrid: Ministerio de Justicia.

DE COSSÍO Y MARTÍNEZ, M. (1997). *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, Madrid: McGraw Hill.

DE LA PUENTE ALFARO, F. (2006). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución, *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario,* año LXXXII, número 698, noviembre-diciembre, 2359-2380.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G. (2015). El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias española e italiana, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 752, noviembre-diciembre, 3387-3466.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2013). El préstamo. En. J.R. De Verda y Beamonte (coord.), *Derecho Civil II*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (T. 2), undécima edición, Madrid: Tecnos.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, C. (2020). Sobre el comodato o préstamos de uso, *Revista Boliviana de Derecho,* número 29, enero, 54-97.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2021). Comentario al artículo 96.3 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, vol. III*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, Pamplona: Aranzadi.

ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C., La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia, *Revista Aranzadi Civil,* número 2, 1997, 79-98.

GARCÍA CANTERO, G. (1986). Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales,* Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.

GARCÍA PÉREZ, R. Mª. (2021). El contrato de préstamo. En: Fco. J. Sánchez Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil II Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, 11.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

GARCÍA-MAURIÑO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V. (1994). Atribución del uso de la vivienda familiar y actio communi dividundo, *Actualidad Civil,* núm. 5, 31 de enero-6 de febrero, 75-96.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2021). Comentario al artículo 96 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, vol. III*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

GÓMEZ LINACERO, A. (2021). Precario y comodato; diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida, *Actualidad Civil,* núm. 2, 1 de febrero, 1-38.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2008). La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el registro de la propiedad, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario,* núm. 710, 2158-2524.

— (2013). La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario,* número 737, mayo-junio, 1893-1912.

HERRERO GARCÍA, Mª.J. (1991). Comentario al artículo 1320 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. II, Madrid: Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4.ª edición revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Dykinson

— (2013). *Elementos de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones, vol. II Contratos y cuasicontrato. Delito y cuasi delito*, 5.ª edición revisada y puesta al día por Fco. Rivero Hernández, Madrid: Dykinson.

LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario a los artículos 1741 a 1752 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

LUQUE JIMÉNEZ, Mª. del C. (2012). *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial,* Madrid: Colegio Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

MARÍN LÓPEZ, M.J. (2009). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2008, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 80, 677-694.

MARÍN PÉREZ, P. (1987). Comentario a los artículos 1741 a 1752 del Código Civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XXII.1.º,* Madrid: Edersa.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales. En: C, Martínez De Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil,* vol. IV Derecho de Familia, 3.ª ed, Madrid: Colex.

— (2020). El préstamo y los contratos de financiación. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. II Derecho de Obligaciones, vol. II Contratos y responsabilidad civil*, 5.ª ed., Madrid: Edisofer.

MARTÍN MELÉNDEZ, MªT. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 CC),* Navarra: Thomson Civitas.

MANZANO FERNÁNDEZ, Mª. del M. (1999). *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Madrid: Centro de Estudios Registrales.

ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Madrid: La Ley.

ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J.A. (1986). Constitución y vivienda familiar, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales,* Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.

PARRA LUCÁN, M. Á. (2013). Comentario a los artículos 1741 a 1752 del Código Civil. En: R. Bercovtiz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. VIII*, Valencia: Tirant lo Blanch.

PARRA LUCÁN, M.ªÁ. y MARTÍN FERNÁNDEZ, J. (2014). El contrato de comodato. El precario. En: M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Contratos*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

PÉREZ MARTÍN, A.J. (2011). La vivienda familiar, *Tratado de Derecho de Familia. Procedimiento Contencioso: separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos,* 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova.

PRETEL SERRANO, J.J. (2017). Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la práctica profesional, En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familia*r, Madrid: Reus

SALAZAR BORT, S. (2001). *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Pamplona: Aranzadi.

SERRANO ALONSO, E. (1986). La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho sucesorio, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales,* Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.

SERRANO GÓMEZ, E. (1999). *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid: Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica.

TAMAYO CARMONA, J.A. (2003). *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición,* Navarra: Thomson-Aranzadi.

— (2016). Comentario a los artículos 1743 a 1748 del Código Civil. En: J. Orduña Moreno, J. Plaza Penadés, y L.M. Martínez Velencoso (coords.), *Código Civil comentado, vol. IV*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.

TRUJILLO DÍEZ, I.J. (2001). Comentario a los artículos 1741 a 1752 del Código Civil. En: R. Bercovtiz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra: Aranzadi.

VIRGADAMO, P. (2015). Il comodato casa familiare in italia: un rapporto precario, *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 3 bis, noviembre, 397-416.

NOTAS

[1] SERRANO ALONSO, E. (1986). La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho sucesorio, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales,* Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 87 y 90; DE COSSÍO Y MARTÍNEZ, M. (1997). *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, Madrid: McGraw Hill, 39-40; GARCÍA CANTERO, G. (1986). Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales,* Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 70-71; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1988). Protección legal de la vivienda familiar, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* septiembre-octubre, núm. 588, 1586-1587; SERRANO GÓMEZ, E. (1999). *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid: Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica, 11-12.

Vid., asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 *(RJ* 1994, 1030), que estima que es «un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asiente, quien quiera que sea el propietario»; las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 *(AC* 1993, 1050); de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de septiembre de 1996 *(AC* 1996, 1537); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 8 de septiembre de 1997 *(AC* 1997, 1914); de la misma Audiencia y sección, de 23 de abril de 1998 *(AC* 1998, 4537); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, de 2 de marzo de 1999 *(AC* 1999, 4917); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 21 de noviembre de 2000 *(JUR* 2001, 62709); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 25 de septiembre de 2003 *(JUR* 2004, 25749); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, de 24 de noviembre de 2003 *(JUR* 2003, 277780) también califican la vivienda familiar como un bien familiar no patrimonial, adscrito al servicio del grupo familiar o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario.

[2] ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J.A. (1986). Constitución y vivienda familiar, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales,* Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 49.

[3] ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, Pamplona: Aranzadi, 46 y 194.

[4] HERRERO GARCÍA, Mª.J. (1991). Comentario al artículo 1320 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. II, Madrid: Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia*,* 588.

Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales. En: C, Martínez De Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil,* vol. IV Derecho de Familia, 3.ª ed, Madrid: Colex, 204, entiende por vivienda habitual «el lugar habitable en que se desarrolla actualmente y con habitualidad, la convivencia familiar».

[5] *RJ* 1996, 9020. Para las Sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.ª, de 30 de diciembre de 1995 *(AC* 1995, 2306) 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, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, de 28 de septiembre de 2007 *(JUR* 2007, 353384) señala que «la vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja, y, en su caso, por sus descendientes más próximos (hijos), y que a su vez constituye el núcleo básico de la convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener diferente forma (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc.), puede situarse en el ámbito rural o urbano, y puede incluso ser compartido con otras personas (parientes o no), o familias, pero lo que le caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cuál es su intimidad personal y familiar».

[6] LACRUZ BERDEJO, J.L. (1986). Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo. En: P.J. Viladrich (coord.), *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales,* Pamplona: Universidad de Navarra, 28.

[7] ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, *op. cit*., 187.

[8] RAMS ALBESA, J. (1987). *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid: Tecnos, 99.

[9] GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C. (1984). Comentario al artículo 70 del Código Civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, vol. 1.º,* Madrid: Tecnos, 349.

[10] LASARTE ÁLVAREZ C. (2021). *Principios de Derecho Civil VI Derecho de familia*, decimonovena edición, Madrid, Marcial Pons, 66.

[11] ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, *op. cit*., 214. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 27 de noviembre de 1993 *(AC* 1993, 2235).

[12] HERRERO GARCÍA, M.ª J. (1991). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit*., 588.

[13] CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año LXIII, julio-agosto, núm. 581, 1436.

[14] TAMAYO CARMONA, J.A. (2003). *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición,* Navarra: Thomson-Aranzadi, 34; ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA J.A. (1986). Constitución y vivienda familiar, *op. cit.,* 46-47.

[15] LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4.ª edición revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 128 precisa que, por familia ha de entenderse aquí, incluso el matrimonio sin hijos. No, en cambio, el viudo con hijos.

[16] *Vid.*, ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, *op. cit*., 45 y 226; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. III*, Navarra: Aranzadi, 291; ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C. (1997). La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia, *Revista Aranzadi Civil,* número 2, 81; por su parte, CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.*, 1439-1440 *nota* 20 «considera conveniente otorgar protección semejante a la del artículo 1320 del Código Civil a las uniones de hecho estables, pero desde luego considera fuera de dudas que deberá hacerse a través de preceptos específicos reguladores de las mismas, sin que quepa la aplicación análoga de una norma matrimonial». Asimismo, *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 4 de abril de 1997 *(RJ* 1997, 2731); de 12 de septiembre de 2005 *(RJ* 2005, 7148); de 27 de marzo de 2008 *(RJ* 2008, 4062); de 30 de octubre de 2008 *(RJ* 2009, 404); y, de 6 de octubre de 2011 *(RJ* 2011, 6708) en la que se niega que la unión de hecho sea semejante a la matrimonial, y que, por ello, le sean aplicable por analogía los artículos 96 y siguientes del Código Civil para el caso de ruptura de pareja. Niega, en particular que, el artículo 96 resulte aplicable como pretensión del *ex* miembro de la pareja no titular del inmueble para permanecer en él tras la crisis de la convivencia, entendiendo que la permanencia en aquel inmueble debe considerarse en precario, y por tanto, desahuciable.

[17] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012). Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿Siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el artícu-

lo 96 del Código Civil?, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 28, enero-junio*, 607; y, *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996 *(RJ* 1996, 9020); de 1 de abril de 2011 *(RJ* 2011, 3139); de 31 de mayo de 2012 (LA LEY 72585, 2012); y, de 16 de enero de 2015 *(RJ* 2015, 355); la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 8 de noviembre de 2006 *(RJ* 2007, 1666); el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 1 de marzo de 1999 *(AC* 1999, 4354); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 8 de marzo de 2001 *(AC* 2001, 785); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 3 de mayo de 2016 *(JUR* 2016, 105791).

[18] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 12 de septiembre de 2005 *(RJ* 2005, 7148); y, de 30 de octubre de 2008 *(RJ* 2009, 404).

Por su parte, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de julio de 2001 *(RJ* 2001, 4993); y, de 16 de julio de 2002 *(RJ* 2002, 6246) aplican también por *analogía legis* el artículo 97 del Código Civil sobre pensión compensatoria.

[19] *Vid.*, las Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de marzo de 2001 *(RJ* 2001, 4770); de 12 de septiembre de 2005 *(RJ* 2005, 7148); de 8 de mayo de 2008 *(RJ* 2008, 3345); y, de 30 de octubre de 2008 *(RJ* 2009, 404). Asimismo, *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 19.ª, de 24 de abril de 1998 *(AC* 1998, 5078).

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1998 *(RJ* 1998, 1272) descarta el recurso a la *analogía legis* del artículo 96 del Código Civil para un caso de ruptura de parejas de hecho sin hijos comunes. Si bien, señala que, hay una laguna legal que colmar, y, en lugar de a la analogía, recurre al sistema de fuentes, en concreto a la función integradora de los principios generales del derecho para así atribuir el uso de la vivienda con fundamento en el principio de protección del conviviente injustamente perjudicado por la situación de hecho.

[20] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 10 de septiembre de 2007 *(JUR* 2008, 51364).

[21] MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.ª (1991). Comentario al artículo 400 del Código Civil, *Comentarios del Código Civil,* dirigidos por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luís Díez-Picazo Ponce de León, y Pablo Salvador Coderch, *T. I,* Madrid: Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 1103.

[22] La Resolución de la DGRN de 1 de febrero de 2017 (BOE, núm. 45, 22 de febrero de 2017, 12442-12447) dispone que, cuando la cuota tiene carácter ganancial ha de aplicarse el régimen de cogestión propio de los bienes gananciales. Esto significa que con arreglo a los artículos 1377 y 1378 del Código Civil para que pueda ser inscrito el decreto de adjudicación derivado de la ejecución de una sentencia dictada en un procedimiento de división de la comunidad será imprescindible que se dé alguna de las siguientes circunstancias: «1. Que la demanda por la que se ejercita la acción de división haya sido interpuesta por los dos cónyuges; 2. Que, habiendo sido presentada dicha demanda solo por uno de los esposos, el otro figure entre los demandados; o, 3. Que el cónyuge que no ha intervenido en el procedimiento preste su consentimiento en documento público al acto por el que se materialice la división de la cosa común».

[23] *Vid.*, entre otros, CHAPARRO MATAMOROS, P. (2019). Naturaleza y efectos jurídicos del derecho de uso de la vivienda familiar en España, *Revista de Derecho Patrimonial,* septiembre-diciembre, 6 (versión digital); DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G. (2015). El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias española e italiana, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 752, noviembre-diciembre, 3424.

[24] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de diciembre de 1992 *(RJ* 1992, 10684); de 14 de julio de 1994 *(RJ* 1994, 6439); de 16 de diciembre de 1995 *(RJ* 1995, 9144); de 3 de mayo de 1999 *(RJ* 1999, 3428); de 26 de junio de 2007 *(RJ* 2007, 3448); de 3 de diciembre de 2008 *(RJ* 2009, 524); de 1 de abril de 2011 (LA LEY 14453, 2011), y, de 1 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 4787); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de mayo de 1993 *(AC* 1993, 1181); de la Audiencia Provincial de Almería, de 29 de junio de 1994 *(AC* 1994, 1090); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª,

de 29 de abril de 1998 *(AC* 1998, 4472); de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, de 4 de febrero de 2000 *(AC* 2000, 163); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.ª, de 10 de abril de 2000 *(AC* 2000, 1770); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, de 8 de mayo de 2000 *(AC* 2000, 1164); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 13 de octubre de 2000 *(JUR* 2001, 89); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 23 de septiembre de 2002 *(AC* 2003, 114); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.ª, de 21 de diciembre de 2006 *(JUR* 2007, 139318); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 14.ª, de 26 de marzo de 2012 *(JUR* 2012, 148901); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.ª, de 29 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 52809); y, el auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.ª, de 2 de febrero de 2011 *(AC* 2011, 819).

[25] *RJ* 2010, 2323.

[26] *RJ* 2010, 1274.

[27] *RJ* 2012, 3383. Asimismo, *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de marzo de 2021 (Roj. STS 1108/2021; ECLI:ES:TS:2021:1108); y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.ª, de 20 de noviembre de 2020 *(JUR* 2021, 29482).

[28] DÍAZ MARTÍNEZ A. (1998). Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales, *Actualidad Civil*, 384, señala que, salvo que existan pactos de indivisión entre los cónyuges titulares del inmueble habrá que estimar la acción de división, sin perjuicio de que subsista el derecho de uso; de tal manera que, los terceros adquirentes, independientemente de cómo califiquen la ocupación tienen que soportarlo, mientras se mantengan las circunstancias que lo originaron; en este sentido, ROBLEDO VILLAR A. (1995) La *actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial*, La Ley 1995-4*, 985.

[29] ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, *op. cit.* , 509; GARCÍA-MAURIÑO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V. (1994). Atribución del uso de la vivienda familiar y «actio communi dividundo», *Actualidad Civil,* núm. 5, 31 de enero-6 de febrero, 84; CUENA CASAS M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit*., 361.

[30] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2010 *(RJ* 2010, 6031); y, de 24 de marzo de 2011 *(RJ* 2011, 3007).

[31] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 19 de diciembre de 2000 *(AC* 2001, 6); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.ª, de 18 de febrero de 2002 *(JUR* 2002, 115579).

[32] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 4.ª, de 21 de octubre de 2005 *(JUR* 2005, 252353).

[33] ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes, op. cit.,* 543; de la misma autora (2019). El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar: un halo de esperanza, Diario *La Ley,* núm. 9332, sección Doctrina, 8 de enero, 2. *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 3 de febrero de 2014 *(RJ* 2014, 1568); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 2 de septiembre de 2002 *(JUR* 2002, 271492) ha perdido el carácter familiar por habitar una nueva familia, diferente a la originaria, al haberse casado la demandada, estableciendo en la vivienda litigiosa su domicilio conyugal, acordándose ante esta situación que el derecho de uso subsista hasta que se proceda a la división o venta de la vivienda; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 7.ª, de 16 de septiembre de 2002 *(JUR* 2002, 281274); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 30 de abril de 2004 *(JUR* 2004, 296197); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 4 de noviembre de 2005 *(JUR* 2006, 15978); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1.ª, de 19 de marzo de 2007 *(AC* 2007, 505); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, de 9 de diciembre de 2009 *(JUR* 2010, 34610); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 12 de junio de 2018 *(JUR* 2018, 223603).

Por el contrario, se entiende que no procede la supresión, sin disponer ningún otro efecto, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, de 22 de diciembre de 1995 *(AC* 1995, 2449); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 7 de junio de 2013 *(JUR* 2013, 264269); y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, 4 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 63874).

[34] CUENA CASAS, M. (2014). Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario, *Revista de Derecho Civil,* vol. I, núm. 2, abril-junio, 33-34; ELORRIAGA BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar, op. cit.,* 564; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G. (2012). El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas españolas e italiana, *op. cit.*, 3410-3411. *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, de 28 de noviembre de 1995 *(AC* 1995, 2219); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 21 de junio de 1999 *(JUR* 1999, 272220); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 3 de marzo de 2003 *(JUR* 2003, 196943); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 31 de mayo de 2007 *(JUR* 2007, 312681); y, de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, secc. 4.ª, de 17 de octubre de 2018 (LA LEY 170320, 2018) los cónyuges pactaron una utilización de la vivienda familiar al 50% por ser susceptible de división física. El padre solicita una nueva distribución de los elementos del domicilio, alegando que la madre ha rehecho su vida con otra pareja en cuyo domicilio convive. Sin embargo, la Audiencia desestima esta pretensión y acuerda mantener lo acordado por falta de prueba de la convivencia de la madre con su nueva pareja, y además señala que «no puede hacerse depender la necesidad de vivienda del hijo menor de la estabilidad sentimental de la madre con la nueva pareja, ello en el supuesto en que se hubiese demostrado que conviven los tres en otra vivienda distinta a la familiar».

[35] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 4 de abril de 2016 *(JUR* 2016, 131580).

[36] *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 16 de julio de 2002 *(JUR* 2002, 227646).

[37] En el mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de octubre de 2019 *(RJ* 2019, 4495); y, de 23 de septiembre de 2020 *(RJ* 2020, 3531). Adoptando esta doctrina *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, de 15 de enero de 2018 *(JUR* 2018, 64717) que, es objeto del actual recurso de casación y obviando la posición fijada en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 3, de Valladolid, de 14 de abril de 2017, objeto de recurso de apelación, en el que se mantuvo el uso y disfrute de la vivienda familiar pese a la convivencia marital del cónyuge usuario con un tercero; y, sin embargo, se acordó modificar el importe de la pensión alimenticia reduciendo los 500 euros mensuales que estipuló la sentencia de divorcio en 400 euros mensuales —doscientos por cada hijo—. Se opta en lugar de por la extinción del uso, por reducir la pensión alimenticia.

[38] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de octubre de 2008 *(RJ* 2008, 6923); de 28 de abril de 2016 *(RJ* 2016, 2216); y, de 6 de febrero de 2018 *(RJ* 2018, 352) acción de división de la cosa común ejercitada por el padre a la que se allanó la madre adjudicándosela aquel en subasta pública. Estamos ante una situación de precario en la que no cabe oponer el derecho de uso al adquirente o adjudicatario de la vivienda enajenada en pública subasta, con independencia que este sea un tercero ajeno al núcleo familiar o la pareja de hecho y copropietario del bien, al haber consentimiento expreso en el convenio de cesación del uso con la venta de la vivienda. Interés del menor protegido al fijarse ese plazo para el uso y contar, además, la madre con otra vivienda de su propiedad. Asimismo, *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, de 18 de septiembre de 2012 *(JUR* 2012, 368684).

[39] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2010 *(RJ* 2010, 1274); y, de 11 de noviembre de 2010 *(RJ* 2010, 8048).

[40] DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2021). Comentario al artículo 96.3 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, vol. III*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 159.

[41] PRETEL SERRANO, J.J. (2017). Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la práctica profesional, En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Reus, 45.

[42] ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Madrid: La Ley, 43-44.

Por su parte, CHAPARRO MATAMOROS, P. (2019). Naturaleza y efectos jurídicos del derecho de uso de la vivienda familiar en España, *op. cit.*, 2 (versión digital) indica, al respecto, que «la configuración alternativa como un derecho real se explica teniendo en cuenta que el derecho de uso de la vivienda familiar es un derecho dependiente del derecho primitivo de ocupación que se ostenta, de forma que, en ningún caso, puede tener aquel facultades mayores que las que otorgan a este».

[43] MANZANO FERNÁNDEZ, M.ª del M. (1999). *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 166; LACRUZ BERDEJO J.L. *et al.* (2005). *Elementos de Derecho Civil*, *T. IV Familia*, 2.ª edición, revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 102; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2008). La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 710*, 2522. Asimismo, *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992. Por su parte, LUNA SERRANO, A. (1982). *El nuevo régimen de la familia. Matrimonio y divorcio*, Madrid: Civitas, 358 lo califica de derecho real de habitación temporal no vitalicio constituido con arreglo a la ley o por decisión judicial. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de abril de 1997 *(RJ* 1997, 2636) lo califica de derecho de ocupación provisional oponible a terceros.

[44] MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T. (2005). Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición, *Actualidad Civil,* número 19, primera quincena noviembre, 2336; MURCIA QUINTANA, E. (2002). *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 CC)*, Madrid: Civitas, 251; DE LA PUENTE ALFARO F. (2006). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, noviembre-diciembre, número 698, 2371. *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2010 *(RJ* 2010, 1274).

[45] O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1986). El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales, *Actualidad Civil*, 1332-1333.

[46] ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, *op. cit.*, 515-516. En el mismo sentido, CERVILLA GARZÓN, M.ªD. (2005). *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid: Marcial Pons, 43, que, si bien, señala es un derecho más cercano a los derechos reales que a los personales, no procede afirmar su carácter de derecho real pleno, ya que, de ser así, no sería preciso el consentimiento del usuario que exige el artículo 96 del Código Civil. Así, pues, concluye que, también presenta rasgos de derecho personal, por lo que su naturaleza híbrida o de categoría intermedia es irrefutable.

[47] SALAZAR BORT, S. (2001). *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Pamplona: Aranzadi, 136-139.

[48] DÍEZ-PICAZO, L. (1961). La situación jurídica del matrimonio separado, *Revista de Derecho Notarial,* enero-marzo, 897.

[49] ROCA I TRÍAS, E. (1984). Comentario del artículo 96 del Código Civil, VVAA *Comentario a las reformas del Derecho de Familia, vol. I,* Madrid: Tecnos, Madrid, 612-613; de la misma autora (1991). Comentario al artículo 96 del Código Civil, *Comentarios al Ministerio de Justicia, T. I*, Madrid 401.

[50] *RJ* 1992, 10136. En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 1993 *(RJ* 1993, 3807).

[51] *RJ* 1994, 7722.

[52] *RJ* 2004, 2713.

[53] *RJ* 2018, 352. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 1993 *(RJ* 1993, 3807) parece asimilarlo a un derecho típico de uso o habitación. Igualmente, lo califican como derecho real oponible *erga omnes*, *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de marzo de 1992 *(AC* 1992, 522); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 2.ª, de 2 de junio de 1995 *(AC* 1995, 1654); y, de 27 de marzo de 1999 *(AC* 1999, 4128); de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, secc. 3.ª, de 20 de mayo de 1999 *(AC* 1999, 5815); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 11.ª, de 5 de mayo de 2000 *(JUR* 2000, 210394); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.ª, de 4

de diciembre de 2001 *(AC* 2002, 297); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 2 de abril de 2003 *(JUR* 2003, 142698); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18.ª, de 18 de enero de 2006 *(AC* 2006, 671).

[54] *RJ* 1999, 7680. *Vid.*, asimismo, las Resoluciones de la DGRN, de 19 de septiembre de 2007 *(RJ* 2007, 6167); de 27 de diciembre de 2017; y de 11 de enero de 2018; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 2 de abril de 2003 *(JUR* 2003, 142698).

[55] *RJ* 1994, 2945. *Vid.*, también las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 *(RJ* 1994, 10330); y, de 4 de abril de 1997 *(RJ* 1997, 2636); de 18 de enero de 2009 *(RJ* 2010, 1274); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Teruel, de 7 de junio de 1994 *(AC* 1994, 1027); y de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 22 de febrero de 2012 *(JUR* 2012, 298922).

[56] *RJ* 2004, 1234.

[57] *Vid.*, en esta línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 23 de enero de 1997 *(AC* 1997, 197). Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 8 de julio de 1999 *(AC* 1999, 1826) señala, en términos similares, que «la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda familiar en proceso matrimonial no implica la constitución de un derecho real ni la transferencia de titularidad alguna, sino que comporta el establecimiento de una situación singular y "sui generis" que surge como consecuencia de la imposición judicial de una prestación en especie de carácter familiar, y que produce como efectos básicos el mantenimiento y fijación del *"ius possidendi"* sobre el inmueble que al no titular correspondía ya desde antes de la resolución judicial en cuando tal inmueble constituía la vivienda familiar a modo de tal que ese *"ius possidendi"* así mantenido y fijado excluye, mientras dure el que corresponde al titular».

[58] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de junio de 1993 *(AC* 1993, 1901); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, de 21 de marzo de 1996 *(AC* 1996, 475); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, de 27 de mayo de 2004 *(JUR* 2004, 186909).

[59] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 15 de diciembre de 1994 *(AC* 1994, 2304); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, de 21 marzo1996 *(AC* 1996, 475); de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, de 28 de septiembre de 2000 *(JUR* 2001, 19256); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 20 de marzo de 2017 *(JUR* 2017, 124359).

[60] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 *(RJ* 1994, 10330); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.ª, de 29 de marzo de 2010 *(AC* 2010, 1211).

[61] *RJ* 1999, 6085. *Vid.*, la Resolución de la DGRN, de 19 de septiembre de 2007 *(RJ* 2007, 6167).

[62] *RJ* 2004, 2376. En el mismo sentido, las Resoluciones DGRN, de 5 de junio de 2008 *(RJ* 2008, 3155); de 27 de agosto de 2008 *(RJ* 2008, 8285); de 10 de octubre de 2008 *(RJ* 2009, 634), y, de 18 de noviembre de 2009 *(RJ* 2010, 1667).

[63] *RJ* 2017, 5862.

[64] *RJ* 2018, 48.

[65] *RJ* 2010, 2323. *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 2010 (LA LEY 171465, 2010).

[66] *Vid.*, DE LA PUENTE ALFARO, F. (2006). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución, *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario,* año LXXXII, número 698, noviembre-diciembre, 2372; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 737, mayo-junio, 1903; GÓMEZ LINACERO, A. (2021). Precario y comodato; diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida, *Actualidad Civil,* número 2, 1 de febrero, 20 y, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992 *(RJ* 1992, 10136); de 22 de abril de 2004 *(RJ* 2004, 2713); y, de 7 de julio de 2021 *(RJ* 2021, 3258); y las Resoluciones de la DGRN, de 19 de septiembre de 2007 *(RJ* 2007, 6167); y, de 18 de noviembre de 2009 *(RJ* 2009, 1667). Por su parte, el artículo 233-22 del Código Civil catalán posibilita la inscripción del derecho de uso en el Registro del Propiedad, o, si se ha atribuido como medida provisional, su anotación preventivamente en tal Registro.

[67] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 2006 *(RJ* 2006, 2342).

[68] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 2004 *(RJ* 2004, 2713).

[69] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de marzo de 2015 *(RJ* 2015, 1104)

[70] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 8 de octubre de 2010 *(RJ* 2010, 7445).

[71] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de noviembre de 2010 *(RJ* 2010, 936) desde el momento en el que la demandada y el que fue su esposo perdieron la propiedad de la vivienda, el uso que aquella ha venido dando al inmueble no se justifica por la sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia, sino por la mera tolerancia del nuevo propietario, circunstancia que exige caracterizar esta ocupación como un precario.

[72] *Vid.*, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero señala al respecto que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como en el privado.

Vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2020 (LA LEY 88185, 2020) indica que «el interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como una verdadero concepto jurídico indeterminado que, la doctrina ha venido, relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, étnico y cultural, bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien simplemente con la protección de sus derechos fundamentales». Asimismo, las Sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 1 y 14 de abril de 2011 *(RJ* 2011, 3139; *RJ* 2011, 3590); las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.ª, de 20 de enero de 1998 *(AC* 1998, 3185); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 8 de febrero de 2002 (LA LEY 31329, 2002).

[73] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 1994 (LA LEY 13928, 1994); de 1 de abril de 2011 (LA LEY 14453, 2011) que, aplica analógicamente el artículo 96.1 del Código Civil al supuesto de unión no matrimonial, pues, considera que la protección del interés del menor es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados; de 21 de junio de 2011 (LA LEY 90854, 2011); de 26 de abril de 2012 (LA LEY 56726, 2012); de 30 de mayo de 2012 (LA LEY 69264, 2012) donde se precisa que, el interés de los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores, porque su interés resulta más necesitado de protección por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil; de 17 de octubre de 2013 (LA LEY 156714, 2013); de 17 de febrero de 2014 (LA LEY 10444, 2014); de 3 de abril de 2014 (LA LEY 40090, 2014); de 16 de junio de 2014 (LA LEY 68745, 2014); y, de 5 de diciembre de 2016 *(RJ* 2016, 5967) la vivienda familiar ha de adscribirse a los menores y con ellos al progenitor que ostenta la custodia; y, las sentencias de la Audiencia Provincial Las Palmas, de 13 de marzo de 1995 *(AC* 1995, 758); de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 10 de diciembre de 1997 *(AC* 1997, 2439); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 27 de febrero de 1998 *(AC* 1998, 326); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 29 de junio de 1998 *(JUR* 1998, 89243); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, de 23 de julio de 1999 (LA LEY 115070, 1999); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 15 de junio de 2006 *(JUR* 2007, 10406); de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.ª, de 18 de enero de 2007 (LA LEY 27477, 2007); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 5 de noviembre de 2008 (LA LEY 279953, 2008); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 18 de febrero de 2010 (LA LEY 38828, 2010); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 20 de mayo de 2011 (LA LEY 125895, 2011); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 2 de marzo de 2012 (LA LEY 224628, 2012); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 19 de julio de 2012 (LA LEY 120942, 2012); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 224164, 2012); de la Audiencia

Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 12 de diciembre de 2013 (LA LEY 214050, 2013); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 3.ª, de 23 de julio de 2014 (LA LEY 104742, 2014).

[74] *Vid.*, la Resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2008 *(RJ* 2009, 634).

[75] MARTÍN MELÉNDEZ, MªT. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 CC),* Navarra: Thomson Civitas, 143-146. Por su parte, entiende PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989). *Derecho de Familia*, Madrid: Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 518 que, la finalidad tuitiva de la patria potestad implica el deber de velar, en el sentido de que «"el padre tiene que, prever y proveer" con especial cuidado de todo lo concerniente a "la persona y los intereses más personalísimos del hijo" y a su "vida social"».

De todas formas, como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 2008 *(RJ* 2009, 524) la división de la cosa común no impide la venta en pública subasta de la vivienda con subsistencia del derecho de uso constituido, en tanto este no se extinga por voluntad de aquellos o decisión del órgano que lo acordó. En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.ª, de 30 de junio de 2014 *(JUR* 2014, 295394).

[76] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 2012 (LA LEY 162416, 2012).

[77] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2011 (LA LEY 9107, 2011); y de 5 de noviembre de 2012 (LA LEY 162426, 2012).

[78] *RJ* 2011, 3590.

[79] LA LEY 68745, 2014. Asimismo, señala que «el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (art. 14 y 39 de la Constitución española) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Protección del Menor, habiendo señalado esta Sala como doctrina jurisprudencial la siguiente «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor que, no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil». En esta línea, las Sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 9 de mayo de 2007 *(RJ* 2007, 3561); de 3 de diciembre de 2008 *(RJ* 2009, 524) donde se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a terceros adjudicatarios; de 14 de abril y de 21 de junio de 2011 (LA LEY 14453, 2011; LA LEY 90854, 2011); de 30 de septiembre de 2011 (LA LEY 186204, 2011); de 26 de abril de 2012 (LA LEY 56726, 2012); de 21 de mayo de 2012 (LA LEY 58422, 2012); de 13 de julio de 2012 (LA LEY 134899, 2012); de 17 de octubre de 2013 (LA LEY 156714, 2013); de 3 de abril de 2014 (LA LEY 40090, 2014); de 29 de mayo de 2014 (LA LEY 95232, 2014); de 2 de junio de 2014 (LA LEY 64164, 2014); de 16 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3073); de 28 de noviembre de 2014 *(RJ* 2014, 6048); de 5 de diciembre de 2016 *(RJ* 2016, 5967); y, de 22 de febrero de 2017 *(RJ* 2017, 1079); y, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 12 de noviembre de 2012 (LA LEY 224413, 2012); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 25 de julio de 2012 *(JUR* 2012, 357810).

Por otra parte, esta misma doctrina se aplica cuando se atribuye la vivienda en situaciones de convivencia prolongada de un hombre y mujer como pareja, *Vid.*, el auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2014 *(JUR* 2014, 151805); y, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2015 *(RJ* 2015, 355).

[80] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2011 (LA LEY 194732, 2011); de 17 de junio de 2013 (LA LEY 87809, 2013) uso por el hijo y la esposa durante tres años; y, de 16 de septiembre de 2016 *(RJ* 2016, 4449) durante un año computable desde la fecha de la presente sentencia; y, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18.ª, de 5 de julio de 2008 dos años desde que el hijo menor viva de forma independiente; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 28 de junio de 2010 (LA LEY 223438, 2010) límite temporal máximo de cuatro años; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 24 de mayo de 2011 (LA LEY 130663, 2011) a dos años; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 20 de noviembre de 2020 *(JUR* 2021, 28571) a un año.

[81] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 2006 *(RJ* 2006, 549); asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.ª, de 29 de marzo de 2010 *(AC* 2010, 1211) cuando el hijo del matrimonio cumpla 25 años; y de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 8 de marzo de 2013 *(JUR* 2013, 159485) hasta que el hijo alcance los 21 años.

[82] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de diciembre de 2021 (Roj. STS 4617/2021; ECLI:ES:TS:2021:4671) procede atribuir la vivienda al progenitor custodio y a los hijos del matrimonio hasta la emancipación de estos; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 18 de febrero de 2011 (LA LEY 55229, 2011).

[83] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 19 de noviembre de 2013 (LA LEY 180585, 2013); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, de 21 de mayo de 2007 (LA LEY 117631, 2007); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 10 de octubre de 2012 (LA LEY 175093, 2012); y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, de 22 de marzo de 2013 (LA LEY 52437, 2013).

[84] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 2013 *(RJ* 2013, 7447); y, de 18 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 1919).

[85] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 17 de junio de 2013 *(RJ* 2013, 4375); de 16 de enero de 2015 *(JUR* 2015, 47658) que señala, al respecto, que: «La finalidad de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil es la de proteger el interés del menor asegurándose en todo caso el uso de una vivienda, que será la que fue vivienda. Pero ello no impide que caso de existir más viviendas en las que el interés del menor, quede igualmente protegido, no pueda atribuirse a dicho menor el uso de otra vivienda que no sea la que ha constituido el último domicilio familiar. Entendemos que, si el menor tiene suficientemente cubierta su necesidad de vivienda, no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad que ostente el recurrente sobre la vivienda que, actualmente ocupan el menor y su madre»; y, de 18 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 1919).

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de diciembre de 2021 *(JUR* 2021, 396769) establece al respecto que «es claro que la sentencia recurrida ha desatendido esta doctrina al limitar la atribución del uso de la vivienda a los menores sin ampararse en alguno de los factores que hemos establecido para mitigar el excesivo rigor que se deriva de la automática aplicación de la norma contenida en el artículo 96 del Código Civil cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges. Y, también lo es, además, que esos factores tampoco se pueden considerar concurrente. El carácter familiar de la vivienda litigiosa ni siquiera se ha controvertido. Y la posibilidad que los hijos no la precisaran, al encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación por otros medios, ni se ha llegado a plantear. (…) En consecuencia, procede estimar el recurso de casación para, sumiendo la instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Marisa en lo relativo al uso de la vivienda familiar, que, de conformidad con lo que solicita, procede atribuir al progenitor custodio y a los hijos del matrimonio hasta la emancipación de éstos».

[86] PÉREZ MARTÍN, A.J. (2011). La vivienda familiar, *Tratado de Derecho de Familia. Procedimiento Contencioso: separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos,* 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, 524. *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 12 de febrero de 2002 (LA LEY 33343, 2002) teniendo en cuenta que la vivienda es privativa del esposo, y que la esposa posee otra vivienda, se atribuye el uso de la vivienda al padre y al hijo que convive con aquel; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, de 25 de octubre de 2005 (LA LEY 208063, 2005); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 14 de enero de 2010 (LA LEY 3028, 2010) la esposa se fue a vivir con su madre, con la que reside junto con sus hijos desde un principio, y con la que sigue viviendo, al tener cubiertas sus necesidades de vivienda, se estima aconsejable otorgarle al padre y al hijo con el que convive el uso de la vivienda familiar.

[87] RAMS ALBESA, J. (1987). *Uso, habitación y vivienda familiar*, *op. cit.,* 115; CUENA CASAS M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.,* 386.

[88] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 30 de septiembre de 2010 (LA LEY 277807, 2010).

[89] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 21 de mayo de 2003 (LA LEY 91309, 2003).

[90] MARTÍN MELÉNDEZ, MªT. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 CC), op. cit.,* 293.

[91] MARTÍN MELÉNDEZ, MªT. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 CC), op. cit.,* 287; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.,* 398. *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 1994 *(RJ* 1994, 7722); y, de 14 de noviembre de 2012 *(RJ* 2012, 10432); el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 74784); las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de marzo de 2015 *(RJ* 2015, 1165); de 29 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 2273); de 23 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 2546); y, de 1 de marzo de 2017 *(RJ* 2017, 608) por representar el interés más necesitado de protección y por ser el titular del contrato de alquiler de la vivienda de protección oficial; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.ª, de 25 de abril de 2013 *(JUR* 2013, 200427), y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 15 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 180782).

Por su parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 28 de noviembre de 2014 *(JUR* 2015, 19455) se procede a un atribución conjunta de la vivienda familiar mediante un uso alternativo por periodos sucesivos de un año en evitación de comportamientos obstruccionistas a la liquidación, división o a la venta.

[92] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 8 de julio de 1999 *(AC* 1999, 1782) la vivienda familiar es el lugar de trabajo de la esposa.

[93] LUQUE JIMÉNEZ, M.ª del C. (2012). *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial,* Madrid: Colegio Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 87-93; MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 CC), op. cit.,* 295-296; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.,* 399-400; PÉREZ MARTÍN, A.J. (2011). La vivienda familiar, *op. cit.,* 535-536. *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 4 de mayo de 2004 *(JUR* 2004, 294911); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 11 de septiembre de 2013 (LA LEY 171870, 2013); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 15 de julio de 2014 (LA LEY 129334, 2014) se atribuye a la esposa durante dos años, si trascurridos los mismos no se ha procedido a la liquidación de la sociedad legal de gananciales, tal derecho de uso se declara con carácter alterno a favor de ambos cónyuges.

[94] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de julio de 2021 (Roj. STS 3299/2021; ECLI:ES:TS:2021:3299).

[95] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 y 25 de abril de 2018 (Roj. STS 1478/2018; ECLI:ES:TS:2018:1478); Roj. STS 1474/2018; ECLI:ES:TS:2018:1474).

[96] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 2017 (Roj. STS 1792/2017; ECLI:ES:TS:2017:1792); y, de 6 de abril de 2018 (Roj. STS 1167/2018; ECLI:ES:TS:2018:1167).

[97] Roj. STS 2246/2013; ECLI:ES:TS:2013:2246:2246. Asimismo, *Vid.*, las Sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 12 de septiembre de 2016 (Roj. STS 4045/2016; ECLI:ES:TS:2016:4045); de 16 de enero de 2020 *(RJ* 2020, 666) se estimula la cooperación de los progenitores; y, de 30 de noviembre de 2020 (Roj. STS 4032/2020; ECLI:ES:TS:2020:4032).

[98] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2018 (Roj. STS 3479/2018: ECLI:ES:TS:2018:3479).

[99] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 2018 (Roj. STS 3743/2018; ECLI:ES:TS:2018:3743).

[100] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2017 (Roj. STS 849/2017; ECLI:ES:TS:2017:849); de 9 de mayo de 2017 (Roj. STS 1786/2017; ECLI:ES:TS:2017:1786); de 22 de septiembre de 2017 (Roj. STS 3327/2017; ECLI:ES:TS:2017:3327); de 25 de octubre de 2017 (Roj. STS 3755/2017; ECLI:ES:TS:2017:3755); de 17 de enero de 2018 (Roj. STS 43/2017; ECLI:ES:TS:2018:43); de 7 de junio de 2018 (Roj. STS 2102/2018; ECLI:ES:TS:2018:2102); y de 13 de noviembre de 2018 *(RJ* 2018, 4930).

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012 (LA LEY 153054, 2012) dispone al respecto que «como hemos tenido ocasión de señalar en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de

los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que asumiendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello, de forma que la decisión del juez sobre la guarda debe tomarse tras valorar las circunstancias que concurren en los progenitores, buscando siempre lo que estime mejor para aquellos».

[101] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2016 (Roj. STS 5532/2016; ECLI:ES:TS:2016:5532); de 19 de octubre de 2017 (Roj. STS 3724/2017; ECLI:ES:TS:2017:3724); de 10 de enero de 2018 (Roj. STS 21/2018; ECLI:ES:TS:2018:21); de 18 de abril de 2018 (Roj. STS 1414/2018; ECLI:ES:2018:1414); y, de 30 de octubre de 2018 (Roj. STS 3684/2018; ECLI:ES:TS:2018:3684).

[102] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2017 (LA LEY 40716, 2017).

[103] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de junio de 2016 (Roj. STS 2617/2016; ECLI:ES:TS:2016: 2617); de 22 de diciembre de 2016 (Roj. STS 5537/2016; ECLI:ES:TS:2016:5537); y, de 27 de septiembre de 2017 (Roj. STS 3378/2017; ECLI:ES:TS:2017:3378). Asimismo, *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 20 de noviembre de 2020 *(JUR* 2021, 28517) existe una óptima vinculación afectiva con ambos progenitores.

[104] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2017 (Roj. STS 161/2017; ECLI:ES:TS:2017:161); de 22 de febrero de 2017 (Roj. STS 582/2017; ECLI:ES:TS:2017:582); de 29 de marzo de 2021 (Roj. STS 1226/2021; ECLI:ES:TS:2021:1226); de 31 de mayo de 2021 (Roj. STS 2255/2021; ECLI:ES:TS:2021:2255); y, de 27 de octubre de 2021 (Roj: STS 4022/2021; ECLI:ES:TS:2021:4022). Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2016 (Roj. STS 1638/2016; ECLI:ES:TS:2016:1638) señala que la absolución del delito de maltrato habitual al cónyuge constituye un cambio de circunstancias esencial a valorar en una eventual modificación de medidas.

Ahora bien, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1, de Jerez de la Frontera, mediante auto de 28 de septiembre de 2020 (LA LEY 2633455, 2020) ha planteado cuestión de inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil que, excluye la guarda conjunta, cuando existe un proceso penal entre los cónyuges por alguno de los delitos que indica, por vulneración del principio del interés superior del menor, por la injerencia desproporcionada en la vida familiar de los litigantes tutelada por el artículo 10.1 CE, en relación con el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, según la cláusula del apartado 2 del artículo 10 de la propia Constitución y que los poderes públicos están obligados a proteger conforme al artículo 39.1 CE; por la injerencia desproporcionada en la vida privada de los litigantes y el libre desarrollo de su personalidad; y la injerencia desproporcionada en la intimidad personal y familiar de los litigantes protegida en el artículo 18.1 CE. En el caso de autos, los litigantes sometieron a la aprobación judicial un acuerdo por el que la custodia de sus hijos la compartían ambos progenitores por semanas alternas, estando pendiente un proceso penal en el que el padre tiene la condición de investigado por delitos relacionados con la violencia de género y la madre está siendo investigada por un delito de violencia doméstica conexo con los anteriores, habiendo ocurrido los hechos de posible relevancia penal antes de la separación de hecho del matrimonio. No hay ningún indicador de falta de idoneidad en ninguno de los progenitores para el ejercicio adecuado de su responsabilidad parental.

Para la titular del Juzgado la custodia compartida contemplada en el artículo 92 del Código Civil limita el principio de protección del menor que se deriva del artículo 39 CE, particularmente de sus apartados 2 y 4, en todos aquellos casos en los que concurran similares circunstancias a las de este asunto en el cual se dan todos los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para acordar la custodia compartida, mostrándose este como el sistema más beneficioso para los hijos menores de las partes. Asimismo, limita el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y los principios de protección a la familia (art. 39.1 CE) y a los menores (arts. 39.2 y 39.4 CE), en relación con el derecho a la vida familiar del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y limita también el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1

CE) y el derecho a la vida privada (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación con el artículo 10.1 CE). Asimismo, entiende que, si la finalidad del artículo 92.7 del Código Civil es, en último término, satisfacer el interés del menor, en casos como el presente la prohibición de custodia compartida constituye un obstáculo. Y si su finalidad es apartar al menor de un peligro (el progenitor al que se atribuye una conducta delictiva en el ámbito familiar), la norma resulta irrelevante porque no impide que el menor acabe bajo la custodia exclusiva de aquel. En este caso, se puede lograr el mismo resultado que se consigue con el actual artículo 92.7 del Código Civil introduciendo una excepción que, con las cautelas que se consideren necesarias, permita establecer la custodia compartida cuando de las circunstancias del caso resulte que ese régimen de custodia se adecúa mejor al interés superior del menor. Por lo tanto, las limitaciones de los artículos 10.1 CE y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos podrían no estar justificadas constitucionalmente por la finalidad de proteger el interés superior del menor que persigue el artículo 92.7 inciso primero del Código Civil. Y en la medida en que, adicionalmente, la regla prohibitiva que contiene el precepto está configurada de tal modo que resulta contraria al artículo 39 apartados 2 y 4 de la CE, por no respetar el interés superior del menor, no es posible justificar tales limitaciones sobre la base de las segundas de las posibles finalidades constitucionales de la norma —la protección de las víctimas de violencia doméstica—, ya que, como se ha indicado anteriormente, esta finalidad está siempre supeditada a la adecuada consecución de la otra —la tutela del interés superior del menor—.

Así pues, procede elevar la cuestión de inconstitucionalidad en los términos que resultan de los anteriores fundamentos, acordando la suspensión provisional de las actuaciones hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión.

El Pleno del Tribunal Constitucional por providencia de 15 de diciembre de 2020 ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 4701-2020, planteada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1, de Jerez de la Frontera en el procedimiento de divorcio contencioso número 23-2020 en relación con el inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 c) LOTC, reservar para sí el conocimiento de la presente cuestión (BOE, número 332, de 22 de diciembre de 2020, 117501).

[105] Esta Ley 17/2021 ha entrado en vigor el día 5 de enero de 2022. A partir de ahora a los animales se les califica de seres vivos «sintientes», dejando de ser cosas.

Otro supuesto de violencia vicaria se contiene en la reforma del artículo 1.4 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de Protección Integral contra la violencia de género por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. Dispone al respecto que «la violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o algunos menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado 1 del citado precepto». En concreto, a la violencia que ejercen los hombres sobre las mujeres quienes sean o hayan sido sus cónyuges, o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones familiares de afectividad, aun sin convivencia.

[106] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de septiembre de 2019 (Roj. STS 2832/2019; ECLI:ES:TS:2019:2832); y de 26 de octubre de 2020 (Roj. STS 3562/2020; ECLI:ES:TS:2020:3562).

[107] La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 2012 (LA LEY 134899, 2012) señala que, la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio de interés del menor que, no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil.

[108] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2017 *(RJ* 2017, 483); de 6 de julio de 2020 *(RJ* 2020, 2220); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 31 de enero de 2014 *(JUR* 2014, 119200) atribución a los menores; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 8 de julio de 2014 (LA LEY 108568, 2014); alternancia de los padres cada quince días hasta que el hijo cumpla 18 años; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 30 de julio de 2014 (LA LEY 141867, 2014) los progenitores se alternan anualmente en el uso de la vivienda; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.ª, de 16 de septiembre de 2014 *(JUR* 2014, 276233)

atribución del uso a la menor y desplazamiento de los padres, ocupándola durante el tiempo que les corresponda la guarda; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, de 26 de septiembre de 2014 *(JUR* 2014, 298695) al hijo menor y ambos progenitores alternativamente en función de semanas y periodos vacacionales; y, de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, 15 de marzo de 2016 *(JUR* 2016, 248972).

En contra, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2020 (Roj. STS 61/2020; ECLI:ES:TS:2020:61) no es un sistema que, vele por el interés de los menores ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores.

[109] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de junio de 2017 (Roj. STS 2347/2017; ECLI:ES:TS:2017:2347).

[110] *Vid.*, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 42455) se adjudica a la esposa la vivienda familiar del esposo, hasta que la hija menor de edad alcance la mayoría de edad; las Sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.ª, de 26 de febrero de 2014 con carácter temporal a la madre por ser el interés más necesitado de protección; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 26 de marzo de 2014 *(JUR* 2014, 135522) atribución a la esposa hasta que finalice el sistema de guarda y custodia compartida que, se acuerde; y, de 27 de mayo de 2014 *(JUR* 2014, 178933); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 10 de julio de 2014 *(JUR* 2015, 52617) atribución a la esposa; de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 17 de junio de 2014 *(JUR* 2014, 246623) atribución al padre, vivienda privativa del mismo, y donde van los hijos todos los días a comer; y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 27 de octubre de 2014 *(JUR* 201549497).

[111] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 14 de julio de 2014 *(JUR* 2014, 234601) se atribuye a ambos durante el tiempo que tengan la guarda; y, de 23 de julio de 2014 *(JUR* 2014, 233941) uso alternativo por periodos temporales.

[112] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 y 27 de septiembre de 2017 (Roj. STS 3323/2017; ECLI:ES:TS:2017:3323; Roj. STS 3369/2017; ECLI:ES:TS:2017:3369); y, de 20 de diciembre de 2021 *(JUR* 2022, 39937) en la que descartando el modelo de casa nido, se atribuye a la madre e hija el uso de la vivienda litigiosa, en consideración a la precaria situación económica de la recurrente, que se trata de una vivienda de naturaleza ganancial, en la que venía conviviendo madre e hija menor. No obstante, se fija el límite temporal de los dos años, solicitado en el recurso, a contar desde la fecha de esta sentencia que, coincidirá con la mayoría de edad de la menor (art. 96.1 CC).

[113] LUQUE JIMÉNEZ, Mª del C. (2012). *La atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, *op. cit.*, 2012, 84; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO T. (2009). Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso, *La Ley,* núm. 7105, año XXX, 2 de febrero, 7. *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 2013 *(RJ* 2013, 7834); de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489, 2014); de 24 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 5180) impone una atribución temporal de dos años contados desde la sentencia en cuanto se trata de una situación que la esposa ha consentido; de 6 de abril de 2016 *(RJ* 2016, 1321); de 27 de junio de 2016 *(RJ* 2016, 2876) mantenimiento de la esposa en la vivienda que, se mantendrá durante un año contado desde la sentencia; de 21 de julio de 2016 *(RJ* 2016, 3445) se asigna la vivienda familiar, privativa del esposo, a la menor y su madre, durante el periodo de dos años computables desde la fecha de la presente sentencia de casación. Con ello se armonizan dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos que el hijo permanece con él y el del hijo de comunicarse con su madre en otra vivienda; de 16 de septiembre de 2016 *(RJ* 2016, 4449); de 23 de enero de 2017 *(RJ* 2017, 363) se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante tres años desde la fecha de la sentencia, con el fin de facilitar a ella y la menor (interés más necesitado de protección) la transición a una nueva residencia; de 14 de marzo de 2017 *(RJ* 2017, 878); de 10 de enero y 20 de febrero de 2018 *(RJ* 2018, 74; *RJ* 2018, 573); de 9 de mayo de 2018 *(RJ* 2018, 1852); de 12 de junio de 2020 *(RJ* 2020, 1574) un año desde la fecha de esta sentencia; de 26 de octubre de 2020 *(RJ* 2020, 4165) limitación a dos años; y, de 4 de octubre de 2021 *(RJ* 2021, 4459) a dos años. Asimismo,

las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 20 de febrero de 2012 (LA LEY 136661, 2012); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 18 de julio de 2016 *(JUR* 2016, 221681).

[114] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489, 2014) adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial. La vivienda familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación en su caso, por lo que la Sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo en seis meses; y, de 17 de febrero de 2017 *(RJ* 2017, 483) constando que la vivienda familiar fue entregada al banco en dación en pago, el cual facilitó al padre su permanencia como vivienda social, no procede a entrar en la cuestión relativa a la vivienda que fue familiar dado que ya no pertenece a la sociedad de gananciales, debiendo resolverse en ejecución de sentencias las incidencias que procedan.

[115] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 10 de junio de 2013 *(JUR* 2013, 317947) a la esposa.

[116] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 2017 (Roj. STS 973/2017; ECLI:ES:TS:2017:973); de 7 de junio de 2018 *(RJ* 2018, 2857) de 22 de junio de 2021 (RJ 2021, 2988); y, de 3 de enero de 2022 (JUR 2022,39826).

[117] Así los artículos 230-20.4, 233-20.2 y 233-20.3 a) del Código Civil catalán; el artículo 81.1 del CDFA; y, el artículo 9 de la Ley 7/2015 del País Vasco.

[118] LA LEY 601/2017.

[119] JUR 2017/20739.

[120] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2021 (Roj STS 3276/2021; ECLI:ES:TS:2021:3276); de 19 de octubre de 2021 (Roj STS 3770/2021; ECLI:ES:TS:2021:3770); y, de 2 de noviembre de 2021 (Roj STS 4003/2021; ECLI:ES:TS:2021:4003).

[121] En esta línea, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2021). Comentario al artículo 96 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, vol. III*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 158.

[122] JUR 2017/20694. Asimismo, las Sentencias de 8 de marzo de 2017 *(RJ* 2017, 1633); y, de 4 de abril de 2018 *(RJ* 2018, 1185).

[123] Asimismo en esta línea, *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de marzo de 2017 *(JUR* 2017, 60732). Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 3.ª, de 26 de enero de 2015 *(JUR* 2016, 4526) se atribuye la vivienda a la madre, al entender que hay que cubrir las necesidades del hijo común con una discapacidad psíquica importante del 65% y que es dependiente económicamente de sus padres.

[124] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de abril de 2018 *(RJ* 2018, 1185).

[125] *RJ* 2017, 4528 en un caso de unión extramatrimonial. Si el uso del bien inmueble se atribuye a la menor hija común, se vería desplazado del mismo a la otra hija del padre, desfavoreciendo sus necesidades de convivencia con el progenitor que tiene en común. No se atribuye a la madre como custodia de uno de los hijos, pues, tiene una vivienda en la misma zona y de la que no se niega que pueda utilizarla y satisfacer las necesidades de escolarización y desarrollo social de menores de corta edad.

[126] *RJ* 2018, 460.

[127] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, decimocuarta edición, Madrid: Edisofer, 802.

[128] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2020). El préstamo y los contratos de financiación. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. II Derecho de Obligaciones, vol. II Contratos y responsabilidad civi*l, 5.ª ed., Madrid: Edisofer, 268.

[129] GARCÍA PÉREZ, R. M.ª (2021). El contrato de préstamo. En: Fco. J. Sánchez Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil II Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, 11.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 402.

Por su parte, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (T. 2), undécima edición, Madrid: Tecnos, 157 lo definen como «un contrato en virtud del cual el comodatario recibe una cosa no fungible para usarla durante cierto tiempo, al cabo del cual ha de restituirla». DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2013). El préstamo, en. J.R. De Verda y Beamonte (coord.), *Derecho Civil II*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 462 por el contrato de comodato «una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva». En fin, LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2171 configura este contrato como «aquel por el cual una de las partes entrega a la otra una cosa no fungible para que la use durante un determinado periodo de tiempo y se la devuelva».

[130] BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1741 del Código Civil. En: J. Orduña Moreno, J. Plaza Penadés y L. M. Martínez Velencoso (coords.), *Código Civil comentado, vol. IV*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 820. Asimismo, *Vid.*, la Sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de mayo de 2006 *(RJ* 2006, 3275).

[131] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2020). El préstamo y los contratos de financiación, *op. cit.*, 268; GARCÍA PÉREZ, R. M.ª (2021). El contrato de préstamo, *op. cit.*, 402; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones, vol. II Contratos y cuasicontrato. Delito y cuasi delito*, 5.ª edición revisada y puesta al día por Fco. Rivero Hernández, Madrid: Dykinson, 163. Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 2020 *(RJ* 2002, 3313) si se pactara como contraprestación la obligación del comodatario de entregar al comodante parte de las ganancias obtenidas por el uso del bien, dejaría de ser gratuito.

[132] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.*, 2171. Asimismo, *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 1965 *(RJ* 1965, 2432); y, de 21 de diciembre de 1967 *(RJ* 1967, 4706).

[133] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 2014.

[134] BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1741 del Código Civil. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid: Lex Nova, 1885 considera que también se puede considerar como «"sinalagmático *ex post facto*", esto es, contrato que al liquidarse puede generar obligaciones para la parte que, en principio, no resulta obligada por este».

[135] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones, op. cit.*, 802.

A todos estos caracteres se refiere DOMÍNGUEZ GUILLÉN C. (2020). Sobre el comodato o préstamos de uso, *Revista Boliviana de Derecho, número 29, enero*, 63-75.

[136] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* ((2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, 163.

[137] DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2013). El préstamo, *op. cit.*, 462. Por su parte, LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.*, 2171 indica que «lo diferencia del simple préstamo o mutuo, donde lo prestado consiste en dinero u otra cosa fungible y quien lo recibe debe devolver, transcurrido un plazo, otro tanto de la misma especie y calidad y donde se puede pactar el pago de intereses».

[138] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de junio de 1984 *(RJ* 1984, 3251); y, de 14 de marzo de 1991 *(RJ* 1991, 2221).

[139] En este sentido, PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2014). El contrato de comodato. El precario. En: M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Contratos*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 897 asimismo, *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de mayo de 1989 *(RJ* 1989, 3880).

[140] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de mayo de 2006 *(RJ* 2006, 3275).

[141] PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2014). El contrato de comodato. El precario, *op. cit.*, 896 respecto de la posibilidad que los menores cesan en comodato los bienes de su propiedad sobre lo que tienen la administración, entiende que «si las condiciones del uso convenido o del tiempo previsto exceden de lo que es habitual o conforme a los usos sociales, tendrá

sentido admitir una reclamación de los padres o guardadores exigiendo la anulación del comodato».

[142] En todo caso, precisa LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* 163 que «aun cuando tuviese la propiedad, la acción personal nacida del comodato presenta, para reclamar la restitución, notables ventajas sobre la reivindicatoria: es innecesario demostrar la propiedad, y se puede dirigir contra el comodatario, aunque no esté en posesión de la cosa, en cuyo caso debe indemnizar». En la misma línea, BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.,* 819 quién, además, indica que «en los casos de arrendatario y del usufructuario, la acción que se ostenta para obtener la restitución de la cosa es únicamente la personal derivada del contrato mismo de comodato. Asimismo, *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 31 de diciembre de 1992 *(RJ* 1992, 10670).

Por otra parte, en el artículo 562.4 apartado 1 del Código Civil de Cataluña se alude expresamente a la indisponibilidad de los derechos del uso y habitación sin el consentimiento del propietario; y la Ley 425 de la Compilación de Navarra dispone, asimismo, que los titulares de estos derechos no pueden ceder totalmente su derecho, aunque si, aunque si compartir su ejercicio con otras personas, tanto mediante retribución, como sin ella.

[143] MARÍN PÉREZ, P. (1987). Comentario al artículo 1741 del Código Civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XXII.1.º*, Madrid: Edersa, 43.

[144] BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.,* 1886 precisa que, en caso de percepción de los frutos por el propietario, «el comodatario (preceptor) tendrá derecho de crédito en los términos del artículo 356 del Código Civil».

[145] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones, op. cit.,* 804. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* 158.

[146] BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.,* 820.

[147] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.,* 2172.

[148] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.,* 2172.

[149] COSTAS RODAL, L. (2020). Comodato. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Tratado de contratos, T. I,* Valencia: Tirant lo Blanch, 3522.

[150] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.,* 2173; BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentarios al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.,* 821 y 842.

[151] BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.,* 821.

[152] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* 158.

[153] DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993). Comentario al artículo 1742 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez; R. Bercovitz Rodríguez Cano, L. Díez-Picazo y Ponce de León y P. Salvador Coderch, *Comentarios del Código Civil*, T. II, Madrid: Ministerio de Justicia, 1608; BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1742 del Código Civil, *op. cit.,* 1887; BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1742 del Código Civil, *op. cit.,* 822. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.ª, de 25 de junio de 2009 *(JUR* 2009, 408339).

[154] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* 158; LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil» *op. cit.,* 2173; COSTAS RODAL L. (2020). Comodato, *op. cit.,* 3529.

[155] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1992 *(RJ* 1992, 10670).

[156] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones, op. cit.,* 803; LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.,* 2171.

[157] BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.,* 820. Asimismo, *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de mayo de 2006 *(RJ* 2006, 3275).

[158] DOMÍNGUEZ GUILLÉN, C. (2020). Sobre el comodato o préstamos de uso, *op. cit.,* 77-78.

[159] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones, op. cit.,* 802.

[160] PARRA LUCÁN, M.ªÁ. (2014). El contrato de comodato. El precario, *op. cit.,* 891-892.

[161] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de mayo de 2004 *(RJ* 2004, 3067).

[162] COSTAS RODAL, L. (2020). Comodato, *op. cit.,* 3523; TAMAYO CARMONA J.A. (2016). Comentario al artículo 1746 del Código Civil, *op. cit.,* 831.

[163] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1746 del Código Civil, *op. cit.,* 2176 sea subjetivo (dolo) u objetivo (riesgo); BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1746 del Código Civil, *op. cit.,* 1890.

[164] BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1746 del Código Civil, *op. cit.,* 1890 indica que mejor que la expresión «sin culpa suya» debería decir «sin que concurra título alguno de imputación por el que deba responder conforme a los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, ni subjetivo (dolo, culpa), ni objetivo (esfera de control del deudor, riesgo implícitamente asumido al contratar».

[165] BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1746 del Código Civil, *op. cit.,* 1890; PARRA LUCÁN, M. Á. (2013). Comentario al artículo 1745 del Código Civil. En: R. Bercovtiz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. VIII*, Valencia: Tirant lo Blanch, 11938.

[166] DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993). Comentario al artículo 1746 del Código Civil, *op. cit.,* 1890.

[167] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1992 *(RJ* 1992, 10670); de 26 de diciembre de 2005 *(RJ* 2005, 180); y, de 30 de junio de 2009 *(RJ* 2009, 4244).

[168] COSTAS RODAL, L. (2020). Comodato, *op. cit.,* 3524.

[169] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1749 del Código Civil, *op. cit.,* 2178; PARRA LUCÁN, M. Á. (2013). Comentario al artículo 1749 del Código Civil, *op. cit.,* 11949; COSTAS RODAL, L. (2020). Comodato, *op. cit.,* 3526;

[170] BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1749 del Código Civil, *op. cit.,* 835. *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2009 *(RJ* 2009, 4244).

[171] BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1749 del Código Civil, *op. cit.,* 1892.

[172] La doctrina entiende que, aunque el artículo 1746 del Código Civil solo se refiera a deterioros, la exención de responsabilidad (sin culpa suya) se aplica también a los casos de pérdida de la cosa sin mediar negligencia. *Vid.*, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2013). El préstamo, *op. cit.*, 465 *nota* 31.

[173] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.,* 2173. En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1992 *(RJ* 1992, 10670) debe pagar el comodatario las cuotas de la comunidad de propietarios, cuando el objeto prestador es un bien inmueble en régimen de propiedad horizontal.

[174] TRUJILLO DÍEZ, I.J. (2001). Comentario al artículo 1743 del Código Civil. En: R. Bercovtiz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra: Aranzadi, 1969.

[175] TAMAYO CARMONA J.A. (2016). Comentario al artículo 1743 del Código Civil. En: J. Orduña Moreno, J. Plaza Penadés, y L.M. Martínez Velencoso (coords.), *Código Civil comentado, vol. IV*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 823.

Para DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993). Comentario al artículo 1743 del Código Civil, *op. cit.*, 1608 distingue entre los gastos de la cosa como bien-capital y los derivados de la cosa como bien de uso y son estos gastos a cargo del comodatario.

[176] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* 164. En esta línea, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2013). El préstamo, *op. cit.,* 465.

[177] TAMAYO CARMONA, J.A. (2016). Comentario al artículo 1743 del Código Civil, *op. cit.,* 825.

[178] Sin embargo, la Ley 541 del Fuero Nuevo de Navarra posibilita tal derecho de retención a favor del comodatario a efectos del pago de los gastos debidos por el comodante y abonados por el comodatario.

[179] TRUJILLO DÍEZ, I.J. (2001). Comentario al artículo 1743 del Código Civil, *op. cit.*, 1969.

[180] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1743 del Código Civil, *op. cit.,* 2174.

[181] COSTAS RODAL, L. (2020). Comodato, *op. cit.,* 3522.

[182] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1743 del Código Civil, *op. cit.,* 2174.

[183] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* 164.

[184] Para BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1748 del Código Civil, *op. cit.,* 1891 se trata de un supuesto de «"solidaridad legal" que se rige por las reglas generales en materia de solidaridad de deudores».

[185] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1748 del Código Civil, *op. cit.,* 2177. En el mismo sentido, TAMAYO CARMONA, J.A. (2016). Comentario al artículo 1748 del Código Civil, *op. cit.,* 833.

[186] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, 805-806.

[187] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.,* 2171.

[188] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de junio de 1993 *(RJ* 1993, 4829).

[189] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 160.

[190] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1751 del Código Civil, *op. cit.*, 2180. Por su parte, BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1751 del Código Civil, *op. cit.,* 1894 indica que mientras los gastos de conservación ordinarios «son los que permiten que la cosa resulte apta para el uso pactado; los extraordinarios «atienden a su misma subsistencia, o a su aptitud para usos distintos del pactado». Así entiende que, en el comodato de vivienda en régimen de propiedad horizontal «las cuotas de la comunidad de vecinos correspondientes al tiempo de duración del contrato son gastos de uso; las cuotas correspondientes a limpiezas especiales, pero periódicas, podrían considerarse gastos ordinarios de conservación; pero las cuotas para la limpieza extraordinaria de la fachadas (cada treinta o cuarenta años), o para realizar alguna inversión más ambiciosa y duradera, como un cambio de caldera podrán considerarse como gastos de conservación extraordinarios».

Para BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1751 del Código Civil, *op. cit.*, 840-841 el concepto de extraordinario «no es sinónimo de imprevisible y por tal motivo será de aplicación no solo en los supuestos derivados del caso fortuito o fuerza mayor, sino también ante cualquier gasto que la lógica hubiera obligado a contemplar en el momento en que nació el comodato, pero que ha devenido imprescindible para asegurar la conservación del bien».

[191] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.,* 2173-2174. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de junio de 1993 *(RJ* 1993, 4829) no considera gastos ordinarios la colocación de rejas en las puertas y ventanas e instalación de agua y luz en la vivienda cedida.

[192] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil», *op. cit.*, 2174. No obstante, para TAMAYO CARMONA, J.A. (2016). Comentario al artículo 1743 del Código Civil, *op. cit.,* 824-825 respecto a los seguros obligatorios «tendrá especial relevancia atender a las circunstancias del comodato, en atención a la práctica previa de la actividad por el comodante la duración del préstamo, distribuyendo en consecuencia, la imputación del gasto» y respecto a los seguros voluntarios «desde el momento en que el beneficiario del seguro es el comodante (comodato como bien-capital) no parece adecuado repercutir las primas abonadas por él durante el tiempo del comodato, alegando que se trata de un gasto ordinario, o mucho menos y, por definición, necesario» y añade a esto que «respecto a la imposición al comodatario del mismo como condición previa a la entrada en posesión del bien, desnaturalizaría la esencial gratuidad del contrato, además de poder obtener el mismo resultado sin necesidad de imponer al comodatario un gasto».

De todas formas, la Ley 541 del Fuero Nuevo de Navarra establece que el comodante debe pagar las contribuciones y seguros y debe, asimismo, abonar al comodatario los gastos extraordinarios que la cosa haya causado e indemnizarle de los daños producidos por vicios de la cosa prestada que conocía el comodante y no declaró. El comodatario puede también retener la cosa prestada hasta que el comodante cumpla con esta obligación.

[193] COSTAS RODAL, L. (2020). Comodato, *op. cit.,* 3527; LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1751 del Código Civil, *op. cit.,* 2181; PARRA LUCÁN, M. Á. (2013). Comentario al artículo 1751 del Código Civil, *op. cit.,* 2181; BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1751 del Código Civil, *op. cit.,* 842.

[194] BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1751 del Código Civil, *op. cit.,* 842.

[195] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.ª, de 20 de febrero de 2008 *(AC* 2008, 974) respecto de urgente necesidad establece que «el diccionario define el calificativo de urgente como apremiante, que ha de ejecutarse con rapidez o prontitud, se trata, pues, de un término valorativo que ha de apreciarse en función de las circunstancias de la cosa que se precise o de la actuación que se haya de ejecutar. Así, en relación a la urgencia de la necesidad exigida por la Ley para pedir la restitución en los supuestos de comodato no puede valorarse con la misma intensidad en aquellos casos en que la cesión se ha hecho por un periodo corto o por un uso determinado y concreto de una duración muy limitada (por ejemplo, la cosecha, una feria, la preparación o la realización de un determinado evento o curso o la ejecución de determinadas obras) que en aquellos en que el uso para el que se prestó, se refiera a un tiempo más prolongado, así el concepto de «urgencia» ha de relativizarse en supuestos como el presente en que se trate de un «usos» (aceptado y fijado como tal en el pleito anterior tan genérico («vivienda familiar») que se puede dilatarse en el tiempo, durando de por vida y dejando prácticamente, vacía de contenido la titularidad dominical. Así la urgencia en tales casos exige una cierta inmediatez sin que sea preciso que, se trate de algo imperioso o absolutamente inaplazable».

[196] GARCÍA PÉREZ, R.M.ª (2021). El contrato de préstamo, *op. cit.,* 405; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2013). El préstamo, *op. cit.,* 466; BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1752 del Código Civil, *op. cit.,* 843; PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2014). El contrato de comodato. El precario, *op. cit.*, 915-916; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* 166, asimismo, este autor equipara el conocimiento a la culpa lata, cuando no esté compensada por la negligencia del comodatario.

[197] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* 160.

[198] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1752 del Código Civil, *op. cit.,* 2182.

[199] TRUJILLO DÍEZ, I.J. (2001). Comentario al artículo 1752 del Código Civil, *op. cit.,* 1975.

Para PARRA LUCÁN, M.ªÁ. (2014). El contrato de comodato. El precario, *op. cit.*, 917 «se trata de un régimen de responsabilidad basado en la culpa».

[200] LACURZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* 166.

[201] En esta línea, BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1752 del Código Civil, *op. cit.,* 1895.

[202] DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993). Comentario al artículo 1752 del Código Civil, *op. cit.,* 1622.

[203] Sin embargo, los artículos 569.3 y del Código Civil catalán permiten al poseedor de buena fe de un bien ajeno, mueble o inmueble, retener su posesión en garantía de pago de los daños producidos por razón de la cosa a la persona obligada a la entrega. Por su parte, la Ley 473 del Fuero Nuevo de Navarra se refiere al derecho de retención convencional que será inscribible cuando la naturaleza del objeto lo permita.

[204] GARCÍA PÉREZ, R.M.ª (2021). El contrato de préstamo, *op. cit.,* 404. En contra, ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones, op. cit.,* 807.

Para LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, 165 este hipótesis «puede entenderse como de incumplimiento doloso (art. 1107.2 CC)». Mientras que, para LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1744 del Código Civil, *op. cit.*, 2174 resulta conveniente una conducta culposa o dolosa. A lo que añade que, «equivale a

esta conducta y por tanto, se aplica esta misma consecuencia, cuando el comodatario ceda a y un tercero el uso del bien prestado».

[205] TAMAYO CARMONA, J.A. (2016). Comentario al artículo 1744 del Código Civil, *op. cit.,* 826. En esta línea, GARCÍA PÉREZ, R.M.ª (2021). El contrato de préstamo, *op. cit.,* 404.

[206] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* 165.

[207] Para LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* 165 estamos ante un caso de mora del deudor, al parecer automática (art. 1096.3 CC). En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* 159. Por su parte, LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1744 del Código Civil, *op. cit.,* 2174 precisa que «la mora en que incurre el comodatario por el retraso en el cumplimiento de su obligación de restitución es automática y no requiere la reclamación previa del comodante (art. 1100.1 CC)».

[208] DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2013). El préstamo, *op. cit.,* 464 *nota* 32.

[209] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* 159. En el mismo sentido, aplicando analógicamente el artículo 1896.2 del Código Civil LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1744 del Código Civil, *op. cit.,* 2175.

[210] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1744 del Código Civil, *op. cit.,* 2175.

[211] TAMAYO CARMONA, J.A. (2016). Comentario al artículo 1744 del Código Civil, *op. cit.,* 827.

[212] BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1744 del Código Civil, *op. cit.,* 1889.

En esta línea, PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2014). El contrato de comodato. El precario, *op. cit.,* 920 si bien, matiza que «si no se señaló de modo expreso u tiempo de uso, sí sería necesario un requerimiento, puesto que solo a partir de entonces podría considerarse que el comodatario se retrasa negligentemente en la devolución y debe soportar las consecuencias negativas de la misma».

[213] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* 165.

[214] GARCÍA PÉREZ, R.M.ª (2021). El contrato de préstamo, *op. cit.,* 404.

[215] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* 159.

[216] BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1745 del Código Civil, *op. cit.,* 1889-1890 quien, asimismo, indica que «si la pérdida o deterioro fuesen culpables y por cuantía superior a la tasación, parece lógico que pueda acudirse al régimen ordinario de responsabilidad contractual, salvo la tasación se hubiera pactado "en sustitución de esta"».

[217] TAMAYO CARMONA, J.A. (2016). Comentario al artículo 1745 del Código Civil, *op. cit.,* 829.

Para DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993). Comentario al artículo 1745 del Código Civil, *op. cit.,* 1889 este supuesto opera «no solo cuando exista pacto en que expresamente se exima de responsabilidad al comodatario», sino siempre que «se pruebe que "la voluntad de las partes al llevar a cabo la anticipada tasación fie en cualquier cosa distintas de la de imponer al comodatario tan excepcional responsabilidad"».

[218] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1745 del Código Civil, *op. cit.,* 2175.

[219] TRUJILLO DÍEZ, I.J. (2001). Comentario al artículo 1745 del Código Civil, *op. cit.,* 1970.

[220] DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993). Comentario al artículo 1745 del Código Civil, *op. cit.,* 1611.

En el mismo sentido, PARRA LUCÁN, M.ªÁ. (2014). El contrato de comodato. El precario, *op. cit.,* 922 que considera al respecto que «el traspaso de los riesgos del comodatario en caso de tasación tiene el límite que la cosa se hubiera perdido, igualmente, en poder del comodatario (art. 1896 CC)».

[221] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1745 del Código Civil, *op. cit.,* 2175-2176. En este línea, COSTAS RODAL, L. (2020). Comodato, *op. cit.,* 3524.

[222] BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1745 del Código Civil, *op. cit.,* 1889-1890. En la misma línea, PARRA LUCÁN, M. Á. (2013). Comentario al artículo 1745 del Código Civil, *op. cit.,* 11934.

[223] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1745 del Código Civil, *op. cit.,* 2176.

[224] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, *op. cit.,* 807; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* 160; GARCÍA PÉREZ, R.M.ª (2021). El contrato de préstamo, *op. cit.,* 405; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2013). El préstamo, *op. cit.,* 466.

[225] Las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2009 *(RJ* 2009, 4244); y, de 11 de noviembre de 2010 *(RJ* 2010, 8048) señalan que no es suficiente con un uso genérico que pueda tener la cosa en sí misma, sino que resulta necesario un uso concreto y determinado, derivado de la temporalidad del comodato y la exclusión de su carácter vitalicio. Por su parte la Resolución de la DGRN de 15 de julio de 2011 *(RJ* 2012, 3180) el derecho de uso no sujeto a plazo o uso, no resulta objeto de inscripción cuando se configura como un derecho personal.

[226] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de octubre de 2008 *(RJ* 2008, 5587); de 13 de abril de 2009 *(RJ* 2009, 2895); de 11 de junio de 2012 *(RJ* 2012, 8848); y, de 23 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 1209).

[227] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1750 del Código Civil», *op. cit.,* 2178-2179 precisa que «la costumbre de la tierra se refiere a los usos sociales con trascendencia jurídica, esto es, a lo que es normal en las circunstancias en que se celebra el contrato».

[228] PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2014). El contrato de comodato. El precario, *op. cit.*, 928. *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2010 *(RJ* 2009, 4244).

[229] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de mayo de 1989 *(RJ* 1989, 3880).

[230] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* 167 destaca que «cuando hay verdadera concesión y puesta en posesión de la cosa comodada, se forme entre precaristas y concedente un tejido de relaciones que son propiamente contractuales y a las que se aplican los requisitos del comodato»; a lo que añade que «tampoco se puede afirmar que la libre recuperabilidad de la cosa elimine la idea del contrato, por quedar el cumplimiento al arbitrio de una de las partes (art. 1256); que a él, sí, el cese de la relación contractual, más no la existencia de obligaciones entre las partes mientras la posesión precaria se halle pendiente. El acuerdo entre el concedente y precarista justifica y titula a la posesión con algo más que la mera tolerancia de quien, simplemente, ve ocupar su finca sin impedirlo»; BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1750 del Código Civil, *op. cit.,* 835.

Para la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 5.ª, de 29 de marzo de 2007 *(JUR* 2007, 21389) bajo la denominación de precario «se pueden englobar dos situaciones distintas: una, derivada de la posesión por un tercero al margen de la voluntad del dueño, y otro, la posesión a título gratuito por un tercero con consentimiento del dueño, pero manteniendo este la posesión la facultad de recuperarla en cualquier momento. Es lo que podríamos llamar un precario contractual; pues, bien, este es una modalidad de comodato y así lo regula el Código Civil».

[231] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* 161.

[232] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 2014 *(RJ* 2014, 6878) la ausencia de plazo y de uso de la cosa prestada lleva a la existencia de precario.

[233] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1750 del Código Civil, *op. cit.,* 2179; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* 161. Asimismo, *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 1958 *(RJ* 1958, 593); de 31 de enero de 1995 *(RJ* 1995, 413); de 30 de julio de 1991 *(RJ* 1991, 5673); de 28 de noviembre de 1994 *(RJ* 1994, 9163); de 29 de febrero de 2000 *(RJ* 2000, 1301); de 25 de febrero de 2010 *(RJ* 2010, 1407); y de 21 de diciembre de 2020 *(RJ* 2020, 5037).

[234] *RJ* 2021, 3258. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 1986 *(RJ* 1986, 6017) define el precario como el «(…) disfrute o simple tenencia de una

cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor o sin ella», por lo que la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño. Asimismo, las Sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 28 de febrero de 2013 *(RJ* 2013, 2162); y, de 28 de febrero de 2017 *(RJ* 2017, 605) dispone que se trata de «una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto, la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derechos. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.ª, de 14 de julio de 2009 *(JUR* 2009, 351416) indica que «de forma constante por doctrina y jurisprudencia constituye precario "la tenencia o disfrute de cosa ajena, sin pago de renta o merced, ni razón de derecho distinta de la mera liberalidad o tolerancia de su propietario o poseedor real, de cuya voluntad depende poner término a su tolerancia"».

Para la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 1.ª, de 29 de marzo de 2000 *(AC* 2000, 1930) equivale «a la posesión graciosa desprovista de cualquier derecho, ya que solo responde a la mera tolerancia del dueño»; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.ª, de 4 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 178471) siguiendo la tendencia doctrinal favorable a la inclusión en el concepto de precario de todos los supuestos en que una persona posee una cosa sin derecho alguno para ello, con independencia de la causa de la posesión, es doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1961 y de 26 de abril de 1963) que «el desahucio en precario, para ser eficaz, ha de apoyarse en dos fundamentos: de parte del actor, la posesión real de la finca, a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que le dé derecho a disfrutarla; y por otra parte del demandado, la condición de precarista, es decir, la ocupación del inmueble sin ningún otro título que la mera tolerancia del dueño o poseedor, apareciendo ambos requisitos como suficientes, pero también como necesarios para el éxito de la acción». Por otro lado, indica que «definido el precario como la situación de hecho que implica la utilización de los ajeno faltando el título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se ha tenido nunca, ya porque habiéndole tenido se pierde, siendo la carencia de título y el no pagar merced la esencia del precario, como hechos negativos y por la dificultad de su prueba, es al demandado a quien corresponde probar lo que se ponga a esta afirmación, bastándole para enervar la acción una mera prueba indiciaria o indirecta de la existencia de título».

[235] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de enero de 2010 *(RJ* 2010, 2323).

[236] DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993). Comentario al artículo 1750 del Código Civil, *op. cit.*, 1620; DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN BALLESTEROS, Á. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 162 señalan que, el poseedor puede pagar cantidades en contraprestación por el uso (v.gr., recibos de luz, gastos de comunidad, etc.) y, además, salvo pacto en contrario, los gastos de mero uso no desnaturalizan el precario; BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1750 del Código Civil, *op. cit.*, 1893. *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de noviembre de 2008 *(RJ* 2008, 7255); y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, de 5 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 146386).

[237] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2017 *(RJ* 2017, 4688).

[238] ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, 466.

[239] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 14 de octubre de 1993 *(AC* 1993, 2161); de la Audiencia Provincial de Soria, de 12 de diciembre de 1996 *(AC* 1996, 2542); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 10ª, de 28 de octubre de 2000 *(JUR* 2001, 72740); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.ª, de 23 de diciembre de 2000 *(JUR* 2001, 95808); de la misma Audiencia Provincial y secc., de 2 de febrero de 2001 *(JUR* 2001/116194);de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 6.ª, de 1 de mayo de 2002; y, secc. 1.ª, de 19 de febrero de 2003; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 5.ª, de 21 de enero de 2002 *(JUR* 2002, 73023); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 1 de febrero de 2002 *(AC* 2002, 430); de la Audiencia Provincial de

Cádiz, secc. 7.ª, de 4 de marzo de 2002 *(JUR* 2002, 137446); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, de 28 de febrero de 2003 *(JUR* 2003, 135946); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.ª, de 3 de octubre de 2003 *(JUR* 2003, 264463); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 3.ª, de 14 de julio de 2006 *(AC* 2006, 2375); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 4.ª, de 13 de mayo de 2009 *(JUR* 2009, 401496).

[240] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, 2 de noviembre de 1993 *(AC* 1993, 2359); de la Audiencia Provincial de Ávila, de 16 de febrero de 1995 *(AC* 1995, 839); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 16 de julio de 1996 *(AC* 1996, 1438); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 1.ª, de 2 de septiembre de 1999 *(AC* 1999, 7362); dela Audiencia Provincial de las Islas Balares, secc. 5.ª, de 26 de septiembre de 2000 *(JUR* 2000, 301745); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 25 de octubre de 2000 *(JUR* 2000, 304363); de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, de 28 de noviembre de 2000 *(JUR* 2001, 63496); y, secc. 1.ª, de 31 de julio de 2002 *(JUR* 2003, 41232); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 1.ª, de 2 de septiembre de 1999; secc. 5.ª, de 8 de noviembre de 1999; y, secc. 4.ª, de 11 de septiembre de 2002; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 3.ª, de 22 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004, 44313); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.ª, de 5 de octubre de 2004 *(JUR* 2004, 304274); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 4.ª, de 16 de diciembre de 2004 *(JUR* 2005, 29020); de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.ª, de 18 de enero de 2005 *(JUR* 2005, 64151); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, de 20 de mayo de 2005 *(JUR* 2006, 46247); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.ª, de 26 de septiembre de 2006 *(JUR* 2007, 134618); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 5.ª, de 29 de marzo de 2007 *(JUR* 2007, 21389); de la misma Audiencia y secc., de 27 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008, 5616); de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.ª, de 21 de enero de 2008 *(JUR* 2008, 12515); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, de 2 de julio de 2008 *(JUR* 2008, 345536); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.ª, de 15 de abril de 2011 *(JUR* 2011, 240779; de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, de 1 de marzo de 2012 *(JUR* 2012, 118599); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, de 18 de septiembre de 2012 *(JUR* 2012, 368684); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 11.ª, de 22 de marzo de 2013 *(JUR* 2013, 174403); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 7 de mayo de 2014 *(JUR* 2014, 195423) se aplican por analogía esta doctrina a la unión de hecho; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 1 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 127271); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, de 20 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 37601); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 11.ª, de 25 de noviembre de 2020 *(JUR* 2021, 75694).

[241] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 20 de junio y 25 de octubre de 2000; y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 20 de octubre de 2000 y, secc. 3.ª, de 12 de septiembre de 2002.

[242] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 5.ª, de 14 de octubre de 1993; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 3.ª, de 2 de febrero de 1995; de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.ª, de 19 de junio de 1995 y secc. 1.ª, de 19 de noviembre de 1996; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 10ª, de 2 de febrero de 1998; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 27 de octubre de 1998; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.ª, de 24 de noviembre de 2000 y, secc. 4.ª, de 23 de diciembre de 2000; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6.ª, de 29 de mayo de 2002; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 10ª, de 28 de octubre de 2002; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, de 28 de febrero de 2003; y de 21 de enero de 2002; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 5.ª, 21 de enero de 2002; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 7.ª, de 4 de marzo de 2002.

[243] *RJ* 1964, 5552.

[244] *RJ* 1992, 10250.

[245] Roj STS 20231/1994; ECLI:ES:TS:1994:20231.

[246] *RJ* 2006, 180.

[247] *RJ* 2008, 5587.

[248] *RJ* 2008, 6923.

[249] *RJ* 2008, 6925.

[250] *RJ* 2009, 5.

[251] *RJ* 2009, 393.

[252] *RJ* 2009, 2323.

[253] *RJ* 2010, 274. Se ha formuló voto particular por los magistrados Excmos. Sres. D. Xavier O'Callaghan Muñoz y D. Antonio Salas Carceller estimando que, en este supuesto estamos ante un comodato y no ante un precario.

En la misma línea, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de octubre de 2009 (*RJ* 2009, 5704); de 25 de febrero de 2010 (*RJ* 2010, 1407); de 14 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 6041); de 11 de noviembre de 2010 (*RJ* 2010, 8048); de 22 de noviembre de 2010 (*RJ* 2011, 936); de 18 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 935); de 30 de abril de 2011 (*RJ* 2011, 3724); de 10 de octubre de 2011 (*RJ* 2011, 6389).

[254] *RJ* 2011, 935.

[255] *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de octubre de 2011 *(RJ* 2011, 6708); de 11 de junio de 2012 *(RJ* 2012, 8848); de 14 y 15 de marzo de 2013 *(RJ* 2013, 2420; *RJ* 2013, 2174); de 13 y 14 de febrero de 2014 *(RJ* 2014, 1341; *RJ* 2014, 954); y, de 3 de diciembre de 2014 *(RJ* 2014, 6078); de 6 de marzo de 2015 *(RJ* 2015, 1104); y de 29 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 1917).

[256] *RJ* 2013, 2420.

[257] *RJ* 2016, 2216.

[258] *JUR* 2021, 341405. Con anterioridad, *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de noviembre de 2019 *(RJ* 2019, 4588); de 2 de junio de 2020 *(RJ* 2020, 1589); y, de 17 de noviembre de 2020 (Roj. STS 3805/2020; ECLI:ES:TS:2020: 3805).

Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 11.ª, de 9 de diciembre de 2021 (Roj. SAP V 4559/2021; ECLI:ES:TS:2021:4559) no procede el desahucio instando por el ex esposo, respecto de una vivienda cedida por el matrimonio al hijo de la ex esposa, pues, la demanda de desahucio se presenta únicamente por el copropietario de la mitad indivisa contra la expresa voluntad de la otra copropietaria. A tal fin argumento que, si bien es cierto que, cualquier copropietario tiene derecho a ejercitar acciones en beneficio de la comunidad de bienes, pero su legitimación cede en el supuesto que concurra una expresa oposición del resto de los comuneros, ya que es la mayoría de las cuotas la que decide el interés de la comunidad, salvo en caso de mala fe o abuso del derecho. La solución del caso se encuentra en la idea que el ejercicio de la acción de desahucio es un acto de administración y conforme al artículo 398 del Código Civil, en la administración de la cosa común habrá de respetarse el acuerdo de la mayoría, por lo que no parece que pueda darse lugar al desahucio cuando consta claramente la oposición del titular de la mitad de la comunidad. Debe tenerse presente que, ambos copropietarios en su día cedieron el uso de la vivienda a los codemandados y el actor no ostenta la administración exclusiva del bien, existiendo intereses contrapuestos de ambos comuneros al ser el poseedor hijo de la copropietaria.

[259] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de mayo de 1948 afirma que «(…) como solamente cabe reputar poseedor de buen fe, conforme al artículo 433, al que ignora que su título o modo de adquirir existe un vicio que lo invalide, resulte evidente que el derecho a la retención de la cosa únicamente puede reconocerse en el poseedor con título, es decir, en el poseedor civil, pero no en el precarista, que carece de título y goza solo de la mera tenencia o posesión natural de la cosa y, por tal motivo, no puede retener este en su poder por los gastos que en la misma hubiese realizado, ni impedir el desahucio…».

[260] *RJ* 2002, 4449.

[261] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 1984 *(RJ* 1984, 3804); y, de 7 de marzo de 2018 *(RJ* 2018, 919).

[262] En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de abril de 1997 *(RJ* 1997, 3434).

[263] DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I. (2010). Comentario al artículo 455 del Código Civil. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, 578; UREÑA MARTÍNEZ, M. (2021). Comentario al artículo 455 del Código Civil. En: R. Bercovitz-Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 696; DÍAZ ROMERO M.ª Del R. (1997).

Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio, Madrid: McGraw-Hill, 34-35 y 39. Asimismo, *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 1956 *(RJ* 1956, 922); de 4 de abril de 1968 *(RJ* 1968, 2034); de 22 de enero de 1980 *(RJ* 1980, 84); de 10 de diciembre de 1991 *(RJ* 1991, 8925); y, de 13 de octubre de 1995 *(RJ* 1995, 7080).

[264] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 2008 *(RJ* 2008, 6925); y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 7 de mayo de 2014 *(JUR* 2014, 195423).

[265] LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1750 del Código Civil, *op, cit.,* 2180. *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de marzo de 2008 *(RJ* 2008, 4062).

[266] En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de julio de 2013 (Roj. STS 6651/2013; ECLI.ES.TS:2013:6651) al declarar «el supuesto en cuestión se encuadra metodológicamente en el ámbito de protección posesoria de las cosas comunes de la herencia durante el periodo de indivisión de la misma (arts. 445 y 450 CC); de forma que, aunque se admite la coposesión, y su tutela, ello no autoriza a ningún heredero a que posea con carácter exclusivo un bien que pertenece pro-indiviso a la comunidad hereditaria. Lo actuado en este sentido comporta una clara extralimitación de su derecho de coposesión carente, por tanto, de una necesaria cobertura formal del derecho (…)». Asimismo, *Vid.*, la Sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala de 14 de febrero de 2014; y, 21 de diciembre de 2020 *(RJ* 2020, 5037) procede la acción de desahucio por precario instada por la primera esposa del causante contra la segunda respecto de la vivienda que corresponde a la comunidad postganancial, aun sin liquidar formada por aquella y por la comunidad hereditaria del causante, a la que pertenece la segunda esposa como legataria del usufructo y que tiene la posesión exclusiva de la vivienda. La circunstancia de no haber hecho constar la actora en su demanda que actúa en beneficio de la comunidad no es razón para negarle la legitimación, si se trata de una pretensión que, de prosperar redundará en provecho de la misma y siempre que no se demuestre una actuación en su beneficio exclusivo, como es el caso. La actora ha puesto de manifiesto su condición de cotitular de la vivienda como bien perteneciente a una sociedad de gananciales no liquidada y no reclama para sí la posesión de la vivienda con exclusión de los demás interesados en la comunidad postganancial, lo que incurriría en la misma posesión exclusiva que contravendría el fundamente de acción que ejercita.

[267] CUADRADO PÉREZ, C. (2012). Cesión gratuita de viviendas y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 734, 3180; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar, *op. cit.,* 1905; DE VERDA Y BEEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G. (2015). El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias española e italiana, *op. cit.,* 3413-3421; GÓMEZ LINACERO, A. (2021). Precario y comodato; diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida, *op. cit.,* 22-24; MARÍN LÓPEZ, M.J. (2009). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2008, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* número 80, 686-687; ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.,* 477-483. En la doctrina italiana, VIRGADAMO, P. (2015). Il comodato casa familiare in italia: un rapporto precario, *Actualidad Jurídica Iberoamericana, número 3 bis, noviembre*, 409.

[268] *Vid.*, ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.,* 483-487. Asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de mayo de 1990 *(RJ* 1990, 3827); de 29 de octubre de 2008 (Roj. STS 5636/2008; ECLI:ES:TS:2008:5636); y, de 3 de diciembre de 2014 (Roj. STS 4837/2014; ECLI:ES:TS:2014:4837). Asimismo, *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 19 de noviembre de 1996 *(AC* 1996, 2259); y, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 13 de noviembre de 1999 *(AC* 1999, 8030).

En la Sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 13 de abril de 2009 *(RJ* 2009, 2895) ante una venta del usufructo de la vivienda familiar por el propietario a su madre, tiene lugar la separación conyugal del nudo propietario y la atribución de la vivienda al hijo

y a su cónyuge. Se consiente por la usufructuaria la continuidad en el uso. No procede, en consecuencia, el desahucio por precario instado por esta.

[269] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8.ª, de 21 de marzo de 1997 (Roj. SAP M 182/1997; ECLI:ES:APM:1997:182).

[270] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 20.ª, de 29 de junio de 2016 (Roj. SAP M 9091/2016; ECLI:ES:APM:2016:9091).

[271] Para la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2021 *(RJ* 2021, 2510) la cesión de la vivienda familiar en precario supone un acto propio: su desalojo deberá efectuarse en procedimiento de desahucio, dado que esta Sala en sede de proceso matrimonial, no puede atribuir, ni desalojar vivienda que no sea familiar.

[272] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1992 (Roj. STS 8816/1992; ECLI:ES:TS:1992:8816). En esta línea, CUADRADO PÉREZ, C. (2012). Cesión gratuita de viviendas y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia, *op. cit.,* 3180.

[273] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, de 24 de abril de 2012 (Roj. SAP CS 465/2012; ECLI:ES:APCS:2012:465) para quien el cambio de posesión de los demandantes pretendiendo forzar la figura del precario atenta contra los principios de buena fe (art. 7 CC) o incluso de la doctrina de los actos propios; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.ª, de 16 de junio de 2003 se alegó abuso del derecho.

[274] ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.,* 503. En este sentido, CUADRADO PÉREZ, C. (2012). Cesión gratuita de viviendas y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia, *op. cit.,* 3187.

[275] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2011 (Roj. STS 6496/2011; ECLI:ES:TS:2011:6496); y, de 11 de diciembre de 2019 *(RJ* 2019, 5073).

1.3. Derechos Reales

Sistema registral y blockchain*

Land register and blockchain

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora titular (acreditada) de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria.

RESUMEN: La nueva tecnología de sistema de bloques *o blockchain* garantiza las transacciones que se realizan a través de ella, llegando a plantearse si puede ser un sustituto eficaz del Registro de la Propiedad a la hora de agilizar y garantizar la propiedad, su transmisión y otros derechos reales, sin necesidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad. En este trabajo se analiza brevemente las características de esta tecnología, para tratar de ver, después, si sirve y en qué medida como alternativa a nuestro sistema registral español. El examen de las especiales características de nuestro sistema registral y sus efectos de seguridad frente a terceros e indudable contribución a la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario nos conducen a concluir la dificultad de dicha sustitución.

ABSTRACT: The new technology of the block system or blockchain guarantees the transactions that are carried out through it, even asking whether it can be an effective substitute for the property registry when it comes to speeding up and guaranteeing the property, its transmission and other real rights, without the need for registration in the Property Registry. In this paper, the characteristics of this technology are briefly analyzed, to try to see, later, if it works and to what extent as an alternative to our Spanish registry system. The examination of the special characteristics of our registry system, and its security effects against third parties and undoubted contribution to the legal security of real estate traffic, lead us to conclude the difficulty of such replacement.

PALABRAS CLAVE: Registro. *Blockchain*. Nuevas tecnologías. Propiedad. Seguridad jurídica.

KEYWORDS: Land register. Blockchain. New technologies. Property. Legal security.

---

* Trabajo realizado dentro del proyecto de investigación «Tutela de consumidores y clientes de servicios FinTech», (DER 2017-83321-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y dirigido por Matilde CUENA CASAS

SUMARIO: I. *BLOCKCHAIN*: CONCEPTOS GENERALES.—II. SISTEMAS REGISTRALES. ESPECIAL REFERENCIA AL ESPAÑOL.—III. POSIBILIDAD DE ENCAJE DE LA TECNOLOGÍA *BLOCKCHAIN* EN EL SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL. 1. Dificultades. 2. Papel de la tecnología *blockchain* como herramienta de apoyo.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. *BLOCKCHAIN*: CONCEPTOS GENERALES

Sin ninguna pretensión de tratar de explicar de forma pormenorizada el funcionamiento de la tecnología del sistema de bloques pues, amén de compleja, escapa de los objetivos de este artículo —y supongo que de las propias expectativas de sus lectores—, vamos a tratar, someramente, y de forma sencilla, de explicar en qué consiste y cuáles son sus características, con el único propósito de poder llegar a concluir si puede ser o no un sustituto eficaz del Registro de la Propiedad español.

De este modo, podemos definir el *blockchain* como un fichero electrónico, descentralizado, inmutable y formado una cadena que comienza con un primer bloque conectado de manera inmodificable, ininterrumpida y permanentemente con el siguiente, sin posibilidad de vacíos o saltos entre ellos[1].

Es, en definitiva, una tecnología que «permite a grandes grupos de personas y organizaciones confiar, ponerse de acuerdo y grabar información en una base de datos compartida sin una autoridad central. Es una herramienta para crear confianza *on line*»[2].

En cada bloque existe un registro que incluye, de cada transacción que se ha realizado e incorporado a la cadena, un *hash*, con datos sobre su existencia y su fecha y hora exacta, que son los códigos alfanuméricos que vinculan los bloques entre sí. La tecnología de registro distribuido (DTL), como afirma BOLDÓ RODA, se basa en «el uso de determinadas modalidades de criptografía que permiten otorgar a la firma en *blockchain* un valor de firma segura o avanzada por identificar el firmante y los datos firmados por él, con un alto nivel de confianza. La *blockchain* es solo una variante de registros DTL. Para que haya *blockchain* tiene que haber trasvase de datos que se enlacen entre sí a través de *hashes* de sello temporal»[3].

Es un sistema seguro que se caracteriza por su inmutabilidad, la integridad de su información, la resistencia a *hackeos*, la replicabilidad de la información y la transparencia[4]. Como afirma PAÑOS PEREZ, tiene las siguientes características: «consenso (para que la información contenida en un bloque sea considerada válida todos los participantes deben estar de acuerdo); origen, (todos los nodos pueden verificar el momento en que un determinado archivo se ha registrado en la cadena de bloques, quién fue su primer titular y todos los ulteriores cambios de titularidad producidos hasta el presente); inmutabilidad (ningún participante en la cadena de bloques puede manipular la información, una vez haya sido registrada). De esta última característica podemos extraer, precisamente, la seguridad jurídica que atesora dicha tecnología»[5].

Al tratarse de un sistema descentralizado[6], no hay un intermediario que identifique la información, sino que son los propios nódulos independientes entre sí, los que registran y validan las transferencias, sin que haya previamente un conocimiento entre ellos. Y una vez que se incorpora la información a estos bloques, no se permite su borrado, permitiéndose solo nuevos ingresos que sean

congruentes con la transacción realizada, sin que se pierda nunca la información almacenada[7].

Parece un sistema seguro que, al ser de carácter inmutable, garantiza que lo que en ella se ha incorporado permanece inalterable, y da garantías de certeza.

II. SISTEMAS REGISTRALES. ESPECIAL REFERENCIA AL ESPAÑOL

La diversidad de sistemas registrales existentes en el mundo, con mayor o menor seguridad jurídica, hace que la tecnología *blockchain* no sea igual de útil o efectiva en todos ellos.

De este modo, hay determinados países con un sistema registral malo, corrupto o simplemente inexistente que han acogido la tecnología que ofrece la cadena de bloques, adaptándolo, para mejorar su sistema de garantía en las transmisiones patrimoniales sucesivas[8].

Es el caso de Honduras, Georgia, y el más ambicioso de Ghana, donde se pretende registrar títulos de propiedad en *blockchain* y respaldar la publicidad de dichos títulos y su ejecutividad mediante contratos inteligentes que permitan mejorar las garantías inmobiliarias de los microcréditos y los contratos gubernamentales de inversión[9].

Al margen de estos países sin sistema registral o corrupto, existen otros países en los que el sistema registral funciona relativamente bien o muy bien. Pero, entre ellos, debemos distinguir, a su vez, aquellos que tienen un sistema registral de documentos o títulos (por ejemplo, Suecia, Inglaterra, o Francia), de los que tiene un sistema de derechos (España, Alemania). Normalmente, se ha entendido que es más fácil sustituir el Registro de la Propiedad en un sistema de títulos o documentos que en uno de derechos.

Ello es así porque el sistema de títulos se limita a recoger, a modo de archivo, los documentos que se presentan, datándolos, pero sin ofrecer garantía o seguridad de lo que recogen, dejando esta función a los tribunales quienes deberán decidir en caso de litigio quién es el titular del derecho contenido en el documento. De este modo, en estos sistemas, no hay calificación registral, no hay examen cualificado del documento presentado, se limitan a recoger de forma ordenada cronológicamente esos documentos, se incorporan a un archivo sin más eficacia que la negativa propia de lo no inscrito y no aseguran el derecho de su titular frente a todos, pudiendo, en consecuencia, su titular, perder el derecho inscrito, con la correspondiente indemnización.

En estos casos, la incorporación del título al Registro de la Propiedad para su archivo y constancia no difiere mucho de la incorporación del documento a la cadena de bloques, donde, a diferencia del Registro, se asegura su inmutabilidad, es decir, que su contenido no puede modificarse por ninguna de las partes intervinientes. En estos casos, el *blockchain* puede aportar mayor garantía que el propio sistema registral y por eso se está aplicando con relativo éxito en estos países.

Sin embargo, nuestro sistema registral es de los más perfectos y seguros del mundo. Se trata de un registro de derechos, de inscripción declarativa, con presunción de exactitud y mantenimiento en la adquisición. Los derechos que publica se entienden que existen y pertenecen a su titular en la forma en la que están inscritos, y son oponibles frente a todos, haciendo verdadero propietario a quien conste inscrito en el Registro ante cualquier tercero que lo reclame. La fe pública registral es una garantía de seguridad para el tráfico jurídico inmobiliario. Y no puede olvidarse la labor que realiza el registrador de la propiedad: la

calificación registral. Esta no puede entenderse, sin más, como la comprobación de los requisitos formales, o del cumplimiento del tracto sucesivo, sino que va mucho más allá[10], siendo la base de la legalidad y de la fe pública registral, pues asegura que lo que se inscribe en el Registro es cierto, para luego poder publicarse frente a todos como tal; el registrador examina la legalidad y la validez de los negocios que se inscriben, y esto no puede hacerse nunca en un sistema de archivo a través de cadena de bloques que es descentralizado y autónomo.

Cuanto mayor sea la protección que un sistema registral ofrezca, mayores han de ser los controles establecidos para el acceso de los títulos causantes de la modificación jurídico-real en el Registro, pues como afirmaba Jerónimo GONZALEZ[11], «de otro modo, los asientos solo servirán para engañar al público, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos litigios».

Por todo ello, y debido a la perfección de nuestro sistema registral, la plenitud de sus efectos, y la seguridad casi total que ofrece en el tráfico jurídico, creemos que en ningún caso la tecnología *blockchain* puede sustituir al Registro de la Propiedad, ni hay necesidad para ello, a diferencia de esos países con sistemas registrales más precarios.

III. POSIBILIDAD DE ENCAJE DE LA TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN* EN EL SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL

Como acabamos de adelantar, la posibilidad de que la tecnología *blockchain* sustituya nuestro registro de la propiedad es escasa. Como ya hemos dicho, las especiales características de nuestro sistema registral, y la eficacia casi plena que con el mismo se consigue, dificultan enormemente que esta nueva tecnología pueda encajar, sustituir o mejorar nuestro sistema registral, ya de por sí muy completo y eficaz.

Vemos a continuación las dificultades para ello:

1. Dificultades[12]

1. La inclusión de un documento en una cadena de bloques no puede proporcionar oponibilidad frente a terceros del derecho real que contiene porque no puede garantizar la válida adquisición del derecho en cuestión, ya que no hay un control de legalidad de los documentos, de la capacidad de los otorgantes, y de la validez del negocio jurídico transmisivo: de las posibles causas de nulidad o anulabilidad y la retroacción de sus efectos (art. 18LH)[13]. En definitiva, falta la imprescindible función registral, que debe incluir ese control de legalidad.

2. Correríamos el riesgo de alterar nuestro sistema causalista, refrendado por el Registro de la Propiedad: la causa no solo se presume (1277 CC), sino que es necesaria inscribirla en el Registro, y esa causa de la transmisión del derecho es el título: contrato antecedente que debe quedar registrado. La incorporación de un documento en el que se transmite la propiedad a la cadena de bloques sin especificar la causa, y sin que pueda comprobarse cuál es, puede quebrar nuestro sistema[14].

3. El principio de prioridad registral con sus consecuencias de cierre registral y *prior tempore potior iure* para los derechos que llegan al Registro no puede realizarse por la tecnología *blockchain*: si llegan varios documentos a la vez, el presentante no puede conocer la prioridad[15]. Como afirma NAVARRO GÓMEZ-

FERRER, las transacciones se introducen en la cadena de bloques por otros criterios distintos de la prioridad temporal, y el sello del tiempo y el certificado digital que se puede emitir en ella no alcanza los niveles de seguridad suficientes[16].

4. Ese fichero de bloques incorpora el documento con un sinfín de datos personales que pueden ser conocidos por todos los participantes e integrantes de la cadena pues, precisamente, la publicidad de sus datos da fuerza a este sistema, ya que «toda la información almacenada en las cadenas es libremente accesible por cualquier persona, se refiera o no a las transacciones por ella realizadas»[17]. Todo esto va en contra de la Ley de Protección de Datos española, y, además, la calificación registral y la especialidad hacen que el registrador inscriba solo los datos con eficacia real relevantes que solo los conocerán aquellos que acrediten un interés legítimo en ellos, no todos los participantes en la cadena de bloques ajenos a la transacción, y se vela por la salvaguarda de los datos personales de los interesados. Además, como también afirma PAÑOS, la cadena de bloques, por su inmutabilidad, chocaría con el «derecho al olvido digital»[18], al resultar imposible borrar los datos que allí se contienen, vulnerando en definitiva toda la normativa de protección de datos.

5. No ofrece responsabilidad alguna si existiera un fallo en la cadena que perjudicara al adquirente, a diferencia de la responsabilidad de los registradores que responden con su patrimonio (art. 296 LH). El problema de quién responde ante los errores o fallos de los derechos transmitidos es importante porque, por lo menos, el perjudicado puede obtener una indemnización por ese mal funcionamiento. Cuestión que no se conoce todavía en la cadena de bloques, ofreciéndose diversas alternativas: deben responder los mineros, los nodos, los desarrolladores del protocolo o de la infraestructura… Como dice GÓMEZ GÁLLIGO, «debería establecerse una autoridad supervisora que asumiera la responsabilidad patrimonial por los daños producidos a los intervinientes por el mal funcionamiento del sistema»[19].

6. Para la correcta tokenizacion de activos inmobiliarios, que necesita indispensablemente la vinculación del token con la finca real a través de la inscripción en el registro de ese token, nueva forma digital del inmueble, es precisa la labor registral, no puede llevarse a cabo esa vinculación por *blockchain*[20].

7. La autonomía de la voluntad de las partes y el libre albedrío se pueden ver limitados. Nuestro sistema de transmisión de la propiedad, y nuestro sistema jurídico, en general, tiene como principio la autonomía de la voluntad de las partes (1255 CC) que se refleja en la libertad para contratar y en el *numerus apertus* de derechos reales. Si optamos por un sistema de *blockchain* esta autonomía de la voluntad de las partes se ve cercenada, ya que en la cadena de bloques solo pueden incorporarse modelos de contratos previamente establecidos, donde las partes no pueden libremente incorporar sus estipulaciones, sino solo rellenar los campos o formularios pre-establecidos. Solo tendría posibilidad en un sistema de *numerus clausus* que no es lo que corresponde en nuestro ordenamiento[21].

8. No se asegura, o no se otorgaría, suficiente protección a los consumidores. En nuestro sistema actual, la protección al consumidor y la necesidad de transparencia, legalidad y de que el consumidor comprenda y entienda todas las cláusulas de los contratos que celebre para adquirir la propiedad (sea la compraventa, o el contrato de préstamo hipotecario), tal y como ha venido exigiendo el TJUE en numerosas resoluciones[22], es esencial. Pues bien, esa transparencia para el consumidor se consigue a través de la redacción clara y el control que hacen tanto los notarios como los registradores de las cláusulas establecidas. Un sistema totalmente automatizado y electrónico podría no ser lo suficientemente

transparente o comprensible para el consumidor, además, debe producirse un control de los algoritmos y programas que incidan en los consumidores, que todavía no está claro[23].

En definitiva, la tecnología *blockchain* no mejora o no sirve para realizar las funciones y obtener los efectos propios de nuestro sistema registral; no encaja con su forma de organizarse, ni con la de producir efectos. Por otra parte, otorga menos garantías y, en definitiva, menos seguridad jurídica que el Registro de la Propiedad. Por todo ello, entendemos que no es una tecnología que venga a sustituir nuestro complejo, pero eficaz, sistema registral.

Hay algún intento doctrinal[24] por describir un modelo de registro inmobiliario en el que bastara la tecnología *blockchain*, en concreto, regida por el protocolo Ethereum, otorgando la seguridad jurídica necesaria simplemente aplicando la cadena de bloques a la transmisión de la propiedad, sin necesidad alguna de presencia humana, y de la labor del registrador. Estos intentos doctrinales pasan por construir un sistema registral muy distinto del que tenemos en España. Para que la cadena de bloques funcione como sistema registral seguro, este debería ser un sistema de inscripción constitutiva, abstracto, en el que rigiera el principio del consentimiento formal y un sistema de *numerus clausus* en los derechos reales[25]. Es decir, nada que ver con nuestro sistema actual, lo que conllevaría a un sinfín de reformas legislativas y a la pérdida de la esencia de nuestro sistema registral como instrumento de seguridad jurídica preventiva. No creemos, en definitiva, poder sustituir nuestro sistema registral con uno basado únicamente en las nuevas tecnologías.

2. Papel de la tecnología *blockchain* como herramienta de apoyo

A pesar de ello, ¿podría ser útil la *blockchain* para el Registro de alguna otra forma? Creemos que sí, nunca como sustituto de seguridad jurídica preventiva, pero sí puede ayudar mucho a este, como herramienta técnica, como fichero digital de documentos, que sirva para agilizar y actualizar los folios y ficheros registrales, pero siempre vigilado y supervisado por el registrador, cuyas funciones y control de legalidad nunca va a poder sustituir.

En un registro de documentos (caso que no es el nuestro), podría tener todavía más valor como soporte tecnológico, como base de datos, digitalizado y descentralizado con capacidad para almacenar datos, historiales registrales, de manera segura e inmutable, pero no cabe duda de que también puede ayudar a nuestro registro de derechos. En este sentido, podría ser un avance tecnológico que facilitara el registro y archivo de datos (mejorando el archivo de datos, como copia encriptada de seguridad y añadiendo seguridad jurídica respecto al tracto sucesivo), que coopere en la identificación de los sujetos intervinientes, y facilite la «notarización de documentos y la transmisión de pequeñas cantidades y transacciones basadas en la posesión, así como, a lo sumo, el uso de *blockchains* privadas para propósitos de archivo»[26].

Pero, también, algún autor intuye que la tecnología *blockchain* tiene más aplicaciones en el ámbito inmobiliario, de este modo, GÓMEZ GÁLLIGO[27] considera que puede ser muy útil en la vivienda colaborativa (condominios, condhoteles, etc.), donde puede servir de instrumento válido para adoptar decisiones de gestión, mantenimiento y dirección de la copropiedad, cuestiones todas ellas en el plano obligacional; pero también podría utilizarse para la transmisión del uso en ese tipo de viviendas colaborativas, de forma similar a cómo se comparte el uso

de otros bienes muebles a través de las nuevas tecnologías. Esa transmisión del uso, que queda fuera del Registro de la propiedad, podría servirse de la cadena de bloques y su seguridad para la garantía y efectividad de las transmisiones. De hecho, el Colegio de Registradores, inició el proyecto REGTURI para registrar los inmuebles con uso turístico, basándose en la tecnología de la cadena de bloques. Este proyecto «verifica y valida que el uso turístico es correcto, generando un identificador con nota marginal en el Registro de la Propiedad. Con este registro se pretende frenar el fraude, proteger al usuario y colaborar con otras administraciones, como la tributaria»[28].

IV. CONCLUSIONES

I. El Registro de la Propiedad español es un registro de derechos, que no se limita a la mera recepción y archivo cronológico de los documentos presentados al mismo, sino que recoge e inscribe los derechos reales que previamente se han formado fuera del Registro, tras el examen o calificación del registrador, extrayendo únicamente de los documentos presentados aquello que debe tener eficacia *erga omnes*. Una vez inscritos los derechos en el registro, se presumen ciertos y se garantiza su adquisición frente a todos.

II. Estas características de nuestro sistema registral, como un sistema de inscripción declarativa, de derechos, de inscripción, y que produce efectos de fe pública, hacen que sea muy difícil sustituir su labor y eficacia por un sistema tecnológico de cadena de bloques.

III. En efecto la tecnología *blockchain* o cadena de bloques se caracteriza por su inmutabilidad, la integridad de su información, la resistencia a *hackeos*, la replicabilidad de la información, la transparencia y la descentralización, lo que supone la ausencia de un control o regulador externo al sistema que pueda verificar la validez de las transacciones, y donde se incorporan documentos privados a un bloque, cuyos datos pueden ser conocidos por todos los participantes en el sistema.

IV. De este modo, la tecnología *blockchain* no puede proporcionar oponibilidad frente a terceros del derecho real que contiene, porque no puede garantizar la válida adquisición del derecho en cuestión, ya que no hay un control de legalidad de los documentos, de la capacidad de los otorgantes, y de la validez del negocio jurídico transmisivo.

V. Tampoco garantiza la prioridad de los documentos que en él se incorporan, pues no puede asegurar el cierre registral ni el presentante puede conocer en qué orden se insertó su documento.

VI. La tecnología de bloques se basa, entre otras cosas, en la publicidad de los datos que contiene para todos los participantes en el sistema, lo que puede vulnerar la Ley de Protección de Datos, a diferencia de lo que ocurre con el sistema registral, donde solo pueden conocer los datos aquellos que demuestren un interés legítimo en ellos.

VII. No ofrece responsabilidad alguna si existiera un fallo en la cadena que perjudicara al adquirente, a diferencia de la responsabilidad de los registradores que responden con su patrimonio (art. 296 LH).

VIII. En el sistema de *blockchain* la autonomía de la voluntad de las partes se ve cercenada, ya que en la cadena de bloques solo pueden incorporarse modelos de contratos previamente establecidos, donde las partes no pueden libremente incorporar sus estipulaciones; por lo tanto, se iría en contra del *numerus*

apertus limitado de derechos reales que existe en nuestro sistema registral. Sería una tecnología más adecuada para aquellos sistemas de *numerus clausus* de derechos reales.

IX. En definitiva, no es un sistema que sirva para sustituir nuestro especial y seguro sistema registral que sí garantiza los derechos inscritos porque se ha hecho una previa calificación de la validez de los mismos, y proclama efectos de fe pública para todos. Deberían producirse muchas modificaciones legales, desde luego, pero también estructurales en nuestro sistema registral (cambiar a registro de títulos, abstracto, numerus clausus, sin efectos de prioridad y fe pública) para que tuviera buena aplicación. Pero eso, ya no sería mejorar nuestro sistema registral con nueva tecnología, o sustituir el sistema de inscripción de libros por la cadena de bloques, sino que implicaría una transformación profunda del sistema registral que pasaría a ser otro distinto del que tenemos.

X. Por lo tanto, entendemos que hoy en día esta tecnología no puede sustituir nuestro sólido sistema registral.

XI. Eso, sí, la tecnología *blockchain* puede servir como apoyo a un sistema de archivo digital, facilitando determinadas transacciones, como herramienta técnica, como fichero digital de documentos, que sirva para agilizar y actualizar los folios y ficheros registrales, pero siempre vigilado y supervisado por el registrador.

XII. Por lo tanto, una herramienta que puede facilitar el archivo, pero nunca sustituir al Registro de la Propiedad y su eficacia plena *erga omnes*.

V. RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Justicia de la Unión Europea (SSTJUE):

- 14 de junio de 2012
- 14 de marzo de 2013
- 30 de abril de 2013
- 30 de mayo de 2013
- 17 de julio de 2014
- 21 de enero de 2015

Dirección General de los Registros y del Notariado (ahora Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública)

- Resolución 11 de febrero de 1951
- Resolución 5 de diciembre de 1961
- Resolución 23 de junio de 1964
- Resolución 13 de enero de 1965
- Resolución 24 de mayo de 1974
- Resolución 8 de noviembre de 2018

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARRUÑADA, B., (2020). Limitaciones de *Blockchain* en contratos y propiedad, en *Blockchain: Impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial,*

Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia (dir.), Luis Miguel Hinojosa Martínez (pr.), Aranzadi, 249-281.
BOLDÓ RODA, C., (2020). Cadena de bloques y registro de derechos, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas tecnologías,* 53, 25-54.
CRIADO ENGUIX, J., (2020). *Blockchain*: criptomonedas y tokenización de activos inmobiliarios. Efectos en el ámbito registral, *R.E.D.S*. núm. 16, enero-junio, 253-277.
GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., (2019). Registro de la Propiedad y los nuevos desafíos del *blockchain*, *en La protección al consumidor en la vivienda colaborativa*, Coord. Esther Muñiz Espada, La Ley, 569-598.
GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., (1948). *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, tomo II. Ministerio de Justicia, sección de publicaciones, Madrid.
MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., (2017). La transmisión electrónica de la propiedad de los inmuebles (eConveyancing), *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas tecnologías,* nº. 45, 25-46.
NAVARRO GÓMEZ-FERRER, S., (2020). *Blockchain* y Registro de la Propiedad, en *Blockchain: Impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial*, Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia (dir.), Aranzadi, 575-605.
Report Blockchain Innovation in Europe. Observatorio de la Unión Europea para Blockchain. Disponible en https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/20180727_report_innovation_in_europe_light.pdf
PAÑOS PÉREZ, A., (2019). El Registro de la Propiedad como sistema de garantía en la era de la *blockchain*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 2905-2941.
RODRÍGUEZ ABRIL, R., (2020). Propuesta de un nuevo modelo de Registro de Propiedad basado en tecnología *blockchain2, Derecom*, 28, 65-94. Disponible en http://www.derecom.com/derecom.
SIEIRA GIL, J y CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO, J., (2019). *Blockchain*, tokenización de activos inmobiliarios y su protección registral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 775, 2277 a 2318.
TOURIÑÁN MORANDEIRA, M.T., (2020). El Registro de la Propiedad y Mercantil en la era del big data. Iniciativas europeas de interconexión de registros, en *Blockchain: Impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial*, Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia (dir.), Aranzadi.

NOTAS

[1] Sobre el concepto y caracteres de la tecnología de cadena de bloques o *blockchain*, tomamos la definición y características que ofrece PAÑOS PÉREZ, A., (2019). El Registro de la Propiedad como sistema de garantía en la era de la «*blockchain*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 2922, recogiendo las palabras de Alex Preukschat: ««una base de datos que se halla distribuida entre diferentes participantes, protegida criptográficamente y organizada en bloques de transacciones relacionados entre sí matemáticamente»; o expresado más concisamente, «una base de datos descentralizada que no puede ser alterada».»

[2] Recoge esta definición NAVARRO GÓMEZ-FERRER, S., del Report Blockchain Innovation in Europe. Observatorio de la Unión Europea para Blockchain. Disponible en https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/20180727_report_innovation_in_europe_light.pdf

[3] BOLDÓ RODA, C. (2020). Cadena de bloques y registro de derechos, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas tecnologías,* 53, 27

[4] En este sentido, NAVARRO GÓMEZ-FERRER, S. (2020). «*Blockchain* y registro de la propiedad», en *Blockchain: Impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial*, Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia (dir.), Aranzadi, 585.

[5] PAÑOS PÉREZ, A., (2019). El Registro de la Propiedad como sistema de garantía en la era de la «*blockchain*», *ob. cit.*, 2922.

[6] El que sea un sistema descentralizado quiere decir que «funciona como una única base de datos que está instalada en una serie de computadoras (nodos) ubicadas en diferentes lugares geográficos y que no están conectadas a una única unidad de procesamiento, pero si están totalmente conectadas entre sí a través de una red de comunicaciones. En este sistema todos los nodos contienen información y todos los clientes del sistema están en condición de igualdad; y lo que es más importante, dado que todos disponen de una copia de esa base de datos en cada nodo, si falla uno, no colapsa el resto». CRIADO ENGUIX, J., (2020). *Blockchain*: criptomonedas y tokenización de activos inmobiliarios. Efectos en el ámbito registral*, R.E.D.S*. núm. 16, enero-junio, 265.

[7] En este sentido, BOLDÓ RODA, C. (2020), *ob. cit.*, 28.

[8] Sobre los países que han adaptado esta nueva tecnología en sus sistemas registrales, véase: MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., (2017). La transmisión electrónica de la propiedad de los inmuebles («eConveyancing»), *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas tecnologías,* nº. 45, 25-46; Y TOURIÑÁN MORANDEIRA, M.T., (2020). El registro de la propiedad y mercantil en la era del big data. Iniciativas europeas de interconexión de registros», en *Blockchain: Impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial*, Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia (dir.), Aranzadi; NAVARRO GÓMEZ-FERRER, S., (2020). *Blockchain* y Registro de la Propiedad, en *Blockchain: Impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial*, Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia (dir.), Aranzadi, 597-605.

[9] Como recoge CRIADO ENGUIX, ya se han hecho pruebas en diversos países para intentar establecer algún sistema de registro de la propiedad a través de tecnología blockchain en alguno de esos países, baste ver que «Factom está colaborando con el gobierno de Honduras en el desarrollo de un programa basado en *blockchain* para gestionar el registro de la propiedad de la tierra; y la República de Georgia se ha asociado con Bitfury para desarrollar títulos de propiedad basados en tecnología *blockchain* para la Agencia Nacional de Registro Público del país. El gobierno de Japón ha anunciado también que unificará todos los registros en un único Registro de la Propiedad y Bienes Raíces basado en *blockchain* y en Europa, Suecia ya está probando un sistema de este tipo». CRIADO ENGUIX, J., (2020). *Blockchain*: criptomonedas y *tokenización* de activos inmobiliarios. Efectos en el ámbito registral, *ob. cit.*, 275.

[10] No puede olvidarse que la calificación registral se extiende conforme al artículo 18 LH, a la validez de las formas extrínsecas, y si los documentos presentados fueran escrituras públicas, alcanza igualmente a la capacidad de los otorgantes y a la validez de los actos dispositivos contenidos en ella. De este modo, la jurisprudencia de la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado, ha señalado en repetidas ocasiones que la calificación alcanza a la capacidad de los otorgantes en las escrituras públicas, cuestión, imposible de controlar a través de un sistema de cadena de bloques. Baste como ejemplo las resoluciones de 23 de junio de 1964; 11 de febrero de 1951; 5 de diciembre de 1961; 13 de enero de 1965 y 24 de mayo de 1974. Cuando se trate de documentos judiciales o administrativos, la calificación se agota en las formalidades extrínsecas, alcanzando, en virtud de lo dispuesto en el artículo 99 y 100 RH, a la competencia del órgano, la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento, los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, la relación de este con el titular registral y los obstáculos que surjan del Registro.

[11] GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., (1948). *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, tomo II. Ministerio de Justicia, sección de publicaciones, Madrid, 434.

[12] Las dificultades para que la tecnología *blockchain* sustituya al Registro de la Propiedad han sido puestas de manifiesto por distintos autores, cuyas ideas recogemos en esta enumeración: GOMEZ GÁLLIGO, F.J., (2019). Registro de la Propiedad y los nuevos desafíos del «*blockchain*», en *La protección al consumidor en la vivienda colaborativa*, Coord. Esther MUÑIZ ESPADA, La Ley, 569-598; MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., (2017). La transmisión electrónica de la propiedad de los inmuebles («eConveyancing»), *Revista Aranzadi de Derecho*

y Nuevas tecnologías, núm. 45, 25-46; NAVARRO GÓMEZ-FERRER, S., (2020). *Blockchain* y Registro de la Propiedad, en *Blockchain: Impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial*, Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia (dir.), Aranzadi, 575-605; ARRUÑADA, B., (2020). Limitaciones de «*Blockchain*» en contratos y propiedad, en *Blockchain: Impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial,* Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia (dir.), Luis Miguel Hinojosa Martínez (pr.), Aranzadi, 249-281; PAÑOS PÉREZ, A., (2019). El Registro de la Propiedad como sistema de garantía en la era de la «*blockchain*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 2905-2941.

[13] En efecto, como sostiene PAÑOS PÉREZ, en un *blockchain* de documentos, «tratándose de documentos que han de producir efectos jurídicos, no olvidemos que se almacenaría tanto el *hash* de un documento válido como el de un documento nulo de pleno derecho. Se nos vuelven a plantear aquí, por tanto, las incertidumbres legales en torno a la posible ineficacia por causas de nulidad o anulabilidad del contrato y, sobre todo, la retroacción de los efectos del mismo que la nulidad conllevaría. Así, los documentos efectivamente incluidos en ella podrían adolecer de causas de nulidad o anulabilidad, puesto que no existe una instancia encargada de velar por su adecuación al ordenamiento jurídico». PAÑOS PÉREZ, A., (2019). El Registro de la Propiedad como sistema de garantía en la era de la «*blockchain*», *ob. cit.*, 2930.

[14] Es absolutamente necesario conocer la causa del negocio que da lugar al derecho real en el Registro, pues es fundamental distinguir si se trata de un negocio gratuito u oneroso, a efectos de la fe pública registral (art. 34 LH), y como ha recogido tradicionalmente la jurisprudencia registral.

[15] Insiste en esta idea PAÑOS PÉREZ: «De manera que, si se aplicase a los registros el protocolo seguido en las cadenas de bloques, ante una presentación sucesiva con relación a una misma finca, los presentantes no podrían conocer con qué rango o prioridad se van a inscribir sus derechos», *ob. cit.*, 2932.

[16] NAVARRO GÓMEZ-FERRER, S., (2020). *Blockchain* y registro de la propiedad, *ob. cit.*, 592.

[17] PAÑOS PÉREZ, A., (2019). El Registro de la Propiedad como sistema de garantía en la era de la «*blockchain*», *ob. cit.*, 2928.

[18] Establecido por el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, sobre protección de datos

[19] GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., (2019). Registro de la Propiedad y los nuevos desafíos del *blockchain*, *ob. cit.*, 579.

[20] Siguiendo en este punto a SIEIRA y CAMPUZANO, que consideran posible la *tokenización* de activos inmobiliarios, siendo el *token* una nueva forma digital del derecho de propiedad, que puede funcionar como una nueva forma de *traditio* simbólica, pero siempre debe estar vinculado con el inmueble real, vinculación que se consigue solo a través de la inscripción registral, en la que se toma nota de la *tokenizacion* de dicho inmueble. SIEIRA GIL, J y CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO, J., (2019). *Blockchain*, tokenización de activos inmobiliarios y su protección registral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 775, 2277 a 2318.

[21] En este sentido, y abogando por un sistema de *numerus apertus* de derechos reales, véase la Resolución de la DGRN 8 de noviembre de 2018 que recopila muchas otras.

[22] Entre otras: SSTJUE 14 de junio de 2012; 14 de marzo de 2013; 30 de abril de 2013; 30 de mayo de 2013; 17 de julio de 2014; 21 de enero de 2015.

[23] Así lo manifiesta NAVARRO GÓMEZ-FERRER, S., (2020). *Blockchain* y Registro de la Propiedad, *ob. cit.*, 594, y lo recoge la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de febrero de 2020, sobre los procesos automatizados de toma de decisiones (2019/2915 RSP).

[24] RODRIGUEZ ABRIL, R., (2020). Propuesta de un nuevo modelo de registro de propiedad basado en tecnología *blockchain, Derecom*, 28, 65-94. Disponible en http://www.derecom.com/derecom. Este autor pretende construir un nuevo sistema de registro, basado en la tecnología de bloques, a través de algoritmos. Resumimos con sus palabras su propuesta: «Proponemos la adopción de un sistema registral completamente automatizado, que funcionaría de un modo descentralizado, utilizando procedimientos estrictamente algorítmicos y tecnología *blockchain*. La razón para adoptar un sistema descentralizado como el *block-*

chain es que este carece de un punto único de fallo y, por lo tanto, es menos susceptible de sufrir ataques informáticos de denegación de servicio o de ransomware1 que tanto daño están haciendo en algunas administraciones públicas en España. Dentro de los diferentes protocolos de *blockchain* existentes, consideramos que Ethereum es idóneo para cumplir esta función, toda vez que —a diferencia de lo que sucede en el protocolo Bitcoin— su base de datos es capaz de almacenar información relativa a las cuentas de los usuarios (saldos, *tokens*, código ejecutable vinculado a la cuenta) y sus nodos están dotados de una máquina virtual capaz de ejecutar contratos inteligentes cuyo juego de instrucciones es Turing-completo. En cuanto a los requisitos legales necesarios para implementar el sistema, se exige la existencia de un sistema de trasmisión de la propiedad puramente abstracto y de un sistema de derechos reales basado en numerus clausus, como el alemán o el australiano, así como una reforma legislativa que atribuya efectos sustantivos y jurídico-civiles a los asientos electrónicos de este registro».

[25] En el mismo sentido se manifiesta ARRUÑADA, afirmando que la tecnología *blockchain* podría tener más sentido en los registros de propiedad más modernos que reducen «los derechos reales, definiendo un número menor y cerrado de tales derechos reales —el principio del numerus clausus tratado por Merril y Smith (2000), Hansman y Kraakman (2002) y Arruñada (2003)— y hacer que las transmisiones de la propiedad sean más abstractas (más formales)». ARRUÑADA, B., (2020). Limitaciones de «*Blockchain*» en contratos y propiedad, *ob. cit.*, 272.

[26] ARRUÑADA, B., (2020). Limitaciones de «*Blockchain*» en contratos y propiedad, *ob. cit.*, 275.

[27] GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., (2019). Registro de la Propiedad y los nuevos desafíos del *blockchain*, *ob. cit.*, 593-595, afirma este autor que, una vez inscrito el condominio, todas las actuaciones colaborativas que no supongan un derecho real podrían adoptarse a través de *blockchain*, de una forma transparente, automatizada y descentralizada. De este modo, esta tecnología puede servir para la toma de decisiones, responsabilidades de dirección y mantenimiento de edificios y espacios comunes, facilitando que todo el mundo pueda participar de manera efectiva en ellas. Y lo mismo aplica a los condhoteles y la transmisión del uso que se pueda hacer. Entiende que al igual que se comparte el uso de cosas muebles, podría compartirse el uso de las viviendas y edificios a través de redes automatizadas de utilización. En este campo los *Smart contracts* y la *blockchain* pueden tener utilidad.

[28] Colegio de Registradores, disponible en https://www.registradores.org/-/la-decana-de-los-registradores-destaca-que-la-innovacion-esta-en-el-adn-de-los-registradores-y-senala-el-compromiso-con-el-medio-ambiente-y-con-la-igualdad/.

1.4. Sucesiones

La adaptación del Código Civil de Cataluña a la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

The adaptation of the Civil Code of Catalonia to Law 8/2021, of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity

por

JOAN CUADRADO SOLER
Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la UNED
Abogado

RESUMEN: La Ley 8/2021, de 2 de junio, lleva a cabo una reforma sustantiva y procesal profunda y muy relevante en materia de discapacidad, quince años después de la Convención de la ONU, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Se analizan los cambios más significativos introducidos por esta nueva norma, que modifica el Código Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil. A continuación, se analiza el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento judicial de la capacidad operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, a fin de armonizar la legislación civil y sustantiva, propia del Derecho Civil catalán, al nuevo paradigma, con la intención de evitar conflictos normativos y contradicciones que puedan ocasionar inseguridad jurídica.

ABSTRACT: Law 8/2021, of June 2, carries out a deep and very relevant, substantive, and procedural reform in the field of disability, fifteen years after the UN Convention, made in New York on December 13, 2006. This work analyzes the most significant changes introduced by this new norm, which modifies the Civil Code, the Law of Voluntary Jurisdiction, and the Law of Civil Procedure. Next, this work analyzes the Decree-Law 19/2021, of August 31, by which the Civil Code of Catalonia is adapted to the reform of the judicial procedure of the capacity operated by Law 8/2021, of June 2, in order to harmonize civil and substantive legislation, proper of Catalan Civil Law, to the new paradigm, with the intention of avoiding regulatory conflicts and contradictions that may cause legal insecurity.

PALABRAS CLAVE: Derecho Civil. Derecho de Sucesiones. Discapacidad. Tutela. Curatela. Asistencia. Jurisdicción voluntaria. Medidas de apoyo. Convención

de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Adaptación. Código Civil de Cataluña.

KEY WORDS: Civil Law. Inheritance Law. Disability. Guardianship. Conservatorship. Assistance. Voluntary jurisdiction. Support measures. United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Adaptation. Civil Code of Catalonia.

SUMARIO: I. MARCO NORMATIVO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA: 1. La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. 2. La Observación general Número 1 del Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 2014. 3. Desarrollo legislativo en España.—II. ANÁLISIS DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA: 1. Las reformas legislativas introducidas por la Ley 8/2021. 2. La reforma del Código Civil: *A) Medidas de apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. B) Tutela y guarda de menores, mayoría de edad y emancipación*. 3. La reforma procesal: *A) El expediente de jurisdicción voluntaria. B) Los procesos de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad. C) Otras reformas de la LEC y de la LJV. D) Revisión de medidas ya acordadas*.—III. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA: 1. El Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad: *A) Resumen de la exposición de motivos*. *B) La asistencia del CCCat antes del Decreto Ley 19/2021: la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el libro II del CCCat, relativo a la persona y la familia*. *C) La nueva regulación: la asistencia en el Código Civil de Cataluña*.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. MARCO NORMATIVO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1. La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021)[1] llega quince años después de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, la Convención). La Convención forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde el 3 de mayo de 2008[2], pero la Ley 8/2021 lleva a cabo un paso decisivo[3] en su adecuación al Derecho privado estatal[4], introduciendo importantes reformas en cuestiones sustantivas y procesales.

La reforma suprime el concepto de «capacidad de obrar» de nuestro sistema jurídico, tal y como lo conocíamos hasta ahora. La nueva configuración de la «capacidad jurídica», definida en la Convención como «legal capacity» (art. 12),

unifica en un mismo concepto la clásica distinción entre los conceptos de capacidad jurídica y de obrar[5]. Este cambio de paradigma conecta con el cambio terminológico consistente en la supresión del término jurídico «incapacitado» y su sustitución por el de «persona con discapacidad».

No se trata simplemente de que un lenguaje peyorativo pueda implicar una atención inadecuada, sino también que el marco legal establecido por el artículo 12 de la Convención contempla un cambio en el modelo a adoptar a la hora de regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, especialmente, en aquellas situaciones en las cuales puede resultar necesario algún tipo de intervención de terceros: mientras que el sistema tradicional tendía hacia un modelo de «sustitución» en la toma de decisiones, el modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas, en el que se basa la Convención, abogaba ya entonces por un modelo de «apoyo» de su voluntad[6].

El artículo 12 de la Convención establece lo siguiente:

> 1. Los Estados parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
> 2. Los Estados parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
> 3. Los Estados parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
> 4. Los Estados parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
> 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

2. La Observación general Número 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 2014

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU publicó la Observación general Número 1 de 2014 (en adelante, la Observación)[7], interpretando el artículo 12 de la Convención tras considerar y detectar que los países no habían entendido bien las obligaciones derivadas de su contenido, siendo necesario explicar su redactado para conseguir que este se cumpliese. La Observación arroja luz[8] sobre el alcance de la reforma planteada en términos de capacidad ante la ley, sobre todo en lo que a los

apartados 1 y 2 del artículo 12 de la Convención se refiere, recogiendo una serie de afirmaciones y obligaciones que son las que realmente han condicionado la nueva normativa estatal, sin que esta Observación haya quedado exenta de críticas doctrinales[9].

Entre las consideraciones realizadas en la Observación de 2014[10], las que han resultado más polémicas, para una parte de la doctrina y la jurisprudencia, aunque también sean las más ilustrativas y útiles, son las siguientes[11]:

a) La capacidad jurídica de la Convención incluye la capacidad para ser titular de derechos (capacidad legal) y para actuar en relación con esos derechos (legitimación para actuar). La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos[12].

b) El déficit de capacidad mental no puede servir para limitar o negar la capacidad jurídica: «En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica»[13].

c) Ha de respetarse la voluntad, preferencias y deseos de la persona con discapacidad y no decidir en ningún caso por ellas, conforme al artículo 12, párrafo 3. «Los Estados parte no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos»[14]. El tipo e intensidad del apoyo variará de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad.

d) En todo momento, incluso en situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones[15].

e) Algunas personas con discapacidad solo buscan que se les reconozca su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, conforme a lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 2, de la Convención, y pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 12, párrafo 3[16].

f) Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del «interés superior» debe ser sustituida por la «mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias»[17].

g) Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores[18].

h) El artículo 12, párrafo 5, de la Convención, obliga a los Estados parte a adoptar medidas para garantizar los derechos de las personas con discapacidad en lo que respecta a las cuestiones financieras y económicas, en igualdad de condiciones con las demás[19].

3. Desarrollo legislativo en España

Desde la entrada en vigor de la Convención, en 2008, en España se han promulgado las siguientes leyes con la finalidad de cumplir con sus previsiones[20] (la propia exposición de motivos de la Ley 8/2021 se encarga de señarlas todas)[21]. La primera adaptación normativa a la Convención se inicia con la Ley 26/2011,

de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que preveía un plazo de un año para adaptar el ordenamiento jurídico español al artículo 12 de la Convención. En el año 2013 se aprobó el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social[22].

Entre los textos más recientes, anteriores a la Ley 8/2021, se encuentran los siguientes:

a) La Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), en relación con el derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás, conforme a la nueva redacción dada al artículo 56.2 del Código Civil.

b) La Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones.

c) La Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

d) La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

e) El reconocimiento de la capacidad de testar de las personas con discapacidad mental e intelectual, conforme a la STS n.º 146/2018, de 15 de marzo.

f) La Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, considerada por la doctrina como la más importante de derecho civil desde la Constitución, o una de las más relevantes, afecta a todo el ordenamiento jurídico estatal, aunque especialmente al derecho privado[23]. Consta de ocho artículos, dos disposiciones adicionales, seis transitorias, una derogatoria y tres finales. Los ochos artículos modifican: la Ley del Notariado, el Código Civil (en 156 arts.), la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, la Ley del Registro Civil, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, y el Código de Comercio, entre otros textos legales.

II. ANÁLISIS DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

1. Las reformas legislativas introducidas por la Ley 8/2021

La Ley 8/2021 modifica aspectos sustantivos y procesales[24]. Así, la regulación del Código Civil sobre instituciones de tutela y guarda de menores e incapaces (arts. 199 a 324 CC), son sustituidos por los preceptos que regulan la tutela y guarda de menores (título IX, arts. 199 a 238 CC), la mayoría de edad y la emancipación (título X, arts. 239 a 248 CC) y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica (título XI, arts. 249

a 299 CC). Tras incluir un artículo 300[25], como disposición común (título XII), la Ley 8/2021 deroga y deja sin contenido los artículos 301 a 324 del Código Civil.

En el ámbito procesal, se sustituye la regulación precedente de los procesos sobre la capacidad de las personas por las de los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (libro IV, título I, capítulo II, de la LEC, arts. 756 a 762), y se introduce la regulación del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad en la LJV, el cual se sigue de manera preferente, considerando de manera esencial la participación de la propia persona, sin perjuicio de que el procedimiento se transforme en uno contradictorio en caso de oposición.

Asimismo, la Ley 8/2021 ajusta a la nueva regulación el contenido de otras leyes como son la Ley del Notariado (art. primero), Ley Hipotecaria (art. tercero), Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (art. quinto), Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (art. sexto), y Código de Comercio (art. octavo). Finalmente, la disposición final primera introduce modificaciones en el Código Penal, fundamentalmente en lo relativo a la responsabilidad civil derivada de delito.

2. La reforma del Código Civil

A) Medidas de apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica

La reforma del Código Civil operada por la Ley 8/2021 introduce un nuevo régimen de medidas de apoyo, desaparecen los conceptos de modificación de la capacidad (así como el concepto de incapacitación)[26], la figura de la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada[27], y se establece un sistema de protección en el cual la persona con discapacidad ocupa un lugar central en la regulación y su voluntad adquiere una gran relevancia.

El artículo 250 del Código Civil establece que las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. Por tanto, las medidas de apoyo pueden clasificarse en: 1) medidas voluntarias[28]; 2) medidas formales (curatela y defensor judicial); y 3) medidas informales (guarda de hecho)[29]. Junto a estas medidas, aparece el artículo 253 del Código Civil, que contempla medidas de apoyo para situaciones que requieran urgencia y no exista un guardador de hecho, en cuyo caso el apoyo se prestará por la entidad pública que en cada territorio tenga encomendada esta función.

Entre las medidas voluntarias se halla la autocuratela, regulada en los artículos 271 a 274 del Código Civil, es decir, el nombramiento del curador y la determinación de su régimen jurídico, por la propia persona, «en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica»[30]. Estas disposiciones, normalmente realizadas en previsión de una situación de discapacidad y ante notario, son vinculantes para la autoridad judicial, que solo puede prescindir de ellas si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones[31].

Las medidas formales más importantes son la curatela y el defensor judicial. Son medidas subsidiarias de las voluntarias, y se establecen por la autoridad ju-

dicial. En cuanto a la curatela, el artículo 268 del Código Civil la establece como institución principal, eliminando la figura del tutor (que sustituía a la persona con discapacidad), y configura las medidas de apoyo de manera individualizada, siendo revisables periódicamente o por cambio de circunstancias. La autoridad judicial debe establecer los actos concretos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta curatela puede ser de asistencia (medidas de apoyo concretas) o de representación (conforme al principio de excepcionalidad)[32], hecho que ha provocado la desaparición de la prodigalidad como institución autónoma[33]. Para nombrar al curador, la autoridad judicial debe sujetarse al orden establecido en el artículo 276 del Código Civil, en defecto de propuesta de la persona que precise apoyo o por la persona en quien esta hubiera delegado, sin perjuicio de que pueda alterarlo una vez oída la persona y los familiares. Puede haber más de un curador (art. 277 CC).

En cuanto al defensor judicial (arts. 295 a 299 CC), una figura tradicionalmente temporal, subsidiaria y coexistente con otras instituciones de protección a la persona, se ve potenciada, tanto en el ámbito de la persona con discapacidad como en el de los menores, contemplándose su nombramiento para los casos de conflicto de intereses o en los que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza. A ellos se añaden los casos en que no hay figura de apoyo, estableciéndose el nombramiento de defensor judicial en el caso de que la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente (art. 295.5.º CC)[34].

B) Tutela y guarda de menores, mayoría de edad y emancipación

La Ley 8/2021 destina el título IX a la tutela y guarda de menores, y dedica el título X a regular la mayoría de edad y la emancipación (arts. 199 a 248 CC). Se reserva la tutela exclusivamente a los menores de edad que no estén protegidos por la patria potestad. Así, el artículo 199 del Código Civil establece: «Quedan sujetos a tutela: 1. Los menores no emancipados en situación de desamparo; 2. Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad». El régimen jurídico de la tutela de menores no presenta grandes cambios en contraste con el precedente régimen de tutela, pues las sucesivas reformas legislativas habían introducido modificaciones tales como la delación judicial subsidiaria, así como determinadas garantías en el ejercicio del cargo de tutor de menores en el ámbito de la legislación de protección de menores[35].

3. La reforma procesal

A) El expediente de jurisdicción voluntaria

La Ley 8/2021 ha optado por el procedimiento de jurisdicción voluntaria como cauce preferente para determinar las medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad[36]. La reforma introduce un nuevo artículo 7 bis[37], dedicado al ajuste para personas con discapacidad, y un nuevo capítulo III bis, en la LJV, artículos 42 bis a) a 42.bis c), donde regula el expediente de provisión de medidas de apoyo.

El expediente tiene como objeto la provisión de alguna medida judicial de apoyo de carácter estable a una persona con discapacidad (art. 42 bis a), apartado

1), siendo competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad.

El procedimiento puede transformarse en uno contradictorio conforme al artículo 756.1 de la LEC, en los supuestos en los que, de acuerdo con la legislación civil, sea pertinente el nombramiento de curador y se haya formulado oposición en el previo expediente de jurisdicción voluntaria o cuando el expediente no haya podido resolverse.

Además de este marco general, debe tenerse en cuenta que el artículo 91.II del Código Civil integra la adopción de las medidas de apoyo en el proceso matrimonial para hijos comunes mayores de dieciséis años, habiéndose modificado a dicho fin los artículos 770, 771, 775 y 777 de la LEC. El precepto establece que, en el momento de la nulidad, separación o divorcio existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas, las cuales, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años. En estos casos la legitimación para instarlas, las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la LEC acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Por tanto, se trata de una vía específica para los casos en que sea necesario adoptar medidas de apoyo para los hijos comunes mayores de dieciséis años en el caso de nulidad, separación o divorcio del matrimonio de los progenitores.

En cuanto al expediente de jurisdicción voluntaria en sí mismo, artículos 42 bis a) a 42.bis c) de la LJV, y en cuanto a su funcionamiento, cabe decir que este puede ser promovido por el Ministerio Fiscal, por la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos. Además, cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo [art. 42 bis a), apartado 3, segundo párrafo, de la LJV]. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. En ambos casos, este iniciará el presente expediente [art. 42 bis a) de la LJV].

En el expediente, la persona con discapacidad puede actuar con su propia defensa y representación. Si no fuera previsible que proceda a realizar por sí misma tal designación, con la solicitud se debe solicitar que se le nombre un defensor judicial, quien actuará por medio de abogado y procurador [art. 42 bis a), apartado 4, de la LJV]. No obstante, la intervención del Ministerio Fiscal está garantizada (art. 4 de la LJV), y debe entenderse que si la persona con discapacidad no compareciese con su propia defensa y representación su defensa corresponderá al Ministerio Fiscal y, si este hubiera sido el promotor del procedimiento, se procederá al nombramiento de un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado. Con ello se persigue que siempre exista alguien que defienda en el expediente los intereses de la persona con discapacidad[38].

Una vez iniciado el expediente, en cuya solicitud inicial deberán acompañarse los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo, así como un dictamen pericial de los profesionales especializados en los ámbitos social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso [art. 42 bis b), apartado 1, de la LJV], se convocará a las partes a una comparecencia, junto con el Ministerio Fiscal.

El artículo 42 bis b), apartado segundo, de la LJV, concede facultades amplias a la autoridad judicial:

> La autoridad judicial, antes de la comparecencia, podrá recabar informe de la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia. La entidad informará sobre las eventuales alternativas de apoyo y sobre las posibilidades de prestarlo sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial. Asimismo, la autoridad judicial podrá ordenar antes de la comparecencia un dictamen pericial, cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso.

La oposición al expediente pone fin al mismo. El apartado 5 del artículo 42 bis b) LJV establece que la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al expediente. No se considerará oposición la relativa únicamente a la designación como curador de una persona concreta.

La finalización del expediente abre la posibilidad del juicio contencioso, conforme a lo dispuesto en el artículo 756.1 LEC. Sin embargo, para garantizar la protección de la persona con discapacidad hasta tanto puedan adoptarse medidas cautelares en el proceso contencioso, el apartado 5 del artículo 42 bis b) establece que la autoridad judicial puede adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio que considere convenientes, las cuales podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso. La continuidad de tales medidas en el proceso contencioso cabe plantearla por la vía de las medidas cautelares contempladas en el artículo 762 de la LEC.

En el caso de que el expediente se sustancie sin oposición, el mismo finaliza por medio de auto, con el contenido que se recoge en el artículo 42 bis c) de la LJV, el cual es revisable periódicamente. El juzgado que dictó las medidas será también competente para conocer de la citada revisión, siempre que la persona con discapacidad permanezca residiendo en la misma circunscripción. En caso contrario, el juzgado de la nueva residencia habrá de pedir un testimonio completo del expediente al juzgado que anteriormente conoció del mismo, que lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud [art. 42 bis c), apartados segundo y tercero].

B) Los procesos de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad

Los artículos 756 y siguientes de la LEC regulan los procesos de provisión medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, los cuales son sucesivos a los expedientes de jurisdicción voluntaria, salvo en el caso de los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psiquiátrico del artículo 763 de la LEC[39], que no han sido modificados por la reforma de la Ley 8/2021.

Pese a la configuración del proceso contencioso como sucesivo al de la jurisdicción voluntaria, la regulación de las medidas cautelares en el artículo 762 de la LEC, previas al expediente de jurisdicción voluntaria, tanto de oficio como

a instancia del Ministerio Fiscal, pueden dar lugar a supuestos en los que exista oposición desde el inicio, por lo que sería posible acudir al procedimiento contencioso por razones de economía procesal[40].

El procedimiento de los artículos 756 y siguientes de la LEC, de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, está previsto para los supuestos en los que, de acuerdo con la legislación civil aplicable, sea pertinente el nombramiento de curador y en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición, o cuando el expediente no haya podido resolverse (art. 756.1 de la LEC). La competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que la persona a la que se refiera la solicitud cambie de residencia (art. 756.2 de la LEC). En el caso de que no haya expediente de jurisdicción voluntaria previo, es de aplicación el artículo 52.1.5.º de la LEC, que establece la competencia en el lugar de residencia de la persona con discapacidad. Se encomienda al Ministerio Fiscal una intervención positiva, en el sentido de velar a lo largo de todo el procedimiento por la salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos (art. 749.1 LE). En consecuencia, la legitimación del Ministerio Fiscal se matiza en el sentido de que no debe promover el proceso si concluye que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa (art. 757.2 LEC). El procedimiento introduce mejoras técnicas, se protege en mayor medida la privacidad de la persona interesada y se reordena la prueba, con una mayor incidencia de las periciales de profesionales especializados en los ámbitos social y sanitario, sin que existan, por lo demás, sustanciales diferencias con la regulación precedente.

El artículo 7.2 de la LEC reconoce capacidad procesal a las personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de acuerdo con el alcance y contenido de dichas medidas, en tanto que el artículo 7 bis de la LEC introduce los ajustes necesarios para las personas con discapacidad para garantizar su participación en condiciones de igualdad en el proceso. De forma novedosa, se contempla la intervención procesal de la persona propuesta como curador, en caso de pretenderse en la demanda, para que alegue lo que considere conveniente sobre dicha cuestión, así como la de los legitimados que no inician el proceso con los efectos previstos en el artículo 13 de la LEC (art. 757, apartados 3 y 4, de la LEC). El artículo 758 de la LEC (referido al trámite de admisión de la demanda, tras el cual, el letrado de la Administración de Justicia debe recabar la certificación del Registro Civil y, en su caso, de otros Registros públicos que considere pertinentes, sobre las medidas de apoyo inscritas) se contempla que, de no comparecer el demandado, no se le declarará en rebeldía procesal sino que será defendido bien por el Ministerio Fiscal, bien por el defensor judicial que se le nombre para el caso de que el proceso lo haya iniciado el Ministerio Fiscal, lo que permite la continuación del procedimiento[41].

Las sentencias que se dicten en los procesos de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica tienen efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil (art. 222.3 de la LEC). El artículo 755 de la LEC establece que las sentencias y demás resoluciones dictadas en estos procedimientos se comuniquen de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan, si bien la comunicación al Registro de la Propiedad, al Registro Mercantil, al Registro de Bienes Muebles o a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso correspondan se hará únicamente a petición de la persona en favor de la cual el apoyo se ha constituido.

La revisión de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas se realiza por los trámites previstos en la LJV, y solo se sigue el proceso contencioso en los casos en que se produzca oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria de revisión, o si dicho expediente no hubiera podido resolverse, pudiendo promoverlo cualquiera de las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo 757, así como quien ejerza el apoyo de la persona con discapacidad (art. 761 LEC).

C) Otras reformas de la LEC y de la LJV

La reforma de la Ley 8/2021 alcanza a los expedientes sobre tutela, curatela y guarda de hecho regulados en los artículos 43 a 52 de la LJV, así como a los expedientes de autorización judicial de venta o gravamen de bienes de menores o personas con discapacidad de los artículos 61 a 66 de la LJV, y a los de medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con discapacidad de los artículos 87 a 89 de la LJV. En todos ellos, se ajustan los procedimientos a los principios de la nueva regulación de la Ley 8/2021. Se introduce el expediente de extinción de poderes preventivos en el artículo 51 bis de la LJV, que se sigue cuando concurra en el apoderado alguna de las causas previstas para la remoción del curador. En cuanto a la LEC, la reforma procesal se concreta principalmente en los procesos matrimoniales y de menores y en el procedimiento de división de la herencia, donde se producen ajustes con los principios de la reforma y normas sustantivas.

La reforma del sistema de apoyo a las personas con discapacidad ha determina la reforma de diferentes Leyes, concretamente, la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, Ley Hipotecaria, Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, Ley de Registro Civil Código de Comercio y Código Penal. Finalmente, la reforma de la Ley del Registro Civil se corresponde con su naturaleza de instrumento esencial de publicidad de las medidas de preventivas y de protección de las personas con discapacidad, realizándose asimismo ajustes en garantía del necesario respeto a los derechos fundamentales de la persona con discapacidad, incluida su intimidad y la protección de sus datos personales, lo cual determina que las medidas de apoyo accedan al Registro como datos sometidos al régimen de publicidad restringida.

D) Revisión de medidas ya acordadas

La disposición transitoria quinta de la Ley 8/2021 establece que las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud. Para los casos donde no haya existido la solicitud, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

La disposición transitoria sexta de la Ley 8/2021 establece que, en cuanto a los procesos en tramitación, estos se regirán por lo dispuesto en esta nueva

norma, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento.

La revisión de las medidas ya acordadas a instancia de parte se deberá solicitar en expediente de jurisdicción voluntaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 42 bis c) de la LJV, sin perjuicio de que se siga el proceso contencioso de la LEC en caso de oposición.

III. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

1. El Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad

A Resumen de la exposición de motivos

En Cataluña se aprobó el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad[42] (en adelante, Decreto Ley 19/2021), que tiene como finalidad adaptar el título II del libro segundo del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat), al contenido de la Ley 8/2021, en especial, respecto a la regulación de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. En la exposición de motivos del Decreto Ley 19/2021, se deja claro que la Generalitat de Cataluña, de acuerdo con el artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en su artículo 129, tiene competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de aquellas materias que se reserva el Estado en el artículo 149.1.8.ª de la CE. En este sentido, el Parlamento de Cataluña había culminado su tarea, hasta ahora, con la aprobación de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del CCCat, relativo a la persona y a la familia. Este libro segundo regula todas las instituciones de protección de las personas con discapacidad (tutela, curatela u otra medida temporal).

Sigue la exposición de motivos explicando que a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, los presupuestos de la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada que regula el CCCat se eliminan y dejan de poder aplicarse en el futuro. El libro segundo del CCCat también incluía instituciones de apoyo (como los poderes en previsión de una situación de incapacidad, regulados en el art. 222-2, o la asistencia, regulada en los arts. 226-1 a 226-7), pero en la práctica la mayoría de las medidas acordadas para las personas con discapacidad consistían, hasta esta nueva regulación, en la potestad prorrogada o rehabilitada, en la tutela o en la curatela, que se acomodaban a la concepción de la capacidad que mantenía la existencia de un proceso de modificación judicial de la capacidad, algo que ya no existe. El legislador catalán se ha visto en la apremiante urgencia de realizar esta modificación legislativa, pues de lo contrario se hubiese generado un vacío legal en Cataluña[43], habida cuenta de la nueva concepción de la capacidad contemplada en la Ley 8/2021 y la gran relevancia de las modificaciones de carácter procesal que esta norma contiene. La laguna legal podría comportar indefensión para las personas en situación de discapacidad mayores de edad que necesiten apoyos para ejercer la capacidad jurídica, al mismo tiempo que podría dar pie a varias interpretaciones jurídicas por parte de los distintos operadores jurídicos, lo que produciría situaciones excesivamente diferentes e incluso contradictorias y, en definitiva, incertidumbre

y falta de seguridad jurídica. Se trata de un añadido temporal, hasta que no esté concluida la regulación definitiva.

El nuevo régimen que establece el Decreto Ley 19/2021 se fundamenta en la modificación de la 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. Esta asistencia, como explica la exposición de motivos de esta norma, tenía que ser modificada ya que, a pesar de que parte de premisas coherentes con la Convención, su contenido era incompleto y no permitía ofrecer a la ciudadanía un instrumento de apoyo flexible y que abarcase la diversidad de situaciones en las que una persona con discapacidad puede requerir un apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. Con esta reforma se puede aplicar con todo el abanico de facultades que la persona concernida pueda necesitar e incorpora como novedad que se pueda designar a la persona que tiene que prestar la asistencia tanto por la vía judicial, como hasta ahora, como mediante el otorgamiento de una escritura pública notarial.

Por tanto, en Cataluña, no se aplicará a las personas mayores de edad en situación de discapacidad ni la tutela, ni la potestad parental prorrogada o rehabilitada (por no existir ya en la propia Ley 8/2021), ni tampoco la curatela o la autocuratela (que sí contempla la Ley 8/2021), sino únicamente, si procede, el régimen de la asistencia. Mientras no se produzca la futura reforma del conjunto de instituciones de protección de la persona, la tutela y la curatela se aplicarán solo a las personas menores de edad, sin perjuicio de que el régimen legal del cargo de la tutela resulte aplicable supletoriamente a la asistencia en todo aquello que no se oponga al régimen propio de esta. Por coherencia con los cambios regulados en el Decreto Ley 19/2021, el *Registro de nombramientos tutelares no testamentarios y de poderes otorgados en previsión de incapacidad* pasa a denominarse *Registro de nombramientos no testamentarios de apoyos a la capacidad jurídica*.

B) La asistencia del CCCat antes del Decreto Ley 19/2021: la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el libro II del CCCat, relativo a la persona y la familia

La institución de la asistencia ya existía en Cataluña. La Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el libro II del CCCat, relativo a la persona y la familia, ya la incorporó al ordenamiento jurídico catalán, como un medio de protección a disposición de personas para las que, por sus condiciones psicofísicas, la incapacitación y la tutela no eran posibles ni aconsejables. La figura no se vinculaba necesariamente a los casos de falta de capacidad, sino que, como rezaba la exposición de motivos de dicha ley, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, se centraba en aquellas situaciones de vulnerabilidad que podían precisar de una protección jurídica[44].

Es importante tener en cuenta que la institución de la asistencia, tal y como estaba regulada en la Ley 25/2010, tan solo se podía acordar a instancia de la persona que no podía cuidarse a sí misma o a sus bienes por la disminución no incapacitante que sufría, y ninguna otra persona gozaba de legitimación activa para solicitar el nombramiento de un asistente ni tampoco cabía que la autoridad judicial abriese de oficio un procedimiento destinado al nombramiento de un asistente. La persona asistida no estaba privada de su capacidad de obrar, de modo que no podía imponérsele la asistencia[45].

La figura de la asistencia catalana estaba inspirada, básicamente, en la *Betreuung* del Derecho alemán (arts. 1896 a 1908i del BGB), con la idea básica crear una institución permanente de protección de la persona en quien concurre una limitación relevante o situación de dependencia pero que, sin embargo, no hay necesidad de incapacitar judicialmente, basada en los principios de necesidad (solo si es estrictamente necesario se ha de recurrir al nombramiento de un asistente) y subsidiariedad (solo se atribuirán funciones al asistente en relación con lo que el asistido no pueda hacer por sí mismo), con respeto a la personalidad y voluntad del asistido y a sus decisiones anteriores. Con la ley de 12 de diciembre de 1990 desaparece en Alemania la incapacitación y la tutela o curatela de los mayores de edad. Por su parte, la Ley italiana 6/2004, de 9 de enero, reguladora de la administración de apoyo, con una fuerte influencia germánica, introdujo la figura equivalente a la asistencia en el Código Civil italiano (CCIt), y lo hizo con las mismas finalidades y objetivos señalados por el legislador catalán en la exposición de motivos de la Ley 25/2010[46].

Hasta ahora, por tanto, ha habido una cierta acumulación de cargos de protección de la persona en el libro II del CCCat[47]. Las figuras de la tutela y la curatela, cuando existían, ya eran susceptibles de gradación flexible, permitiendo adaptar la sentencia de incapacitación a las condiciones particulares de cada persona. El artículo 760.1 de la LEC advertía (en su redacción original) que la sentencia que declarase la incapacitación debía determinar su extensión y límites. Todo esto hacía que la institución de la asistencia regulada en el CCCat, en principio bien pensada, tal vez no gozara de un régimen jurídico claro.

El artículo 226-1 CCCat se refería a la persona asistida como «la persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas». El presupuesto subjetivo se basaba, principalmente, en el «principio de necesidad», que implicaba el carácter restrictivo tanto del nombramiento del asistente como de las funciones que, en cada caso, se le atribuían. No cualquier persona puede disponer de un asistente, sino únicamente quien lo necesite y para lo que lo necesite. La necesidad es el núcleo justificador de la asistencia, que no se refiere al «cuidado» en un sentido meramente material, sino que ha de tener un contenido jurídico, tanto si se trata de la esfera personal como de la esfera material de la persona. En este sentido, el asistente no debía ser confundido con el cuidador de una persona dependiente[48].

En cuanto a la disminución no incapacitante que padecía el beneficiario de la asistencia, parece que la idea clave es que se tratara de personas que no tuviesen afectada su capacidad de obrar (cuando existía este concepto) o que la tenían afectada en un grado que no justificaba la incapacitación[49]. Un ejemplo claro para el legislador era el retraso mental leve y así lo exponía en el preámbulo de la Ley 25/2010 del libro II CCCat. Sin embargo, la variedad de situaciones que podían plantearse en la práctica generaba muchos interrogantes. En Cataluña, la distinción del presupuesto subjetivo que conducía al nombramiento de un asistente o, por el contrario, a la incapacitación y posterior nombramiento de un tutor se fundamentaba en el significado del concepto «disminución no incapacitante de las facultades físicas o psíquicas» recogido en el artículo 226-1 del CCCat, que debía confrontarse con el de «enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico» del artículo 200 del Código Civil[50]. Luego, el artículo 226-2.1 del CCCat se refería a la obligación del juez de determinar el ámbito personal o patrimonial de la asistencia, y los intereses de los que habría de cuidarse el asistente. El artículo 226-7 del CCCat preveía de manera indirecta la inscripción

en el Registro Civil de la asistencia, por cuanto establecía que la asistencia, mientras no se inscribiese en el Registro Civil, no era oponible a terceros. El precepto venía a señalar que la inscripción no era constitutiva de la asistencia, pero que puede ser inscrita a los solos efectos de obtener su publicidad. El problema era que el cargo de asistente no estaba previsto en el Código Civil ni tampoco en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil[51]. Aunque la respuesta está en la propia Ley 20/2011, pues en su artículo 73.1, tras indicar la inscripción de los nombramientos de tutor y curador, establece que también tendrán acceso al Registro Civil las medidas judiciales sobre guarda o administración y sobre vigilancia o control de dichos cargos tutelares, inciso a través del cual podía entenderse que también había de ser inscrita la constitución, modificación o extinción de la asistencia.

En Italia el arrinconamiento o progresivo abandono de la medida de la tutela se ha producido, de este modo, por decisión de los jueces, no del legislador que proponía un sistema complementario. Han sido los jueces tutelares los que masivamente han optado por el administrador de apoyo obviando, *a priori,* el juicio sobre la capacidad de la persona vulnerable necesitada de protección. Y a estas alturas también el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de este país consideraban adecuada esta opción. Por ello empezó a solicitarse por la doctrina, cada vez con más insistencia, una reforma legal por la que se suprimiese la interdicción o incapacitación y se desarrollase la figura del administrador de apoyo hasta sus últimas consecuencias, al estilo de lo que ha ocurrido en Alemania o Austria[52].

C) La nueva regulación: la asistencia en el Código Civil de Cataluña

El Decreto Ley 19/2021 se estructura en dos artículos, tres disposiciones transitorias y cinco disposiciones finales. El artículo 1 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 CCCat». El artículo 2 del Decreto Ley 19/2021 reforma estos artículos, y solo de estos artículos, a falta de una regulación más amplia de todo el libro II del CCCat, que ha quedado desfasado con normativas que todavía mencionan la tutela, la curatela o la incapacitación judicial[53].

En cuanto a la nueva regulación de la asistencia, ahora esta figura se acomoda a lo regulado por la Ley 8/2021, en el sentido de permitir, a la persona mayor de edad, solicitar la designación de una o más personas que la asistan, lo cual se puede llevar a cabo mediante el otorgamiento de una escritura pública notarial (regulado en el art. 226-3 del CCCat) o de acuerdo con el procedimiento de jurisdicción voluntaria para la provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad (art. 226-1 del CCCat). También lo pueden pedir las personas legitimadas por la LJV. El artículo 221-1.4 señala: «El ejercicio de las funciones de asistencia se debe corresponder con la dignidad de la persona y tiene que respetar sus derechos, voluntad y preferencias». No se dice nada del procedimiento regulado en la LEC, en caso de que se formule oposición, pero cabe entender que la remisión a la LJV, que a su vez regula que, en caso de oposición, se abra un procedimiento contradictorio (regulado en la LEC) y el hecho de que en materia procesal la competencia sea exclusivamente estatal, no ofrece duda alguna sobre la legislación aplicable en cuestión procedimental.

El nuevo artículo 226-2 del CCCat da prioridad a la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona concernida, que deben tenerse en cuenta con respecto a la designación de la persona que tiene que prestar la asistencia requerida. Cuando la persona asistida no pueda expresar su voluntad y preferencias, y no haya otorgado el documento a que hace referencia el artículo 226-3, la designación de la persona que presta la asistencia se tiene que basar en la mejor interpretación de la voluntad de la persona concernida y de sus preferencias, de acuerdo con su trayectoria vital, sus manifestaciones previas de voluntad en contextos similares, la información con la que cuentan las personas de confianza y cualquier otra consideración pertinente para el caso (art. 226-2.2 del CCCat)[54].

El nombramiento de la persona que asiste y la toma de posesión del cargo se tienen que inscribir en el Registro Civil mediante la comunicación de la resolución judicial correspondiente (art. 226-2.5 del CCCat), y la medida de asistencia se debe revisar de oficio cada tres años. Excepcionalmente, la autoridad judicial puede establecer un plazo de revisión superior, que no puede exceder de seis años (art. 226-2.6 del CCCat).

La asistencia, en principio, debe ser para actos concretos. Así, el artículo 226-4.2 del CCCat se dispone que «en la resolución de nombramiento de la asistencia, la autoridad judicial tiene que concretar las funciones que debe ejercer la persona que presta la asistencia, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, según proceda». De forma excepcional, la autoridad judicial, en resolución motivada, «puede determinar los actos concretos en los que la persona que presta asistencia puede asumir la representación de la persona asistida» (art. 226-4.3 del CCCat), es decir, puede acordar una asistencia más representativa que de apoyo[55].

El artículo 226-5 del CCCat dispone que son anulables los actos jurídicos realizados por la persona asistida sin la intervención del asistente, si dicha intervención es necesaria de acuerdo con la medida voluntaria o judicial de asistencia acordada (a instancia de quien asiste, de la persona asistida y de las personas que la sucedan a título hereditario en el plazo de cuatro años desde la celebración del acto jurídico).

El artículo 226-6 del CCCat establece que se aplican a la asistencia las reglas de la tutela en todo aquello que no se opongan al régimen propio de la asistencia, interpretadas conforme a la Convención. Parece acertado pensar en la Convención como guía de interpretación de todo sistema normativo, tanto si se trata de normas estatales, como si se trata de normas autonómicas, tanto si se trata de normas sustantivas, como si son procesales o conflictuales. La Convención vincula a todos los poderes del Estado, pero el instrumento internacional deja margen para la divergencia en el contenido de la regulación material[56].

El artículo 226-7 del CCCat establece que las personas legitimadas para solicitar la constitución de la asistencia pueden solicitar su modificación o revisión si hay un cambio en las circunstancias que la motivaron. Además, si la persona que asiste tiene conocimiento de circunstancias que permiten la extinción de la asistencia o la modificación de su ámbito o de las funciones, lo debe comunicar a la autoridad judicial. La asistencia, finalmente, se extingue por la muerte o la declaración de muerte o de ausencia de la persona asistida, o por la desaparición de las circunstancias que la determinaron (art. 226-8 del CCCat).

Las asistencias constituidas hasta la entrada en vigor del Decreto Ley 19/2021 se mantienen en los términos en los que fueron acordadas por la autoridad judicial competente, sin perjuicio de su modificación judicial a instancia de la persona concernida o de quien le presta la asistencia, con el fin de adaptarlas a la nueva normativa (disposición transitoria primera).

Todas las referencias que la normativa vigente realice a la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada para personas mayores de edad, debe entenderse que se realizan al nuevo régimen de medidas de apoyo a las persones con discapacidad que establece el Decreto Ley 19/2021 (Disposición transitoria tercera). El Decreto Ley 19/2021 establece, en su Disposición transitoria cuarta, que el Gobierno tiene doce meses desde su entrada en vigor para presentar un proyecto de ley de modificación del CCCat en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Por último, la reforma realiza los siguientes cambios:

a) En cuanto al Decreto 188/1994, de 28 de junio, de creación de la Comisión de Asesoramiento y Supervisión de las personas jurídicas sin ánimo de lucro que tengan atribuida la tutela de menores o de incapacidades:

— Se modifica el título: «Decreto 188/1994, de 28 de junio, de creación de la Comisión de Asesoramiento y Supervisión de las personas jurídicas sin ánimo de lucro que tengan atribuidas la tutela de menores o medidas de apoyos a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica».
— Se establece que la Comisión de Asesoramiento y Supervisión de las personas jurídicas sin ánimo de lucro que tengan atribuida la tutela de menores o de incapacidades se deben comprender realizadas a la Comisión de Asesoramiento y Supervisión de las personas jurídicas sin ánimo de lucro que tengan atribuidas la tutela de menores o medidas de apoyos a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

b) En cuanto al Decreto 30/2012, de 13 de marzo, del Registro de nombramientos tutelares no testamentarios y de poderes otorgados en previsión de incapacidad y del Registro de patrimonios protegidos:

— Se modifica el título: «Decreto 30/2012, de 13 de marzo, del Registro de nombramientos tutelares no testamentarios y de poderes otorgados en previsión de incapacidad y del Registro de patrimonios protegidos».
— Todas las referencias respecto al Registro de nombramientos tutelares no testamentarios y de poderes otorgados en previsión de incapacidad se deben comprender hechas al Registro de nombramientos no testamentarios de apoyos a la capacidad jurídica.

IV. CONCLUSIONES

I. La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica llega quince años después de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en vigor en España desde el 3 de mayo de 2008 (e interpretada por la Observación general Número 1 de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU).

II. La reforma suprime el concepto de «capacidad de obrar» de nuestro sistema jurídico, tal y como lo conocíamos hasta ahora. La nueva configuración de la «capacidad jurídica» incluye la capacidad para ser titular de derechos (ca-

pacidad legal o jurídica) y la capacidad para actuar en relación con esos derechos (legitimación para actuar o ejercicio de la capacidad jurídica). Se distingue entre capacidad jurídica y capacidad mental. La tutela y la guarda de menores e incapaces (arts. 199 a 324 CC) son sustituidos por los nuevos preceptos que regulan la tutela y guarda de menores (título IX, arts. 199 a 238 CC), la mayoría de edad y la emancipación (título X, arts. 239 a 248 CC) y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica (título XI, arts. 249 a 299 CC), por medio, especialmente, de la nueva figura de la curatela. Se trata de un cambio de paradigma profundo, una modificación sustantiva y procesal importante, no únicamente de un cambio de lenguaje jurídico. Donde antes se nombraba un tutor que sustituía, suplantaba y cosificaba a la persona declarada incapaz, ahora se establece una figura de protección que da apoyo a la persona con discapacidad, quien mantiene su capacidad jurídica, salvo en ocasiones excepcionales, donde puede establecerse una curatela de naturaleza más representativa.

III. En el ámbito procesal, se sustituye la regulación precedente de los procesos sobre la capacidad de las personas por las de los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (libro IV, título I, capítulo II, de la LEC, arts. 756 a 762), y se introduce la regulación del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad en la LJV, el cual se sigue de manera preferente, considerando de manera esencial la participación de la propia persona, sin perjuicio de que el procedimiento se transforme en uno contradictorio en caso de oposición. La persona con discapacidad se sitúa en el centro del procedimiento, tiene derecho a ser oída, escuchada, las medidas de apoyo deben respetar su voluntad, adecuarse al caso concreto, a partir de los principios de necesidad y proporcionalidad. Se trata de un paso decisivo hacia una justicia más amable o amigable.

IV. La reforma del Código Civil operada por la Ley 8/2021 introduce un nuevo régimen de medidas de apoyo. En este sentido, desaparecen los conceptos de modificación de la capacidad (así como el concepto de incapacitación y el estado civil de incapacitado). También desaparece la figura de la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada. La tutela queda reservada únicamente para la protección de los menores de edad, eliminándose esta figura para personas adultas con discapacidad. También se suprime el concepto de prodigalidad. Las nuevas medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica son: 1) medidas voluntarias (autocuratela, regulada mediante escritura pública ante notario, en previsión de la concurrencia de circunstancias futuras que puedan dificultar a la persona otorgante el ejercicio de su capacidad jurídica); b) medidas formales (curatela y defensor judicial); y 3) medidas informales (guarda de hecho).

V. En Cataluña se aprobó el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el CCCat a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad, de forma rápida y urgente, con la finalidad de adecuar el título II del libro segundo del CCCat al contenido de la Ley 8/2021, en especial, respecto a la regulación de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, al tener reguladas instituciones como la tutela, la curatela y la asistencia, ya desde la aprobación de la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el libro segundo del CCCat. Teniendo en cuenta que la Ley 8/2021, con respecto a su contenido no procesal, de derecho civil sustantivo, no es de aplicación directa, ni tampoco de aplicación supletoria en Cataluña, de acuerdo con los artículos 111-2 y 111-5 del CCCat, y para evitar conflictos de normas e inseguridad jurídica, se

ha aprobado esta norma que pone un parche al CCCat para dejar claro que: 1) la institución de la asistencia, que ya existía en Cataluña y que se inspiraba en la legislación italiana, alemana y francesa, prevista para aquellas situaciones en las cuales la incapacitación y la tutela no eran posibles ni aconsejables, pasa a ser la institución de apoyo protectora de las personas con discapacidad, propia de la legislación civil catalana (equivalente a la nueva curatela del Código Civil, regulada por la Ley 8/2021); 2) se aplican a la asistencia las reglas de la tutela en todo aquello que no se opongan al régimen propio de la asistencia, interpretadas conforme a la Convención; 3) las asistencias constituidas hasta la entrada en vigor del Decreto Ley 19/2021 se mantienen en los términos en los que fueron acordadas por la autoridad judicial competente, sin perjuicio de su modificación judicial a instancia de la persona concernida o de quien le presta la asistencia, con el fin de adaptarlas a la nueva normativa; 4) todas las referencias que la normativa vigente realice a la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada para personas mayores de edad, debe entenderse que se realizan al nuevo régimen de medidas de apoyo a las persones con discapacidad que establece el Decreto Ley 19/2021 (disposición transitoria tercera).

VI. Es decir, en Cataluña se aplica el CCCat en materia sustantiva y la LJV y la LEC a nivel procesal. Falta una armonización del CCCat en base a esta nueva perspectiva. En este sentido, el Decreto Ley 19/2021 establece, en su disposición transitoria cuarta, que el Gobierno tiene doce meses desde su entrada en vigor para presentar un proyecto de ley de modificación del CCCat en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

VII. Parece adecuado que la Convención se erija en guía de interpretación de todo sistema normativo, tanto si se trata de normas estatales, como si se trata de normas autonómicas, tanto si se trata de normas sustantivas, como si son procesales o conflictuales. La Convención vincula a todos los poderes del Estado, pero el instrumento internacional deja margen para la divergencia en el contenido de la regulación material. Si otras comunidades autónomas no adaptan su posible legislación civil al nuevo paradigma (algo que podrían hacer, pudiendo mantener la capacidad de obrar y la incapacitación como hasta ahora), podrían surgir dudas interpretativas, conflictos de normas e inseguridad jurídica.

V. BIBLIOGRAFÍA

BERROCAL LANZAROT, A.I. (2021). Las medidas voluntarias de apoyo en la Ley 8/2021, de 2 de junio: los poderes y mandatos preventivos, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 786, julio de 2021.

CALAZA LÓPEZ, S. (2020). Jurisdicción Voluntaria de personas con distintas discapacidades: monitorios de colectivos vulnerables (1), *Práctica de los Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil,* Wolters Kluwer, núm. 145, 1 de julio, 1-34.

CUENCA GÓMEZ, P. (2012). La incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12/2012 (Segunda Época), Universidad de Jaén.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2006). ¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1.

DE BARRÓN ARNICHES, P. (2013). La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad: estudio comparativo con el modelo italiano, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, núm. 4, 1605-1663.

DE SALAS MURILLO, S. (2010). Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración, *Anuario de Derecho Civil,* 63, núm. 2, 677-717.

— (2018). Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2018.

DE SALAS MURILLO, S., PARRA LUCÁN, M.A. (2011). *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil,* Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor.

DÍAZ ALABART, S. (2013). La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquicas no incapacitadas, *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 3-24.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (1984). Comentario al artículo 199 del Código Civil, en Amorós Guardiola, A., Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela,* Madrid: Tecnos, 178 y sigs.

DUPLÁ MARÍN, T. (2021). Consideraciones en torno al alcance y la interpretación de la nueva «capacidad jurídica, de las personas con discapacidad introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 97, núm. 788, 3768-3794.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2021). La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad, *Diario La Ley,* Wolters Kluwer, núm. 9961, Sección Tribuna, 26 de noviembre de 2021.

— (2022). Jurisdicción voluntaria: provisión de apoyos a personas con discapacidad, *La Ley Derecho de Familia, Sección A Fondo,* Primer trimestre de 2022, Wolters Kluwer, núm. 33.

FONT SEGURA, A. (2021). Problemas de Derecho interregional suscitados a raíz de la aprobación de la Ley 8/2021, 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, *La Ley Derecho de Familia, Sección A Fondo,* tercer trimestre de 2021, Wolters Kluwer, núm. 31.

GARCÍA CANTERO, G. (2013). Los derechos de los mayores en la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 sobre personas con discapacidad, *Revista de Derecho de familia y de las personas*, núm. 1.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (1992), *La protección civil del enfermo mental no incapacitado,* Barcelona: José María Bosch.

GETE-ALONSO CALERA, M.C. (2011). Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad, en García Garnica, M.C. (coord.), *Estudios sobre dependencia y discapacidad,* Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor.

MARTÍNEZ DÍE, R. (2000). *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid: Civitas.

MEDINA ALCOZ, M. (2011). La ancianidad en el derecho civil, *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, 73-101.

MORETÓN SANZ, M.F. (2011). La inacabada reforma psiquiátrica española: cuestiones sobre internamientos psiquiátricos no voluntarios y la ausencia de control judicial en los ingresos geriátricos, *Comunitaria: Revista internacional*

de trabajo social y ciencias sociales (Ejemplar dedicado a: Crisis del Estado del bienestar), núm. 1, 69-87.
MORO ALMARAZ, M.J. (2021). La tramitación legislativa de la Ley 8/2021, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 31 (ejemplar dedicado a: La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico), 6-17.
PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (2001). La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil, *Revista de Derecho Privado*, núm. 6.
PRIDA MIGOYA, F. (2003). La autotutela, en Serrano García, I. (coord.), *La protección jurídica del discapacitado,* Valencia: Tirant lo Blanch.
RECOVER BALBOA, T. (2014). Hacia la reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad, en García Garnica, M.C (directora), *Nuevas Perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Dykinson: Madrid.
RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2011). La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña, en Barrada Orellana, R., Garrido Melero, M., y Nasarre Aznar, S. (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona: Bosch.
SERRANO GARCÍA, I. (2012). *Autotutela,* Valencia: Tirant lo Blanch.
SOSPEDRA NAVAS, F.J. (2021). Comentario a la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad, *Aranzadi digital*, núm. 1/2021.
TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (CNUDPD)*, tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, [En línea], disponible en: http://hdl.handle.net/10347/23196.
TORRES GARCÍA, T. (2006). Discapacidad e incapacitación, en Peréz de Vargas Muñoz, J. (coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* Madrid: Wolters Kluwer, 437-460.
UREÑA CARAZO, B. (2022). El nuevo proceso de apoyo a las personas con discapacidad: un enfoque humanista, *La Ley Derecho de familia, Sección A Fondo,* Primer Trimestre de 2022, Wolters Kluwer, núm. 33.
VIVAS TESÓN, I. (2010). Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 7, 561-595.
— (2012). Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar, *Revista de Derecho Privado*, núm. 5.

NOTAS

[1] BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021 y que entró en vigor en fecha 3 de septiembre de 2021.

[2] Por medio del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, páginas 20648 a 20659), tal y como se dispone en el artículo 96.1 de la Constitución, prevaleciendo sobre el derecho interno, como reconoce la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (art. 31: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional») y considerándose norma

de interpretación de los derechos fundamentales, tal y como se dispone en la Constitución (art. 10.2: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España).

[3] Tal y como dice la exposición de motivos de la Ley 8/2021. Como dice FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2021), La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, núm. 9961, Sección Tribuna, 26 de noviembre de 2021: La discapacidad es uno de los grandes desafíos, de presente y de futuro, que tiene planteada la humanidad. Una legislación respetuosa con la discapacidad, integral, justa y satisfactoria debe partir del valor de su diferencia y tener presente que afecta no solo a las condiciones de vida de millones de personas, el 10% de la población mundial, sino también a su dignidad, libertad e igualdad con las demás personas. Todas las personas son iguales en dignidad, y al mismo tiempo, singulares, distintas, incomparables, únicas, irrepetibles. Muchas personas, cada vez más, son dependientes, frágiles, vulnerables, necesitadas de pleno reconocimiento de su capacidad jurídica, de asistencia, de apoyos y de ayudas, para sentirse seguras, tomar decisiones y progresar.

[4] Según DUPLÁ MARÍN, T. (2021), Consideraciones en torno al alcance y la interpretación de la nueva capacidad jurídica, de las personas con discapacidad introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 97, núm. 788, 3768-3794, nota 1: la complejidad de los principios que establece y la amplitud de los efectos que conlleva han sido las principales causas del retraso en la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico.

[5] *Vid*. DUPLÁ MARÍN, T. (2021), Consideraciones en torno al alcance…, *op. cit*., 3770, quien también señala que la Convención hace uso de la expresión: ejercicio de la capacidad jurídica, que debe interpretarse en sustitución a lo que venía siendo la clásica capacidad de obrar.

[6] *Vid*. VIVAS TESÓN, I. (2010), Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 7, 565, quien también señala: No estamos, pues, ante una mera declaración o recomendación, sino ante un pacto internacional preceptivo y vinculante.

[7] Documento elaborado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad entre el 31 de marzo y el 11 de abril de 2014. [En línea], disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CRPD/00_Observaciones%20generales%20CRPD.htm#GC1.

[8] Como señala DE SALAS MURILLO, S. (2018), Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2018, 3-4, según algunos autores, «los pronunciamientos del Comité se erigen en criterio de interpretación auténtico y jerárquico, y gozan de la misma primacía de las propias normas internacionales sobre derechos humanos cuyo seguimiento se les encomienda», con cita a RECOVER BALBOA, T. (2014), Hacia la reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad, en GARCÍA GARNICA, M.C. (directora), *Nuevas Perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Dykinson: Madrid, 26; para otros autores, sin embargo, en el caso del Comité de Derechos Humanos (si bien la afirmación podría predicarse del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), dado que actúa en un marco cuasi judicial y no político, se trataría más bien de una interpretación autorizada del Tratado que supervisan, «de la que no deben apartarse los poderes nacionales y menos aún las autoridades normativas españolas sobre las que recae el mandato de interpretación conforme a lo establecido por el artículo 10.2 de la CE», *vid*. CUENCA GÓMEZ, P. (2012), La incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12/2012 (Segunda Época), Universidad de Jaén, 23.

[9] *Vid*. DUPLÁ MARÍN, T. (2021), Consideraciones en torno al alcance…, *op. cit*., 3776, y como resumen de las principales voces en contra de la Observación, *vid*. TORRES COSTAS,

M.E. (2019), *La capacidad de obrar a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (CNUDPD)*, tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, 50-68, [En línea], disponible en: http://hdl.handle.net/10347/23196. Como menciona FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2021), La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad…, *op. cit.*, 4: Un amplio sector doctrinal considera que las explicaciones contenidas en Observación General de 2014 van más allá de las disposiciones contenidas en la Convención. Entre las palabras más utilizadas por la Convención y la Observación, además de las que constituyen su propio objeto «apoyo, discapacidad y capacidad jurídica» cabe mencionar las siguientes: igualdad ante la ley, libertad, dignidad, respeto, voluntad, preferencias, deseos, toma de conciencia, derechos humanos, derechos fundamentales, diversidad, accesibilidad, barreras, influencia indebida, inclusión, autonomía, privacidad, independencia individual, salvaguardas, familia, género, discriminación, salud, trabajo, Comité, medidas de apoyo pertinentes y efectivas, Estados parte, y Derecho Internacional». La Observación menciona lo siguiente: «En especial lo que se ha negado a la persona con discapacidad es la capacidad de obrar, con carácter general, y la asunción de la misma, en mayor o menor medida en función de las distintas legislaciones y del grado de discapacidad, por otra persona, tutor o curador, que actuaría en representación o sustitución de la persona con discapacidad, en atención a su mejor o superior interés.

[10] Se recomienda su lectura íntegra.

[11] *Vid*. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2021), La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad…, *op. cit.*, 3-4.

[12] El apartado 13 de la Observación dice: La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales. En instrumentos jurídicos tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 6), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 16) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 15) no se especifica la distinción entre capacidad mental y capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en cambio, deja en claro que el «desequilibrio mental» y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar).

[13] *Vid*. apartado 13, *in fine*, de la Observación.

[14] *Vid*. apartado 16 de la Observación. El apartado 17 ofrece más detalles sobre este concepto: Apoyo es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad «por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas», a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias. Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás.

[15] *Vid*. apartado 18 de la Observación.

[16] *Vid*. apartado 19 de la Observación.

[17] *Vid*. apartado 21 de la Observación.

[18] *Vid*. apartado 22 de la Observación: Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación.

[19] *Vid*. apartado 23 de la Observación: Tradicionalmente se ha negado a las personas con discapacidad el acceso a las finanzas y la propiedad sobre la base del modelo médico de la discapacidad. Este criterio de negar a las personas con discapacidad la capacidad jurídica para las cuestiones financieras debe sustituirse por el apoyo para ejercer la capacidad jurídica, de acuerdo con el artículo 12, párrafo 3. De la misma manera que no se puede utilizar el género como base para discriminar en las esferas de las finanzas y la propiedad {§1}, tampoco se puede usar la discapacidad.

[20] *Vid*. MORO ALMARAZ, M.J. (2021), La tramitación legislativa de la Ley 8/2021, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 31 (ejemplar dedicado a: La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico), 6-17.

[21] La exposición de motivos de la Ley 8/2021 dice: La reforma del ordenamiento jurídico español, que es consecuencia de la ratificación por España de dicho tratado, se inició con la Ley 26/2011, llamada precisamente de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, y que se encargó de modificar numerosos cuerpos legales de nuestro Derecho interno. La reforma continuó con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, a la que han de sumarse la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la nueva legislación de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, precisamente en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones) o las más recientes Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones, y Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

[22] *Vid*. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2021), La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad…, *op. cit.,* 4: Cabe, asimismo, subrayar, los esfuerzos por interpretar el Código Civil a la luz de los principios de la Convención, realizados por la jurisprudencia mayoritaria, a partir de la STS 282/2009, de 29 de abril, aprobada por el Pleno, y constituida en referente de posteriores, y numerosas resoluciones judiciales, y en la nota 6: Cabe también mencionar en materia de discapacidad, los artículos 14 y 49 de la CE, relativos a la igualdad y la no discriminación, así como a la Ley de Integración Social de los Minusválidos de 1982, la Ley 51/2003, sobre Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, y la Ley 41/2003 que incorpora por primera vez a las personas con discapacidad, acreditada mediante certificación administrativa o resolución judicial, en diversas materias del articulado del Código Civil.

[23] *Vid.* CALAZA LÓPEZ, S. (2020), Jurisdicción Voluntaria de personas con distintas discapacidades: monitorios de colectivos vulnerables (1), *Práctica de los Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil,* Wolters Kluwer, núm. 145, 1 de julio, 1-34.

[24] *Vid*. SOSPEDRA NAVAS, F.J. (2021), Comentario a la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad, *Aranzadi digital*, núm. 1/2021, 3.

[25] El artículo 300 del Código Civil dispone: 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.

[26] Se suprime el estado civil de incapacitado y el procedimiento de modificación judicial de la capacidad por considerar que no cabe modificar en juicio la capacidad de las personas. Hacerlo supondría una discriminación. *Vid*. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2021), La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad…, *op. cit.*, 7.

[27] La tutela, como se ha dicho, queda reservada únicamente para la protección de los menores de edad (título IX, arts. 199 a 238 CC). Por tanto, se elimina la tutela para personas con discapacidad, y también se elimina la patria potestad prorrogada y la patria potestad

rehabilitada, al considerarse figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad previsto en la Ley 8/2021. *Vid*. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2021), La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad…», *op. cit.*, 8, y Apartado III del Preámbulo de la Ley 8/2021: «No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado.

[28] *Vid*. SOSPEDRA NAVAS, F.J. (2021), Comentario a la Ley 8/2021…, *op. cit.*, 5: Las medidas voluntarias de apoyo se regulan ahora de forma extensa en los artículos 254 a 262 del Código Civil, y consisten en la posibilidad de que cualquier 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 en igualdad de condiciones con las demás, pueda contemplar de forma preventiva o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes, con el régimen jurídico correspondiente respecto al alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, la forma de ejercicio del apoyo, el establecimiento de las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Estas medidas deben formalizarse en escritura pública, debiendo ser comunicadas de oficio por el notario autorizante al Registro Civil. Se trata de medidas preventivas que refuerzan la autonomía personal. Solo en defecto de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, puede la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias. En caso de menores sujetos a patria potestad o tutela en los que se prevea razonablemente, en los dos años anteriores a la mayoría de edad, que puedan precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica una vez alcanzada dicha mayoría de edad, la autoridad judicial podrá acordar las medidas que sean oportunas (art. 254 CC).

[29] *Vid*. *Ibídem*, *op. cit*., 6: La guarda de hecho es una medida de apoyo informal regulada en los artículos 263 a 267 del Código Civil. La guarda de hecho se caracteriza por ser una situación fáctica de apoyo asumida al margen de las formalidades legales, que en la reforma de la Ley 8/2021 puede adquirir una situación de permanencia, si no se instan otras medidas distintas. Esta guarda de hecho se puede prolongar (art. 264 CC), e incluso puede ejercerse la función de control del guardador de hecho por la propia autoridad judicial (art. 265 CC). La extinción de la situación de guarda de hecho se produce en los supuestos contemplados en el artículo 267 del Código Civil.

[30] *Vid*. artículo 271 del Código Civil.

[31] Para un estudio en profundidad sobre estas medidas voluntarias, *vid*. BERROCAL LANZAROT, A.I. (2021), Las medidas voluntarias de apoyo en la Ley 8/2021, de 2 de junio: los poderes y mandatos preventivos, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 786, julio de 2021.

[32] Uno de los principales problemas que se plantean es la admisión o no, dentro del sistema de apoyos, de la posible representación o sustitución. Parece mayoritaria la postura que, de modo compatible con la existencia de un sistema de apoyos, admite que en situaciones excepcionales (discapacidades intelectuales severas o demencias muy avanzadas, estado de coma permanente, etc.) en que no es posible, incluso mediante apoyos, saber cuál es la voluntad de la persona, caben las necesarias «acciones de representación», «apoyos intensos», o en palabras de algunos autores, «apoyos obligatorios», o cualquier otra expresión. *Vid*., como resumen de todas las posiciones doctrinales, el trabajo de DE SALAS MURILLO, S. (2018), Significado jurídico, *op. cit.*, 36-43.

[33] *Vid.* SOSPEDRA NAVAS, F.J. (2021), Comentario a la Ley 8/2021…, *op. cit*., 7: La configuración de la curatela como un régimen específico, que está en función de las necesidades de apoyo, ha hecho desaparecer la prodigalidad como institución autónoma, dado que los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas con la reforma.

[34] *Vid*. *Ibídem*, *op. cit*., 8.

[35] *Vid*. *Ibídem*, *op. cit*., 9, que añade: Junto a la tutela, se regula el defensor judicial y la guarda de hecho, así como el régimen de la mayoría de edad y emancipación, sin modificaciones significativas respecto del régimen precedente. En el caso del defensor judicial, conforme al artículo 235.3.º del Código Civil, su nombramiento procede en los casos en que el menor emancipado requiera el complemento de capacidad previsto en los artículos 247 y 248 (para tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor), y a quienes corresponda prestarlo no puedan hacerlo o exista con ellos conflicto de intereses.

[36] *Vid*. *Ibídem*, *op. cit*., 13: Ello es coherente con el planteamiento de que se trata de medidas cuya finalidad es la de protección o apoyo de la persona con discapacidad, lo cual entra en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, sin perjuicio de que el proceso contencioso pueda seguirse en el caso de oposición o cuando, por cualquier otro motivo, no pueda finalizarse el expediente de jurisdicción voluntaria. Como señala FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2021), La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad…, *op. cit.*, 8: (…) la jurisdicción contenciosa puede suponer una estigmatización de la discapacidad contraria al modelo de priorizar la voluntad de la persona con discapacidad, así como a la penosidad que a nivel familiar puede implicar un proceso contencioso para dotar de medidas de apoyo a una persona.

[37] El artículo 7 bis de la LJV tiene exactamente la misma redacción que el artículo 7 bis de la LEC (ambos artículos han sido introducidos en el ordenamiento jurídico por medio de Ley 8/2021).

[38] *Vid*. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2022), Jurisdicción voluntaria: provisión de apoyos a personas con discapacidad, *La Ley Derecho de Familia, Sección A Fondo,* Primer trimestre de 2022, Wolters Kluwer, núm. 33, 5. Este autor añade: El carácter no preceptivo de la intervención de abogado y procurador impide a la persona con discapacidad ejercer el derecho a la defensa y representación gratuitas cuando actúa por sí misma en el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo, así como en otros expedientes previstos en la LJV, conforme al artículo 6.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

[39] Para un estudio en profundidad sobre esta materia (el internamiento por razón de trastorno psíquico), se recomienda la lectura del trabajo de MORETÓN SANZ, M.F. (2011), La inacabada reforma psiquiátrica española: cuestiones sobre internamientos psiquiátricos no voluntarios y la ausencia de control judicial en los ingresos geriátricos, *Comunitaria: Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales (Ejemplar dedicado a: Crisis del Estado del bienestar)*, núm. 1, 69-87.

[40] *Vid*. SOSPEDRA NAVAS, F.J. (2021), Comentario a la Ley 8/2021…, *op. cit.*, 16.

[41] *Vid*. UREÑA CARAZO, B. (2022), El nuevo proceso de apoyo a las personas con discapacidad: un enfoque humanista, *La Ley Derecho de familia, Sección A Fondo,* Primer Trimestre de 2022, Wolters Kluwer, núm. 33, 6.

[42] Publicado en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, número 8493, el 2 de septiembre de 2021, en vigor a partir del día siguiente, 3 de septiembre de 2021, convalidado por Resolución 110/XIV del Parlamento de Cataluña, publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, número 8521, de 13 de octubre de 2021.

[43] La Ley 8/2021, con respecto a su contenido no procesal, de derecho civil sustantivo, no es de aplicación directa, ni tampoco de aplicación supletoria en Cataluña, de acuerdo con los artículos 111-2 y 111-5 del CCCat, según se explica en la exposición de motivos del Decreto Ley 19/2021. De hecho, resulta pertinente criticar aquí la ausencia de una mención, en la Ley 8/2021, a la existencia de una pluralidad normativa en materia de capacidad jurídica. La disposición final segunda (párrafo tercero) establece que «los artículos segundo y quinto y las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera se dictan al amparo de la competencia que corresponde al Estado en materia de legislación civil, conforme al artículo 149.1.8.º de la Constitución», obviando la referencia que sí hace la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, que añade a la misma frase la coletilla «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». El Dictamen n.º 34/2019, de 22 de abril, del Consejo de Estado al anteproyecto de

ley recuerda que se trata de una materia en la que concurre una pluralidad normativa, pero la Ley 8/2021 no ha tenido la precaución (o la consciencia o delicadeza) de mencionarlo. Según el Consejo de Estado estas comunidades autónomas son Cataluña, Galicia y Aragón (olvidándose de Navarra). Los conflictos de normas hubiesen existido de no modificarse, rápidamente, el CCCat, al menos en Cataluña, que es el objeto de este estudio (no se analizan, en este trabajo, las adaptaciones normativas de las otras comunidades autónomas). *Vid*. FONT SEGURA, A. (2021), Problemas de Derecho interregional suscitados a raíz de la aprobación de la Ley 8/2021, 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, *La Ley Derecho de Familia, Sección A Fondo,* tercer trimestre de 2021, Wolters Kluwer, núm. 31, 3.

[44] *Vid*. DE BARRÓN ARNICHES, P. (2013), La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad: estudio comparativo con el modelo italiano, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, núm. 4, 1605-1663. Este trabajo menciona la influencia decisiva que tuvo la Recomendación R (99) 4, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de febrero de 1999 y los precedentes existentes en ordenamientos jurídicos del entorno de Cataluña (el modelo italiano, el alemán o el francés, por ejemplo), para la regulación de la asistencia en el CCCat, así como a la luz de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. De hecho, muchos autores reclamaban una revisión legislativa del sistema tuitivo en todas las normativas civiles vigentes en el Estado, a partir de la Convención, *cfr*. GARCÍA CANTERO, G. (2013), Los derechos de los mayores en la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 sobre personas con discapacidad, *Revista de Derecho de familia y de las personas*, núm. 1, 22; VIVAS TESÓN, I. (2012), Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar, *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, 4. De todos modos, la doctrina se ha pronunciado muchas veces a favor de revisar las instituciones de protección de la persona, *cfr*. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (1984), Comentario al artículo 199 del Código Civil, en Amorós Guardiola, A., Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coords.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela,* Madrid: Tecnos, 178 y sigs.; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (1992), *La protección civil del enfermo mental no incapacitado,* Barcelona: José María Bosch; MARTÍNEZ DÍE, R. (2000), *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid: Civitas; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (2001), La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil, *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, especialmente la 939; PRIDA MIGOYA, F. (2003), La autotutela, en Serrano García, I. (coord.), *La protección jurídica del discapacitado,* Valencia: Tirant lo Blanch, 60 y sigs.; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2006), ¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 9-67; TORRES GARCÍA, T. (2006), Discapacidad e incapacitación, en Pérez de Vargas Muñoz, J. (coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* Madrid: Wolters Kluwer, 437-460; DE SALAS MURILLO, S. (2010), Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración, *Anuario de Derecho Civil,* 63, núm. 2, 677-717; MEDINA ALCOZM, M. (2011), La ancianidad en el derecho civil, *Revista de Derecho Privado,* núm. 5, 73-101; SERRANO GARCÍA, I. (2012), *Autotutela,* Valencia: Tirant lo Blanch; DÍAZ ALABART, S. (2013), La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquicas no incapacitadas, *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 3-24.

[45] *Vid*. DE BARRÓN ARNICHES, P. (2013), La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad, *op. cit.*, 1626. A diferencia (como se menciona en este trabajo) del modelo italiano, que sigue fielmente el modelo alemán y legitima, en primer lugar, al propio beneficiario o persona necesitada de protección (art. 406 del Código Civil italiano, en adelante CCIt), seguido del menor no emancipado, y también la persona sometida a tutela o a curatela que desea solicitar una modificación de su sistema de protección (por mejoría física o psíquica que le permite recuperar su capacidad de obrar. Ello obligaba al incapacitado a instar, paralelamente al procedimiento de jurisdicción voluntaria de nombramiento de un administrador, la revocación de la sentencia judicial de incapacitación ante el juez competente para conocer el asunto. También puede solicitar la asistencia de una persona el juez, y, por remisión al artículo 417 del CCIt, los familiares del

beneficiario, parientes hasta el cuarto grado por consanguinidad y hasta el segundo grado por afinidad, así como el cónyuge o la pareja de hecho y, en general, todos los legitimados para solicitar la incapacitación judicial de la persona afectada, tutores, curadores o el Ministerio Fiscal. También se incluye la responsabilidad de los servicios sanitarios y sociales si no solicitan esta medida de protección, teniendo a su cargo una persona que lo necesita.

[46] *Vid*. *Ibídem*, *op. cit.*, 1608-1610. En Italia se optó por establecer la asistencia de un modo paralelo a la tutela o curatela, del mismo modo que el CCCat, aunque el legislador catalán estuvo tentado de suprimir la incapacitación de la persona, considerándose una opción demasiado prematura en nuestra sociedad y sistema jurídico, *vid*. RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2011), La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña, en Barrada Orellana, R., Garrido Melero, M., y Nasarre Aznar, S. (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona: Bosch, 52.

[47] *Vid*. *Ibídem*, *op. cit.*, 1611, que transcribe, de nuevo, en su nota 12, el Preámbulo de la Ley 10/2015: La presente ley mantiene las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacitación, pero también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de esta, ateniéndose a la constatación de que en muchos casos la persona con discapacidad o sus familiares prefieren no promoverla.

[48] *Vid*. *Ibídem*, *op. cit.*, 1613, y añade la mención al artículo 1896(2) del Código Civil alemán (BGB), el cual establece que «un asistente legal solo puede ser nombrado para un ámbito de funciones en que es necesaria la asistencia legal».

[49] La doctrina empezó a realizar distinciones entre los términos jurídicos incapacidad e incapacitación, señalando que, si bien en algún extremo respondían a la misma idea, no eran totalmente equivalentes. Una persona podía presentar incapacidad para la realización de determinado o determinados actos jurídicos, lo cual significaba que en ese aspecto concreto le faltaba capacidad natural (ausencia de las condiciones necesarias de inteligencia, lucidez, y raciocinio suficientes para su puesta en práctica y para asumir las consecuencias). Por el contrario, el término jurídico incapacitación era una condición jurídica de la persona que afectaba a su capacidad de obrar y constituía un estado civil, se oponía no a capacidad natural sino a capacidad de obrar. Distinción que ha quedado totalmente desfasada. *Cfr.* GETE-ALONSO CALERA, M.C. (2011), Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad, en GARCÍA GARNICA, M.C. (coord.), *Estudios sobre dependencia y discapacidad,* Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 56.

[50] No existía (ni existirá ya) en el CCCat una definición del presupuesto para la incapacitación.

[51] *Cfr.* al respecto, DE SALAS MURILLO, S., PARRA LUCÁN, M.A. (2011), *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil,* Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 181.

[52] *Vid*. DE BARRÓN ARNICHES, P. (2013), La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad, *op. cit.*, 1619.

[53] Aunque ello quede arreglado, a modo de parche provisional, con la Disposición transitoria segunda del Decreto Ley 19/2021: 1. A partir de la entrada en vigor de este decreto-ley, la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada, reguladas por las disposiciones del título II del libro segundo del Código Civil de Cataluña, no se pueden constituir en relación a las personas mayores de edad; 2. Las tutelas, las curatelas y las potestades parentales prorrogadas o rehabilitadas constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de este decreto ley se mantienen hasta la revisión a la que hacen referencia los apartados 3 y 4; 3. Las personas con la capacidad modificada judicialmente, los progenitores que tienen la potestad parental prorrogada o rehabilitada y las personas que ejercen cargos tutelares o de curatela pueden solicitar en cualquier momento la revisión de las medidas que se hayan establecido para adaptarlas a la supresión de la modificación judicial de la capacidad y aplicar, si procede, el régimen de asistencia que regulan los artículos 226-1 a 226-8 del Código Civil de Cataluña. La revisión de las medidas se tiene que realizar en el plazo máximo de un año desde la solicitud; 4. En caso de no existir la solicitud mencionada en el apartado 3, la revisión la tienen que realizar de oficio la autoridad judicial, o a instancia del Ministerio Fiscal, en un plazo máximo de tres años desde la entrada en vigor de este decreto ley; 5. Las personas que han sido declaradas judicialmente pródigas y las que ejercen su curatela pueden pedir, en cualquier momento, la extinción de la curatela.

Lo que establecen los artículos 223-1 a 223-10 del Código Civil de Cataluña se mantiene y rige hasta la extinción de la curatela.

[54] Excepcionalmente, mediante una resolución motivada, se puede prescindir de lo que ha manifestado la persona afectada si se acreditan circunstancias graves desconocidas por ella o cuando, en caso de nombrar a la persona que ella ha indicado, se encuentre en una situación de riesgo de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida (art. 226-2.3 del CCCat).

[55] Todo ello, por supuesto, en base a los dictámenes e informes periciales, sociales y sanitarios, tanto los aportados por quien solicita la adopción de las medidas de apoyo, como por el médico forense del juzgado, si así lo ordena la autoridad judicial en cada caso.

[56] *Vid*. FONT SEGURA, A. (2021), Problemas de Derecho interregional…, *op. cit.*, 13, y añade: No obstante, los límites sustantivos de la competencia en materia de apoyo a las personas con discapacidad no están definidos y ello puede suscitar problemas en orden constitucional e incluso internacional. En este sentido, la persistencia de un modelo normativo que contemple la modificación de la capacidad, siempre de modo parcial y excepcional, puede llegar a crear una divergencia normativa que sea insostenible bajo parámetros constitucionales. Todo depende del cariz que tomen los modelos adoptados por los legisladores autonómicos y en la comprensión de que la Ley 8/2021 no es más que una de las opciones que queda cubierta por la Convención. Así parece que se ha hecho, con la reforma del CCCat, mediante el Decreto Ley 19/2021: eliminar la modificación de la capacidad y regular la asistencia como medida de apoyo (ya existente y propia de la legislación civil catalana), adaptándola al nuevo paradigma.

1.5. Obligaciones y contratos

Presupuestos de la mora del acreedor

Creditor delay requirements

por

FRANCISCO MILLÁN SALAS
Profesor contratado Doctor de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: Nuestro Derecho reconoce la institución de la mora del acreedor, aunque el Código Civil no contenga una regulación general sobre la misma, refiriéndose a ella en varios artículos, al igual que ocurre en el Código de Comercio o en leyes especiales. Han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han determinado su régimen jurídico, sobre todo en cuanto al concepto, los presupuestos y los efectos.

La mora del acreedor la podemos definir como el retraso en el cumplimiento de la obligación debido al rechazo, sin razón alguna, por parte del acreedor del ofrecimiento de pago que le hace el deudor, cuando la cooperación del acreedor es necesaria para el cumplimiento de la obligación, con independencia de la conducta culposa o no del acreedor.

En cuanto a los presupuestos para la existencia de la mora del acreedor son: una obligación vencida para cuyo cumplimiento haga falta el concurso del acreedor; la realización por el deudor de todo lo que conduce a la ejecución de la prestación, lo que supone el ofrecimiento de pago al acreedor, y que el acreedor no acepte la prestación, o en general, no coopere sin justificación legal alguna al cumplimiento de la obligación.

ABSTRACT: As general rule, the Spanish Law provides for the legal institution of the creditor's delay. In spite of the absence of a clear legal definition in the Spanish Civil Code, several dispositions are referring to it both the Civil Code and the Commercial Code & special laws. Doctrine and jurisprudence have set in place its legal regime, definition and the legal requirements and effects.

The delay of the creditor can be defined as the delay in fulfilling the obligation of accepting the pay-out due to the rejection by the creditor, without legal justification, of the payment made by the debtor, when the creditor's cooperation is necessary for the fulfilment of the obligation irrespective of being negligent conduct or not of the creditor.

As regards the legal requirements for determining the creditor's delay, these are: the maturity of the obligation for whose fulfilment the creditor's assistance is required; the proper conduct of the debtor using all reasonable means for the execution of the payment, which implies the unambiguous offer of payment to the creditor and that the creditor does not accept the provision, nor cooperate to comply with the obligation without justified cause.

PALABRAS CLAVE: Mora del acreedor. Deudor. Obligación. Ofrecimiento de pago. Cooperación.

KEY WORDS: Creditor delay. Debtor. Obligation. Offer of payment. Cooperation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO DE MORA DEL ACREEDOR.—III. PRESUPUESTOS DE LA MORA DEL ACREEDOR. 1. Que exista una obligación. 2. Ofrecimiento de pago. *A) Concepto. B) Elementos del ofrecimiento de pago. C) Clases de ofrecimiento. D) Requisitos del ofrecimiento de pago.* a) Introducción. b) Persona legitimada para hacer el ofrecimiento de pago. c) Persona legitimada para recibir el ofrecimiento de pago. d) Objeto. e) La condición. f) El término. g) Lugar. h) Forma. 3. La cooperación del acreedor. *A) Introducción. B) La necesidad de la cooperación del acreedor. C) Naturaleza jurídica de la cooperación. D) La justa causa de no cooperar al cumplimiento de la obligación.* 4. La mora del acreedor no requiere la culpa. 5. No es preciso un requerimiento del deudor al acreedor.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Mantiene SABATER BAYLE que «Existen, realmente, dos concepciones sobre la mora: una unitaria, que afirma que el concepto de mora es único, si bien existen dos clases de mora (del deudor y del acreedor); y otra dualista, que propugna la escisión conceptual de la mora del deudor y de la mora del acreedor, como figuras autónomas e independientes»[1].

En la doctrina española, la controversia se produce ya entre los primeros comentaristas del Código Civil, así, SCAEVOLA sostiene que «cuando el acreedor se niega a recibir lo que se le debe, no falta a una obligación, porque no tiene la obligación de recibir. Esto aportará a la mora del deudor las consecuencias que sean precisas... pero no es mora por sí misma...; si solo es moroso el que debe, ¿en qué sentido puede serlo el acreedor que no debe nada?»[2]. En cambio, MANRESA sostiene que en el concepto de mora debe distinguirse «según proceda del deudor para cumplir, o del acreedor para recibir, la *mora solvendi* y la *mora accipiendi*»[3]. Más recientemente, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO mantiene la concepción unitaria, si bien advierte que puede representar un cierto obstáculo para llegar a un concepto unitario de mora, el elemento de la culpabilidad. La mora del deudor requiere la culpabilidad de este en el retraso; en cambio, la del acreedor no. Además que los efectos propios de ambas moras son, coetáneamente, incompatibles[4]. SABATER BAYLE, sin mantener una u otra concepción, afirma que «en el Código Civil, no existe un pronunciamiento que nos permita defender de manera inequívoca la tesis dualista o la unitaria», si bien «la teoría dualista sobre la mora tiene la ventaja indudable de la seguridad jurídica: al ser regulada extensamente la mora del acreedor, los requisitos, los efectos, y las clases de ofrecimiento, queden obviadas de raíz las discusiones doctrinales y jurisprudenciales, en beneficio de dicho principio, y el margen reservado a la interpretación del texto queda considerablemente reducido». «La teoría unitaria sobre la mora permite establecer una «comunidad de principio» entre la mora del deudor

y la del acreedor; y al estar la primera plenamente reconocida y consagrada, cabría plantearse la posibilidad de extender su régimen a la mora del acreedor, de tan parca regulación en el Derecho español. Esta teoría presenta la notable dificultad de tener que precisar las «salvedades» oportunas (así, por ejemplo, la mora del deudor requiere culpa, mientras que la mora del acreedor se produce aún en el caso fortuito...)»[5].

Entre estas dos teorías, la mayoría de los autores mantienen la teoría dualista[6], así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 1176 del Código Civil[7], y la mantiene el Derecho extranjero[8].

Las dos moras tienen algunas analogías tales como que implican un retraso en el cumplimiento de la obligación y que el causante del retraso es responsable por los daños causados como consecuencia del retraso. Y también ciertas diferencias como que la mora del deudor es imputable al deudor, mientras que la mora del acreedor lo es al acreedor, que en la mora del deudor es necesario el retraso culpable del deudor, mientras que en la mora del acreedor no es necesario la culpabilidad del acreedor o que en la mora del deudor es necesario un requerimiento judicial o extrajudicial del acreedor al deudor para que cumpla, mientras que en la mora del acreedor no es necesario el requerimiento del deudor al acreedor para que incurra en mora.

Nuestro Código Civil no contiene una regulación general sobre la mora del acreedor, tan solo se alude a ella en varios preceptos. Así, en el artículo 1176 se presupone la mora del acreedor si el acreedor se negare, de manera expresa o de hecho, sin razón a admitir el ofrecimiento de pago, a otorgar el documento justificativo de haberse efectuado o a la cancelación de la garantía, si la hubiere; el artículo 1185 libera al deudor, cuando ofrecida por este la cosa al acreedor se perdiese, habiéndose, sin razón, negado el acreedor a aceptarla; el artículo 1452.3.º se refiere a la venta de cosas fungibles por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no imputándose el riesgo al comprador hasta que se haya pesado, contado o medido, a no ser que el comprador se haya constituido en mora; el artículo 1505 declara resuelta la venta de bienes muebles cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega, no se haya presentado a recibirla; y los artículos 1589 y 1590 se refieren a la morosidad en recibir la obra.

El Código de Comercio alude también a la mora del acreedor en el artículo 332, sobre compraventa mercantil, donde se establece que si el comprador rehusare sin justa causa el recibo de los efectos comprados o demorase hacerse cargo de los mismos, el vendedor puede depositarlos judicialmente.

Además del Código Civil y del Código de Comercio, en el resto del ordenamiento jurídico también se hace referencia a la mora del acreedor, así: en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (art. 50); en la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (art. 48); en la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías (art. 44 en relación con el 36.1); en la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, en relación con el contrato de fletamento (art. 228), y en relación al contrato de pasaje (art. 293.2); en la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea (art. 109); en el del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (art. 30); en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, para el contrato de edición (art. 65.1.º y 3.º), y para el contrato de representación teatral y ejecución musical (art. 77.1.º).

A la vista de todos estos preceptos, que iremos viendo a lo largo de este trabajo, no hay duda alguna de que nuestro Derecho reconoce la institución de la mora del acreedor. Sin embargo, el problema radica en determinar su régimen jurídico, ya que los artículos antes citados solo lo contienen parcialmente y para casos concretos. Han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han determinado su régimen jurídico, sobre todo en cuanto al concepto, a los presupuestos y efectos. En esta labor de determinar el régimen jurídico de la mora del acreedor, la jurisprudencia, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1941, da carta de naturaleza a la mora del acreedor, al distinguir entre la oferta real, que es la oferta seguida de consignación, de la oferta no seguida de consignación, cuyo efecto es el de constituir al acreedor en mora.

Por lo que respecta al Derecho comparado, en el Código Civil francés no existen normas que, con carácter general, se refieran a la mora del acreedor. Sin embargo, existen algunos artículos donde se aprecia el reconocimiento de dicha institución, por ejemplo, los artículos 1788 a 1790 relevan de responsabilidad al contratista por pérdida de la obra realizada, cuando el comitente se niegue a verificarla o recibirla sin mediar justa causa. El Código Civil alemán regula la mora del acreedor en los parágrafos 293 a 304; y el Código Civil italiano de 1942 en los artículos 1206 a 1217 bajo la rúbrica «De la mora del acreedor» regula dicha institución.

II. CONCEPTO DE MORA DEL ACREEDOR

La Sentencia de 24 de julio de 1998 de la Audiencia Provincial de Soria define a la mora del acreedor como «la omisión por parte de aquel del comportamiento necesario para que se produzca la prestación, cuando ese comportamiento es necesario», y la Sentencia de 30 de marzo de 2001 de la Audiencia Provincial de Barcelona como «la omisión por el acreedor de aquel comportamiento necesario para que se produzca el resultado de entrega, en las obligaciones de dar, cuando ese comportamiento es necesario para ello y además no determina una definitiva insatisfacción del derecho de crédito, ni una imposibilidad sobrevenida, sino simplemente un retraso».

El Código Europeo de Contratos en su artículo 103 define la mora del acreedor en los siguientes términos: «Hay mora del acreedor si este último, sin motivo válido, no recibe, rechaza, impide o estorba el cumplimiento por parte del deudor, o no efectúa la opción prevista en el artículo 87, párrafo 2, en el caso de una obligación alternativa si la otra parte no quiere efectuarla, o no procura, cuando está obligado a ello, la presencia de un tercero o la autorización o la licencia de la autoridad pública prevista en el artículo 76, párrafo 2, o, en cualquier caso, adopta un comportamiento activo u omisivo que no permite al deudor cumplir la obligación».

La doctrina ha definido la mora del acreedor de la forma siguiente. Para ESPÍN CÁNOVAS, la mora del acreedor es «la conducta culpable del mismo, que imposibilita el cumplimiento de su prestación y consiguiente liberación»[9]. Esta definición recoge el requisito de la culpa del acreedor, requisito que no es necesario, como más adelante veremos.

Para DÍEZ-PICAZO, la llamada mora del acreedor o *mora credendi* «es la omisión por parte de él del comportamiento preciso para que se produzca la prestación, cuando este comportamiento es necesario. No determina por sí misma una definitiva insatisfacción del derecho de crédito, ni una imposibi-

lidad sobrevenida de la prestación sino simplemente un mero retraso en su ejecución»[10].

Para PASCUAL ESTEVILL, el acreedor incurre en mora «cuando, sin razón alguna, rechaza la prestación que el deudor le ofrece regularmente, o bien omite la colaboración en aquellos actos preparatorios que tienden a la consecución del fin de la obligación, cuales son los comportamientos necesarios para la actuación del contenido de la relación»[11].

CABANILLAS SÁNCHEZ la define como «aquella situación en la que se produce un retraso en la producción del resultado de la prestación como consecuencia de un comportamiento debido a una causa que es exclusivamente imputable al acreedor»[12].

Para CABALLERO LOZANO, la mora del acreedor es «la situación jurídica en que se halla el vínculo obligatorio, consistente en un retraso en el cumplimiento de la obligación, motivado por la falta de colaboración, temporánea y necesaria, del acreedor, culpable o no, pero injustificada, mediando el ofrecimiento del pago del deudor»[13].

Por nuestra parte, podemos definir la mora del acreedor como el retraso en el cumplimiento de la obligación debido al rechazo, sin razón alguna, por parte del acreedor del ofrecimiento de pago que le hace el deudor, cuando la cooperación del acreedor es necesaria para el cumplimiento de la obligación, con independencia de la conducta culposa o no del acreedor.

En la doctrina extranjera existen definiciones de mora del acreedor, así, en la doctrina alemana, para ENNECCERUS la «mora del acreedor o *mora accipiendi* es un retraso del cumplimiento fundado en que el acreedor omite la cooperación (especialmente la aceptación) indispensable por su parte»[14], y en la doctrina italiana, para NATOLI-BIGLIAZZI la mora del acreedor «sintéticamente puede describirse como una situación en la cual el injustificado comportamiento negativo del acreedor no consiente al deudor ejecutar la prestación, que, por eso mismo, sufre un necesario aplazamiento»[15].

Por otra parte, es necesario tratar una cuestión terminológica. La doctrina emplea los términos *mora accipiendi, mora creditoris o mora credendi* para designar a la institución de la mora del acreedor. SABATER BAYLE prefiere, por su generalidad, hablar de la expresión *mora accipiendi*: «Acreedor es quien tiene derecho a recibir la prestación del deudor, pero *accipiens* es todo aquel que recibe —por cualquier título, aunque sea distinto de una deuda— un ingreso en el lado activo de su patrimonio. *Accipiens* se contrapone a *tradens* en el sentido de referir todo tipo de desplazamiento patrimonial; *acreedor/deudor* sería una especie de aquel género»[16]. Sin embargo, CABALLERO LOZANO, aunque está de acuerdo con la postura anteriormente señalada, prefiere la expresión *mora creditoris* «porque, en la práctica, esta figura jurídica tiene lugar generalmente en el ámbito de las obligaciones, entendidas en sentido estricto»[17]. La jurisprudencia suele emplear preferentemente la expresión *mora accipiendi* como veremos a lo largo de este trabajo.

III. PRESUPUESTOS DE LA MORA DEL ACREEDOR

Los presupuestos que la doctrina y la jurisprudencia vienen exigiendo para la existencia de la mora del acreedor son: una obligación vencida para cuyo cumplimiento haga falta el concurso del acreedor; la realización por el deudor de todo lo que conduce a la ejecución de la prestación, y, finalmente, la falta de

cooperación por parte del acreedor sin justificación legal alguna al cumplimiento de la obligación (SSTS de 30 de mayo de 1986; de 23 de febrero de 1996; 13 de mayo de 1996; Sentencia de 10 de febrero de 1994 de la Audiencia Provincial de Baleares; de 24 de julio de 1998 de la Audiencia Provincial de Soria; de 22 de julio de 1999 de la Audiencia Provincial de Cáceres; Sentencia de 28 de febrero de 2000 de la Audiencia Provincial de Pontevedra o Sentencia de 31 de diciembre de 2001 de la Audiencia Provincial de Madrid).

1. Que exista una obligación

El primer presupuesto de la mora del acreedor es que exista una obligación vencida para cuyo cumplimiento sea necesario el concurso del acreedor.

La obligación para ser susceptible de mora del acreedor ha de reunir una serie de características:

1.ª Ha de existir un vínculo obligatorio. La mora del acreedor solo tiene lugar cuando la obligación está vigente y sea posible su cumplimiento, si, por el contrario, la obligación no ha nacido o se ha extinguido no es posible su cumplimiento y, por lo tanto, tampoco puede darse la mora del acreedor ya que esta tiene lugar precisamente en el cumplimiento de la obligación.

Si para que exista mora del acreedor es necesario que exista un vínculo obligatorio se cuestiona si la misma se da en las obligaciones naturales. El primer problema se plantea en el concepto de obligación natural. Como indica DE CASTRO[18], hay dos concepciones doctrinales al respecto: por una parte están quienes piensan en la obligación natural como obligación civil imperfecta, pero vínculo jurídico, al fin y al cabo; y por otra, los que amplían o incluso aplican exclusivamente la expresión a los deberes morales o de conciencia.

La segunda concepción es la que predomina actualmente. Partiendo de la consideración de la obligación natural como deber moral o de conciencia, «el interés del deudor se protege sin necesidad de la mora del acreedor, simplemente con dejar la obligación incumplida»[19], por lo que la mora del acreedor no cabe en las obligaciones naturales.

2.ª La obligación para su cumplimiento necesita ciertos actos del acreedor.

3.ª Que haya llegado el momento del cumplimiento por el deudor, lo que ha de tenerse en cuenta si la obligación es condicional o a término.

4.ª Que subsista la obligación tras la falta de cooperación del acreedor.

5.ª Que la obligación se pueda cumplir tardíamente.

2. Ofrecimiento de pago

El segundo presupuesto es que el deudor realice todo lo que le compete en orden a la realización de la prestación, lo que supone el ofrecimiento de pago al acreedor.

A) Concepto

El ofrecimiento de pago es un acto jurídico de carácter unilateral y recepticio, que dirige el deudor al acreedor, comunicándole que está dispuesto de inmediato

a cumplir la obligación, intimando de esta forma al acreedor a cooperar para que tenga lugar el cumplimiento[20].

La configuración del ofrecimiento de pago como «declaración de voluntad» o como «acto» es discutida en la doctrina[21]. En sentido estricto, en la declaración de voluntad los efectos jurídicos se producen *ex voluntate*, mientras en el acto jurídico *ex lege*. Los efectos jurídicos que se derivan del ofrecimiento de pago no se producen por voluntad del deudor, sino por ley. Realizado el ofrecimiento de pago, si el acreedor coopera al cumplimiento la obligación se extingue y el deudor queda liberado, y si no coopera se constituye en mora, pudiendo el deudor consignar. Por esta razón calificamos al ofrecimiento de pago como acto jurídico.

Para CRISTÓBAL MONTES, «aunque en el ofrecimiento del pago existe, sin duda, un ingrediente de voluntad, quizás lo más conveniente es excluir su caracterización de alguna de las categorías al uso (acto jurídico estricto, declaración de voluntad, negocio jurídico, etc.), en cuanto no es correcto abordar la naturaleza jurídica autónoma de lo que solo es elemento constitutivo de un acto complejo»[22].

B) Elementos del ofrecimiento de pago

En el ofrecimiento de pago concurren dos elementos:

a) La disposición a cumplir.

b) La intimación al acreedor, esto es, la manifestación al acreedor de la disposición a cumplir (el ofrecimiento en el sentido de exteriorización)[23].

Ambos elementos se presentan unidos: no es suficiente la disposición a cumplir sin la manifestación al acreedor, ni tampoco una manifestación al acreedor de la disposición a cumplir que no vaya acompañada de la disposición a cumplir inmediatamente.

La disposición a cumplir para poder constituir al acreedor en mora consiste en que el deudor ha de realizar la actividad conducente al cumplimiento hasta donde pueda sin la cooperación del acreedor[24].

El deudor no realiza la actividad conducente al cumplimiento de la obligación y, por tanto, no hay mora del acreedor, en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de octubre de 2014: «ni el arrendatario ha probado como le incumbía que, con anterioridad al inicio del procedimiento, pagó u ofreció en forma alguna el pago de la tasa reclamada. Por el contrario, ha quedado acreditado, e incluso reconocido: que el inquilino fue requerido de pago de esa suma; que transcurrió más de un mes desde ese requerimiento sin que el arrendatario pagara u ofreciera el pago de esa cantidad; y que fue casi un mes después de presentada la demanda, cuando el inquilino demandado remitió giro postal por ese importe y concepto», y en la Sentencia de 17 de enero de 2014 «En consecuencia, de la prueba practicada se desprende que, recibido por la arrendataria requerimiento de pago tras haber desatendido el pago de la renta mensual de septiembre, y no habiéndose comprometido la arrendadora a reiterar el cargo bancario correspondiente, la arrendataria mantuvo una actitud pasiva sin realizar el pago de la deuda hasta la fecha de interposición de la demanda, lo que impide apreciar la *mora accipiendi*». En cambio, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de diciembre de 2015 sí que aprecia mora del acreedor por el hecho de que la arrendataria acreditase suficientemente que viene girando cada mensualidad giros postales, y la arrendadora no demuestra ningún interés en cobrar la mayoría de las rentas, con giros devueltos o caducados.

La disposición a cumplir ha de hacerse en el momento que el deudor manifiesta al acreedor tal disposición y mantenerla incluso una vez constituido el acreedor en mora, ya que estando en mora el acreedor puede requerir de pago al deudor y si este no paga puede quedar constituido en mora. En este sentido la Sentencia de 26 de junio de 1978 nos dice que si ciertamente la oferta no seguida de consignación puede llegar a producir el efecto de constituir al acreedor en *mora accipiendi*, es sobre la base de que el comportamiento posterior de dicho deudor no ponga claramente en evidencia que esa su aparente voluntad de cumplimiento no era real. En esta sentencia, el Tribunal Supremo vio una ausencia de disposición a cumplir en el hecho de que rechazado el ofrecimiento de pago por el acreedor, este requirió días después de pago al deudor y no cumplió su obligación.

C) Clases de ofrecimiento

Tradicionalmente se ha venido distinguiendo entre un ofrecimiento real y un ofrecimiento verbal.

El primero consiste en mostrar el deudor las cosas debidas al acreedor. El segundo consiste en la comunicación de palabra que el deudor dirige al acreedor de que está dispuesto a cumplir.

El Código Civil español no hace referencia a esta distinción a diferencia de otros Códigos[25].

Ante el silencio del Código Civil español, CABALLERO LOZANO mantiene que «la oferta real es, como regla general, la procedente en las obligaciones cuya prestación sea un objeto de entregar en el domicilio del acreedor. En este tipo de oferta se incluyen las prestaciones de dar o de hacer que se resuelven en un dar, cuando el acreedor ha de esperar, primero, y recibir o aceptar, después, la cosa que se le entregará en su domicilio, que obviamente, tendrá el carácter de mueble. La oferta verbal, en cambio, procede en los siguientes casos: dar cosas muebles en lugar distinto al domicilio o establecimiento del acreedor; entregar bienes inmuebles; obligaciones que consisten en un puro hacer del deudor; obligaciones de hacer que se resuelven en un dar o viceversa, si lo que omite el acreedor es la cooperación en el hacer del deudor; cooperación previa o preliminar del acreedor, tanto en las de dar como en las de hacer. Como puede verse, este tipo de oferta suple la imposibilidad de la oferta real»[26].

Además de estos supuestos de oferta verbal, sería también el caso de que el acreedor manifestara anticipadamente su rechazo a recibir la prestación (así lo establece el parágrafo 295 del Código Civil alemán), en este supuesto el deudor no tendría que realizar un ofrecimiento real sino verbal, produciéndose los efectos de la mora del acreedor desde el día en que este se negó a recibir la prestación y no desde el día en que el deudor realiza el ofrecimiento del pago. En este sentido se pronunció la STS de 31 de octubre de 1968, cuyo supuesto es el de un contrato de arrendamiento de obra, en el que un fabricante se obliga a la confección, transporte y montaje de un motor Arana de 80 HP, con variador de velocidad. La negativa del cliente a recibir dicho motor dio lugar a que el fabricante reclamara al cliente el pago del precio, pretensión estimada en primera instancia, pero no en apelación, donde se absuelve de tal pago al demandado. El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante y declara que se da la mora por parte del obligado al pago del motor expresamente encargado en carta de 4 de septiembre de 1964, a partir de la de 16 de noviembre de 1964, en la que

manifiesta que no se hace cargo de la mercancía a cuya confección no se opone tacha y que fue puesta a su disposición en los almacenes del fabricante de donde había de retirarla. Sigue diciendo el Tribunal Supremo que el ofrecimiento real sin consignación libera al deudor de la posible tacha de incumplimiento, por lo que suscribe el criterio de la sentencia de primera instancia que condena al pago y a la entrega simultánea de la cosa de la que no ha sido liberado el vendedor por el ofrecimiento no seguido de consignación, y rechaza el de la Audiencia, que conduce a que la falta de consignación, aun mediando el ofrecimiento real, no solo priva al oferente de la acción que le concede en este caso el artículo 1599 del Código Civil para reclamar el pago, sino que lo constituye en incumplidor, a los efectos del artículo 1124.

D) Requisitos del ofrecimiento de pago

a) Introducción

El Código Civil italiano en su artículo 1208 establece los requisitos para que la oferta sea válida:

1) que sea hecha al acreedor capaz de recibir o a quien tiene la facultad de recibir por él;
2) que sea hecha por persona que pueda válidamente cumplir;
3) que comprenda la totalidad de la suma o de la cosa debida, de los frutos, de los intereses y de los gastos líquidos, y una suma por los gastos no líquidos, con reserva de un suplemento, si es necesario;
4) que el término haya vencido, si se estipuló en favor del acreedor;
5) que se haya verificado la condición de la cual depende la obligación;
6) que la oferta sea hecha a la persona del acreedor o en su domicilio;
7) que la oferta sea hecha por un funcionario público autorizado para ello.

Por su parte, el Código Civil francés establece en su artículo 1258 que: Para que los ofrecimientos reales sean válidos, será necesario:

1.º Que sean formulados al acreedor con capacidad para recibirlos, o a la persona que este hubiese apoderado para recibir;
2.º Que sean hechos por una persona con capacidad para pagar;
3.º Que sean por la totalidad del importe exigible, de los atrasos o intereses adeudados, de los gastos judiciales, y de un importe por los gastos no judiciales, salvo que ya hubiese sido hecho efectivo;
4.º Que el plazo, si hubiese sido estipulado a favor del acreedor, haya vencido;
5.º Que se haya cumplido la condición bajo la que se hubiese contraído la deuda;
6º. Que los ofrecimientos se realicen en el lugar que se hubiese acordado para el pago, y en ausencia de acuerdo específico sobre el lugar de pago, que se formulen a la persona del acreedor, en su domicilio, o en el domicilio elegido para el cumplimiento del acuerdo;
7º. Que los ofrecimientos sean realizados por un profesional adscrito a la Administración de Justicia facultado para este tipo de actos.

El Código Civil alemán no contiene normas en cuanto a los requisitos del ofrecimiento.

Tanto el Proyecto de Código Civil de 1836, en sus artículos 1909 y 1910, como el Proyecto de Código Civil de 1851, en su artículo 1108, recogían los requisitos que debía reunir el ofrecimiento de pago para producir efecto, copiando en líneas generales el Código Civil francés. En concreto, el artículo 1108 del Proyecto de 1851 decía: «Para que el ofrecimiento produzca efecto es necesario: 1.º Que se haga por persona legítima para hacer el pago, y a quien tenga derecho para recibirlo. 2.º Que comprenda la totalidad de la deuda líquida y exigible, con sus intereses o réditos vencidos si los hubiere. 3.º Que esté cumplida la condición, si la obligación fuere condicional; o vencido el plazo, si se estipuló a favor del acreedor. 4.º Que el ofrecimiento sea de cumplir la obligación en la forma que se prescribe en los párrafos 1.º y 2.º de esta sección. 5.º Que el ofrecimiento se haga por ante escribano y dos testigos».

Por el contrario, nuestro Código Civil no regula expresamente los requisitos del ofrecimiento de pago. El artículo 1177.2.º establece que «La consignación será ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago». Aunque este artículo se remite a las normas que regulan el pago en relación con la consignación, «ello no significa, sin embargo, que el ofrecimiento pueda eludir tales requisitos. Hay que tener en cuenta que en los artículos 1176 a 1181 el ofrecimiento no se contempla más que como fase inicial y previa —y no siempre imprescindible, artículo 1176.2— del complejo procedimiento de consignación»[27].

Si el Código Civil no regula expresamente los requisitos del ofrecimiento de pago es porque, como reconoce GARCÍA GOYENA, es innecesario: «el ofrecimiento seguido de la consignación hace las veces de pago; debe, pues, reunir todos los requisitos que son necesarios a este: con esto solo podían excusarse todos los pormenores del artículo (art. 1108 del Proyecto de 1851)»[28]. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 20 de noviembre de 1996 declara que «para que el ofrecimiento de pago libere al deudor de su responsabilidad y constituya en mora al acreedor, ha de revestir los mismos caracteres que el pago».

Veamos a continuación los requisitos que ha de reunir el ofrecimiento de pago para ser válido.

b) Persona legitimada para hacer el ofrecimiento de pago

Un primer requisito del ofrecimiento de pago es que se haga por persona legitimada. Está legitimada para ofrecer el pago la persona del deudor, así como «cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, ya lo ignore el deudor» (art. 1158.1.º CC)[29]. No obstante, en las obligaciones de dar el oferente ha de tener la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla (art. 1160 CC) y en las obligaciones de hacer si la prestación es personalísima el oferente solo puede ser el deudor (art. 1161 CC).

En cuanto al ofrecimiento de pago realizado por el deudor, y para el caso concreto que haya varios deudores, estos pueden estar obligados mancomunada o solidariamente.

En el supuesto de que estén obligados mancomunadamente, cada uno de los deudores puede hacer el ofrecimiento de pago por la parte de deuda que esté obligado a pagar y el acreedor incurrirá en mora por esa misma parte. Esto es posible en base al artículo 1138 del Código Civil que reputa deudas distintas unas de otras. En este mismo caso de mancomunidad de deudores, si la obligación es indivisible, «la mora del acreedor solo se logrará si todos los deudores proceden conjuntamente, ofreciendo la cosa indivisible objeto de la

prestación. Si un solo deudor se niega a ello, cada uno de ellos puede, desde entonces, hacer independientemente el ofrecimiento del precio correspondiente a la parte que tenga en la cosa o servicio indivisible que no se ha podido realizar (art. 1150)»[30].

En el supuesto de que los deudores estén obligados solidariamente, cualquier deudor debe prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación (art. 1137 CC), por lo que cualquier deudor puede hacer ofrecimiento de pago al acreedor y constituir a este en mora.

Respecto a la posibilidad del ofrecimiento de pago realizado por un tercero distinto del deudor, cuando el artículo 1177.2 del Código Civil se remite a las normas que regulan el pago, el artículo 1158 del Código Civil admite el pago realizado por un tercero, además el artículo 1178 del Código Civil, modificado por Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, dispone que la consignación se hará por el deudor o por un tercero, de manera que no hay duda que el ofrecimiento de pago puede ser realizado por una tercera persona distinta del deudor, salvo, como hemos apuntado antes, que se trate de obligaciones de hacer de carácter personalísimas en cuyo caso el oferente solo puede ser el deudor (art. 1161 CC).

Tradicionalmente la doctrina mayoritariamente era partidaria del ofrecimiento de pago realizado por un tercero[31].

Esta es la posición que mantiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo quien, en Sentencias de 23 de marzo de 1929 y de 12 de enero de 1943, ha declarado que el artículo 1176 del Código Civil no debe ser interpretado literalmente, en el sentido de que ha de ser necesariamente el deudor quien haga la consignación, porque siendo esta una forma de pago, cualquier persona puede consignar, tenga o no interés en la obligación y su cumplimiento, según preceptúa el artículo 1158 del Código Civil.

c) Persona legitimada para recibir el ofrecimiento de pago

Un segundo requisito del ofrecimiento de pago es que se haga a persona legitimada para recibirlo. Por la remisión que el artículo 1177.2.º del Código Civil hace a las normas que regulan el pago, es de aplicación, a este caso, el artículo 1162 del Código Civil, por lo que el ofrecimiento de pago «deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación, o a otra autorizada para recibirla en su nombre»[32]. El ofrecimiento de pago debe hacerse al acreedor o a la persona designada en la obligación para el pago, en este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1946, quien mantiene que el pago, como extintivo de la obligación con su efecto liberatorio del obligado, y lo mismo su oferta al acreedor que voluntariamente no lo acepta, exigen para que puedan reputarse bien hechos y producir aquel efecto, entre otros requisitos, además del que se entreguen totalmente la cosa prestada o el dinero en la misma cuantía y especie que la cantidad debida, el que se hagan a persona a quien la prestación se debe o a otra autorizada para recibirla en su nombre, según se preceptúa en los artículos 1157, 1162 y 1170 del Código Civil; y de ello se sigue que acertadamente procedió la Sala de lo civil de Valencia al no estimar bien hecho y liberatorio un pago que se ofreció a quien no era entonces representante, con facultad para recibirlo, del acreedor. Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1943 considera que la Ley exige, como trámite primero, el ofrecimiento de pago a la persona a cuyo favor estaba constituida la

obligación, extremo que no aparece acreditado en autos se llevase a cabo, como indirectamente exige el artículo 1178 del Código Civil[33].

En relación a la legitimación para recibir el ofrecimiento de pago, las Sentencias de Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1943, 27 de abril de 1945, 18 de junio de 1948 y 26 de noviembre de 1948, entre otras, mantienen que el ingreso en cuenta bancaria cumple el requisito exigido por el artículo 1162 del Código Civil como pago hecho a quien está autorizado para recibirlo y constituye una de las múltiples formas de eficaz extinción de las obligaciones, salvo que el acreedor rehúse justificadamente el ingreso por no ser ajustado a las normas que en razón del objeto, lugar y tiempo de la prestación regulan el pago, según los artículos 1166, 1169, 1170 y 1171 del referido texto legal, debiendo entenderse que el silencio del acreedor, tal como se precisan sus efectos en la Sentencia de 24 de noviembre de 1943, puede significar tácita aceptación del ingreso como forma eficaz de pago. La Sentencia de 29 de mayo de 1978 no declara válido el pago por transferencia porque la Caja de Ahorros carecía de autorización para cobrar.

También el ofrecimiento puede hacerse al representante del acreedor. Respecto al representante legal del acreedor, si el acreedor es un menor de edad no emancipado sujeto a patria potestad, el ofrecimiento de pago habrá de hacerse a los padres que ostenten la patria potestad (arts. 162 y sigs.CC); si el acreedor es un menor no emancipado no sujeto a patria potestad habrá de hacerse el ofrecimiento al tutor (art. 199 CC), pero si existen un tutor de la persona y otro de los bienes, a este último se hará el ofrecimiento (art. 218.1.º CC); el ofrecimiento de pago se hará al defensor del menor en los casos del artículo 163 del Código Civil[34] y en los del artículo 235 del Código Civil[35]; cuando el acreedor sea un menor que se encuentre en situación de desamparo, el ofrecimiento de pago ha de hacerse a la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores ya que tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo (art. 172 del CC).

Si el acreedor es una persona jurídica, el ofrecimiento de pago ha de hacerse a quien tenga su representación legal.

Si el derecho de crédito corresponde a una herencia yacente, el ofrecimiento de pago ha de hacerse al administrador de la herencia (arts. 790-805 Ley de Enjuiciamiento Civil).

Respecto a la validez del ofrecimiento realizado al representante voluntario[36], mantenemos que sería válido cuando sus poderes afecten a la relación obligatoria, de forma que si este no coopera, el acreedor incurrirá en mora, y los efectos de la mora del acreedor los soportará el acreedor y no su representante voluntario.

En el caso de que los acreedores sean varios y estén obligados solidariamente, por aplicación del artículo 1142 del Código Civil, el ofrecimiento de pago puede hacerse a cualquiera de los acreedores solidarios; pero si hubiere sido judicialmente demandado por alguno, a este deberá hacérselo. La falta de cooperación del acreedor a quien se ha hecho el ofrecimiento implica que todos incurren en mora (art. 1143 CC), sin perjuicio de que aquel será el responsable de la falta de cooperación en la relación interna entre los acreedores (art. 1141 CC)[37].

Si los acreedores están obligados mancomunadamente, habrá tantos créditos distintos unos de otros como acreedores haya. El deudor debe realizar a cada uno de los acreedores un ofrecimiento de pago diferente referido a la parte que cada uno tenga en el crédito, de modo que algunos acreedores pueden incurrir en mora y otros no. En este caso de mancomunidad de acreedores, si la obligación es indivisible, la mora del acreedor solo se logrará si el deudor les hace el ofrecimiento de la cosa conjuntamente.

Por la remisión que el artículo 1177.2.º del Código Civil hace a las normas que regulan el pago, hemos de preguntarnos si es de aplicación el artículo 1163 del Código Civil al ofrecimiento de pago, cuando dicho artículo establece que «También será válido el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiera convertido en utilidad del acreedor», al respecto mantiene VAQUER ALOY que resulta difícil el ofrecimiento de pago hecho a un tercero en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor porque no es un pago, puesto que quien ofrece no se desposesiona de la cosa debida ni realiza completamente la prestación debida, luego mal puede revertir utilidad alguna en el acreedor[38].

Igualmente hemos de preguntarnos si es de aplicación el artículo 1164 del Código Civil al ofrecimiento de pago, dicho artículo establece que «El pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor», al respecto VAQUER ALOY se decanta por su aplicación ya que, «si el deudor de buena fe pagando al acreedor aparente se libera, que es lo más, debe suceder también lo menos, aligerar su responsabilidad y conseguir, entre otros efectos, que si la cosa se pierde no lo sea en su perjuicio»[39]. No obstante, las SSTS de 19 de noviembre de 1928 y 7 de mayo de 1927 mantienen, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 1164 del Código Civil, que el pago hecho a un tercero no autorizado, aunque sea hecho por el deudor erróneamente o de buena fe, no libera al deudor, a no mediar pacto en contrario.

d) Objeto

Por la remisión que el artículo 1177.2.º del Código Civil hace a las normas que regulan el pago, son de aplicación en este caso los artículos 1157 y 1166 a 1170 del Código Civil, de manera que la prestación ofrecida ha de ser íntegra, indivisible e idéntica a la que constituye el objeto de la obligación[40].

En cuanto a que la prestación ofrecida ha de ser íntegra se desprende del artículo 1157 del Código Civil: «No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consista», y en cuanto a que la prestación sea indivisible el artículo 1169 del Código Civil establece «A menos que el contrato expresamente lo autorice no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación». La indivisibilidad de la prestación no es más que una consecuencia del requisito de la integridad de la prestación, ya que la integridad impide, en principio, que el acreedor reciba parcialmente las prestaciones. De aquí que hagamos referencia solo al requisito de la integridad.

En base al requisito de la integridad del pago, el deudor debe ofrecer la cosa debida en el estado que tenía cuando se constituyó la obligación, con sus accesorios; los frutos e intereses[41] convencionales, legales o anatocismo producidos desde que nace la obligación de entregarla (art. 1095 CC),y si antes del ofrecimiento de pago el deudor había incurrido en mora, también tiene que ofrecer los intereses de demora, en este sentido establece el artículo 1108 del Código Civil que «Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal»; los gastos del pago de acuerdo con el artículo 1168 del Código Civil; y, si es el caso, como ha declarado la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1995, los gastos de devolución y protesto de letras de cambio vencidas y no pagadas.

Este requisito de la integridad hay que matizarlo teniendo en cuenta el título de la obligación. Así, si este autoriza el cumplimiento parcial (art. 1169.1.º CC), el deudor podrá ofrecer parcialmente el pago. Igualmente, si la obligación ha de cumplirse por partes sucesivas, el deudor puede ofrecer unas con independencia de las otras, ya que cada una de ellas es independiente a los efectos de constituir en mora al acreedor si no coopera.

La doctrina discute si es válido el ofrecimiento cuando no coincide con la cantidad debida. Para CABALLERO LOZANO, «la oferta aproximativa no es válida, porque si resulta ser mayor que la verdadera, se expone al acreedor a los inconvenientes de la acción de restitución, y si es menor, a no recibir definitivamente la parte omitida, sobre todo si se ha otorgado —como se hace ordinariamente— carta de pago»[42]. Para VAQUER ALOY «tanto el exceso como el defecto en la cantidad ofrecida deben valorarse atendiendo a las circunstancias del caso y, sobre todo, a los dictados del principio de la buena fe. Así, si por un lado no le es exigible al acreedor que admita un pago superior a la cantidad efectivamente debida, por el ya mencionado peligro de repetición, tampoco es aceptable por el otro que una variación poco significativa respecto de la toral deuda haya de determinar siempre la invalidez del ofrecimiento. Así lo ha reconocido la STS de 8 de junio de 1992»[43]. SABATER BAYLE mantiene que «si el ofrecimiento excede de la cantidad debida, debe considerarse válida en los límites de lo debido; pero si no alcanza esta cantidad, por mínima que sea la diferencia, debe considerarse inválida»[44]. CABANILLAS SÁNCHEZ sostiene que «es ineficaz el ofrecimiento de pago y la consignación de una suma de dinero que sea inferior a la debida, como ha puesto de relieve la jurisprudencia en Sentencias de 18 de junio de 1902, 15 de febrero de 1905, 3 de noviembre de 1943, 3 de octubre de 1955, 8 de junio de 1952, 8 de febrero de 1957 y 25 de septiembre de 1986. En cambio, el ofrecimiento de pago de mayor cantidad de la debida es eficaz a los efectos de la consignación, como lo afirma la STS de 1 de marzo de 1982, en aplicación del principio esencial en Derecho de que lo más cuantitativo evidentemente comprende lo menos»[45].

Nosotros mantenemos que sería válido el ofrecimiento de pago de una cantidad mayor a la debida en cuanto lo más comprende lo menos. En cambio, no sería válido cuando la cantidad sea inferior, salvo que la diferencia sea insignificante en relación al importe total de la deuda. Si la diferencia entre la cantidad debida y la ofrecida proviene de error de cálculo del deudor, el ofrecimiento de pago será válido siempre que el deudor, conociendo con posterioridad el error, aumente o disminuya la cantidad ofrecida.

Un problema que se plantea es cuando la deuda es ilíquida. La deuda puede ser totalmente ilíquida o solo parcialmente ilíquida.

En el caso de que la deuda sea totalmente ilíquida el deudor nada puede ofrecer en cuanto todavía no conoce el importe exacto de la deuda[46]. Aun así, si ofreciera una cantidad aproximada no constituiría en mora al acreedor. Solo esto último sería posible si el acreedor impidiera injustificadamente la liquidación y el deudor le expresara su disposición a cumplir, en este sentido hemos de traer la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.ª, de 2 de marzo de 1998, en la misma la cantidad reclamada por el arrendador en concepto de IBI no era exigible por dos razones, una, porque falta el previo requerimiento fehaciente que determinase la cantidad líquida a pagar, y, dos, porque la demandada no había incurrido en mora, no se había producido la falta de pago, sino más bien la falta de cobro por parte del arrendador, que habría incurrido en *mora accipiendi*, ya que el arrendador se venía negando a percibir la cantidad que la

demandada le venía ofreciendo, alegando que no era la correcta y que después el mismo, sin haber efectuado acto expreso de notificación de aceptar esa cantidad ofrecida en pago, reclama en la demanda. No puede prosperar el desahucio como pretendía el arrendador porque el crédito reclamado era inexigible, al no existir una cantidad concreta determinada por la actora, la obligación no era líquida ni exigible.

Pero en el supuesto de que la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, el artículo 1169.2.º del Código Civil establece que «podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda», por lo que es posible la constitución en mora al acreedor, cuando el deudor haga el ofrecimiento de pago de la parte líquida y respecto a la parte ilíquida manifieste al acreedor su disposición a cumplirla. La disposición a cumplir ha de manifestarla el deudor mediante la demanda judicial solicitando la liquidación de la deuda[47].

La prestación ofrecida no solo ha de ser íntegra e indivisible, ha de ser también idéntica. En este sentido el artículo 1166 del Código Civil establece que «El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor». El ofrecimiento de cosa distinta a la debida solo sería válido cuando sea aceptada por el acreedor.

En la STS de 14 de noviembre de 1989, en relación a la identidad de la cosa ofrecida, el acreedor alegaba, sin poder acreditarlo, la falta de identidad entre lo ofrecido y lo vendido para rechazar el ofrecimiento. El supuesto que recoge la sentencia se refiere a un contrato de compraventa del instrumental, utillaje y maquinaria adecuada para una industria mercantil de supermercado abierto por el demandado-comprador, a quien reclama el cumplimiento del contrato plasmado en un presupuesto confeccionado por el demandante-vendedor el 15 de octubre de 1984 al que se agregó la conformidad del demandado-comprador que se niega ahora a ello so pretexto de deficiencia e inadecuación de lo ya entregado e instalado, por lo que insta en forma reconvencional la resolución de dicho contrato. Habiendo sido estimada la demanda y rechazada la reconvención en ambas instancias, el demandado formalizó recurso de casación. El Tribunal Supremo declara que se ha dado una *mora accipiendi* en la recepción del material vendido para su instalación por parte del comprador, por la objeción de deficiencia o inadecuación del mismo según lo convenido, circunstancia que el demandado no acredita sea cierto.

Por otra parte, el Tribunal Supremo niega eficacia a la consignación realizada en moneda fuertemente devaluada. Así, a la consignación realizada en moneda republicana se refieren las Sentencias de 4 de julio de 1944, de 29 de abril de 1946, de 23 de noviembre de 1946 (quien sostuvo que, pactada la devolución del préstamo en moneda corriente y legítima de oro o plata gruesa, la consignación hecha en moneda roja no produce, por evidente depreciación de la misma, los efectos liberatorios que el artículo 1777 del Código Civil atribuye al pago), de 22 de marzo de 1947, de 25 de junio de 1948 (la cual mantuvo que, de la indiscutida desvalorización del signo monetario marxista, casi total en el mes de enero de 1939, ha de seguirse necesariamente que la consignación discutida quedó desprovista del efecto extintivo de una deuda que, conforme al artículo 1157 del Código Civil, no se puede entender pagada al no haberse consignado completamente su importe), de 9 de enero de 1950, de 11 de mayo de 1951 y de 3 de octubre de 1955.

En las obligaciones pecuniarias, el ofrecimiento de pago puede realizarse, según el artículo 1170 del Código Civil, mediante la entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, pero solo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.

En las obligaciones alternativas, el ofrecimiento de pago puede presentar algunos problemas. El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de ellas (art. 1131.1.º CC). La elección de una de las prestaciones corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor (art. 1132.1.º CC), también puede corresponder a un tercero. Si la elección corresponde al deudor, el ofrecimiento de una de las prestaciones, que ha de ser en su integridad, lleva implícito la elección de la misma, y en el caso de que el acreedor no cooperase en recibirla, incurrirá en mora. Si la elección corresponde al acreedor y la omite, no existe mora del acreedor[48] porque «la conducta omisiva no impide el cumplimiento, no es obstativa»[49], la elección correspondería ahora al deudor[50].

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1956 se refiere a un caso de obligación alternativa donde la elección correspondía al acreedor, el supuesto de la sentencia es que el actor transmite al demandado ciertas fincas con la obligación del adquirente de pagar al transmitente, y en su defecto a su esposa, cierta cantidad de productos alimenticios cada año, compensable, todo ello, a elección del perceptor, viviendo él y su esposa en compañía del obligado al pago, prestándoles este alimentos, asistencia médica y farmacéutica y costeándoles el entierro y los funerales con arreglo a su condición y con consideración de afecto filial, obligación calificada de alternativa, correspondiendo la facultad de elección al acreedor, de manera que, hasta tanto no la realice, no puede decirse que el deudor haya incumplido la obligación contraída ni incurrido en mora, que sí existe en relación al acreedor, al no contestar al requerimiento que le fue hecho en acto de conciliación (en dicho requerimiento es donde el deudor realizó un ofrecimiento de pago). El Tribunal Supremo sostuvo la no resolución del contrato por incumplimiento del deudor como pedía el actor.

También en las obligaciones genéricas el ofrecimiento de pago puede presentar algunos problemas. En estas obligaciones el deudor ha de entregar una cosa del género convenido. Cuando la calidad no se hubiese expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior (art. 1167 CC).

Cuando la especificación corresponde al deudor, no podrá ofrecer una cosa de calidad inferior a la media, «la *mora creditoris* es posible únicamente en el momento del pago si el acreedor rechaza las cosas ofrecidas con arreglo a los criterios expresados anteriormente, la omisión del acreedor será en la entrega, no en la elección»[51].

Si la especificación corresponde al acreedor, solo podrá exigir una cosa de calidad media o inferior, nunca de la calidad superior. Cuando el acreedor no realiza la elección, a pesar de corresponderle, esta omisión no lo constituye en mora, el deudor entregaría una cosa de calidad media. Esta sería la solución cuando la elección corresponde conjuntamente al deudor y al acreedor, y este último se niega a cooperar en la elección.

e) La condición

Para que el ofrecimiento de pago sea eficaz es necesario que la condición se haya cumplido si la obligación fuese condicional. Aunque el Código Civil no dice

nada al respecto[52], el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de enero de 1958 ha declarado que cuando el deudor supedita el ofrecimiento de pago al cumplimiento de una condición, el ofrecimiento es ineficaz, y la posterior consignación no produce efectos liberatorios, en un caso en que el deudor supeditó la consignación de la renta adeudada a la condición de que los acreedores demandados otorgasen en escritura pública el contrato de arrendamiento a que responde la renta adeudada; igualmente, la STS de 27 de noviembre de 1906 declaró ineficaz el ofrecimiento de pago y posterior consignación de la suma adeudada ya que el deudor la supeditó a la condición de que se dieran por saldadas las cuentas entre dos comerciantes; la STS de 23 de diciembre de 1950 declaró ineficaz la consignación del precio del traspaso porque estaba supeditada a los resultados de un juicio pendiente; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 20 de noviembre de 1996 mantuvo que «Para que el ofrecimiento de pago libere al deudor de su responsabilidad y constituya en mora al acreedor, ha de revestir los mismos caracteres que el pago y, por tanto, ha de ser un ofrecimiento íntegro e incondicionado. Si el deudor al hacer el ofrecimiento incluye condiciones que no estén establecidas en la relación obligacional, no es propio ofrecimiento de pago sino una propuesta de transacción que el acreedor es libre de aceptar o no. Y esto es lo que ocurre en el caso debatido. Al hacer el ofrecimiento de pago de la reparación se incluyó como requisito o condición a aceptar por los demandantes el que estos habían de considerarse totalmente satisfechos prometiendo «nada más pedir ni reclamar». Si a esa fecha, por lo tardía de la oferta, se habían devengado ya gastos de estancia del vehículo y de alquiler de otro sustitutivo, lógicamente se estaba ofertando a los demandantes no el pago íntegro. Sino un pago parcial, con renuncia al resto, lo que constituye como se dijo una auténtica oferta transaccional».

Sin embargo, esta doctrina no impide que en las obligaciones recíprocas el ofrecimiento de pago quede condicionado al cumplimiento de la otra parte, como ha declarado la STS de 7 de enero de 1977.

La condición es el acontecimiento futuro e incierto del que depende el nacimiento o la extinción de los efectos de una obligación. Hay que distinguir, por tanto, si la condición es suspensiva o resolutoria.

Si la condición es suspensiva, hay que destacar tres momentos: que la condición esté pendiente de cumplimiento, que se haya cumplido y, por último, que no se haya cumplido. Cuando la condición está pendiente de cumplimiento, el acreedor no puede reclamar el cumplimiento de la obligación en cuanto esta todavía no ha nacido. Pero si, en base al artículo 1121 del Código Civil, el deudor puede repetir lo que en este tiempo hubiese pagado, el ofrecimiento de pago realizado por el deudor puede ser rechazado con justa causa por el acreedor, por lo que no incurre en mora. Cuando la condición se cumpla, la obligación adquiere plena eficacia, y el acreedor incurrirá en mora cuando se cumplan los requisitos que dan lugar a ella. Cuando la condición se incumpla, la obligación se tiene por no existente, por lo que es imposible la constitución en mora del acreedor.

Si la condición es resolutoria, también hay que distinguir los tres momentos. Cuando la condición está pendiente de cumplimiento, produce los efectos de las obligaciones puras, así, el artículo 1113.2.º del Código Civil nos dice que «También será exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución», por lo que, si en esta situación el deudor hace el ofrecimiento de pago y no cooperase el acreedor, este incurrirá en mora. Cuando la condición se cumpla, se resuelve la obligación y tiene lugar la retroacción de efectos al día en que se constituyó la obligación, por lo que, si el

acreedor había incurrido en mora, esta se tendrá por no producida. Cuando la condición se incumpla, se consolida la obligación y si el acreedor había incurrido en mora, también se consolida[53].

f) El término

En cuanto al momento en que debe de hacerse el ofrecimiento de pago, podemos afirmar que debe de hacerse antes de la consignación, tal como establece el artículo 1178 del Código Civil «La consignación se hará por el deudor o por un tercero, poniendo las cosas debidas a disposición del Juzgado o del Notario, en los términos previstos en la Ley de Jurisdicción Voluntaria o en la legislación notarial»

Una cuestión que se plantea es si es posible hacer el ofrecimiento de pago antes del vencimiento de la obligación. El artículo 1108 del Proyecto de Código Civil de 1851 establecía que para que el ofrecimiento produzca efecto es necesario: 3.º Que esté vencido el plazo, si se estipuló a favor del acreedor[54]. El Código Civil no contiene una norma expresamente para este caso, sin embargo, el artículo 1127 del Código Civil establece que «Siempre que en las obligaciones se designa un término, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor del uno o del otro», de manera que, sería posible la aplicación analógica de este artículo. Así, si el término se ha puesto en favor del acreedor y el deudor hace el ofrecimiento de pago antes del día señalado, el acreedor tiene justo motivo para rechazarlo, por lo que no incurrirá en mora[55]. Si el término se ha puesto en beneficio de acreedor y de deudor, y el deudor hace el ofrecimiento de pago antes del día señalado, ocurre igual que en el caso anterior. solo si hay acuerdo de ambos el cumplimiento puede adelantarse. En cambio, cuando el término se ha puesto en favor del deudor y realiza el ofrecimiento de pago antes del día del vencimiento, si el acreedor lo rechaza incurrirá en mora.

Otra cuestión en cuanto al momento de hacer el ofrecimiento de pago es la relativa a hasta cuándo es posible el ofrecimiento de manera que el acreedor no tenga justificación alguna al cumplimiento de la obligación. Mantiene VAQUER ALOY que «Si la obligación estaba sometida a un plazo de cumplimiento, podrá ofrecerse hasta el vencimiento del término final. Por el contrario, es una afirmación en cierta medida frecuente que transcurrido dicho término ya no puede ofrecerse, o por lo menos que ello constituye justa causa de rechazo. Esta afirmación, sin embargo, formulada sin matices, nos llevaría a negar todo ofrecimiento y, aún más, toda opción de cumplimiento al deudor moroso, lo cual se contradice con los artículos 1101 (cumplimiento moroso) o 1504 (cumplimiento transcurrido el plazo), esto es con a *purgatio morae*. Por ello, creemos que hay que distinguir según se trate o no de un término esencial; en otras palabras, debe atenderse a si el cumplimiento tardío satisface aún el interés del acreedor. En este caso, siendo el cumplimiento posible, no se ve razón alguna que impida ofrecer con plena eficacia»[56].

g) Lugar

En cuanto al lugar en que ha de hacerse el ofrecimiento de pago, el Código Civil italiano en su artículo 1208 establece como uno de los requisitos para

que la oferta sea válida: 6) que la oferta sea hecha a la persona del acreedor o en su domicilio[57]; por su parte, el Código Civil francés establece en su artículo 1258 que: Para que los ofrecimientos reales sean válidos, será necesario: 6º. Que los ofrecimientos se realicen en el lugar que se hubiese acordado para el pago, y en ausencia de acuerdo específico sobre el lugar de pago, que se formulen a la persona del acreedor, en su domicilio, o en el domicilio elegido para el cumplimiento del acuerdo. Por su parte, en nuestro Derecho, tanto el Proyecto de Código Civil de 1851 como el Código Civil no contienen norma al respecto[58].

Tal como hemos visto anteriormente, en el ofrecimiento de pago concurren dos elementos: la disposición a cumplir y la manifestación al acreedor de la disposición a cumplir. El lugar de realización de cada uno de estos elementos es diferente.

En cuanto a la disposición a cumplir tiene que realizarse a la persona del acreedor o en su domicilio, que será, si es una persona física, el lugar de su residencia habitual (art. 40 CC), si no se halla en su domicilio, se dejará cédula, en sobre cerrado, a cualquier empleado, familiar o persona con la que conviva, mayor de catorce años, que se encuentre en ese lugar, o al conserje de la finca, si lo tuviere, advirtiendo al receptor que está obligado a entregar la cédula al destinatario de esta, o a darle aviso, si sabe su paradero (art. 161.3 LEC); si el acreedor es un comerciante individual que está inscrito en el Registro Mercantil, el requerimiento se efectuará en el domicilio que aparezca en el mismo, y si no está inscrito, en el lugar en que se halle el centro de sus efectiva administración y dirección, o en que radique su principal establecimiento o explotación. Si el acreedor fuera una persona jurídica, en el lugar en que se halle el centro de sus efectiva administración y dirección, o en que radique su principal establecimiento o explotación.

Respecto al segundo de los elementos del ofrecimiento de pago, la manifestación al acreedor de la disposición a cumplir, ha de realizarse en el lugar de cumplimiento de la obligación. Así, si se trata de un bien mueble se realizará en el lugar que hubiese designado la obligación, si no se ha expresado donde este existía en el momento de constituirse la obligación, o, en último lugar, en el domicilio del deudor (art. 1171 CC); y si se trata de un bien inmueble, en el lugar donde radique. En las obligaciones de hacer el lugar será el del cumplimiento.

h) Forma

El Código Civil italiano en su artículo 1208 establece que para que la oferta sea válida se requiere: 7) que la oferta sea hecha por un funcionario público autorizado para ello. Por su parte, el Código Civil francés establece en su artículo 1258 que: Para que los ofrecimientos reales sean válidos, será necesario: 7º. Que los ofrecimientos sean realizados por un profesional adscrito a la Administración de Justicia facultado para este tipo de actos; y en el artículo 1264 establece que «Cuando la cosa adeudada sea un cuerpo cierto que deba entregarse en el lugar en que se encuentre, el deudor deberá requerir al acreedor que lo recoja en virtud de acto notificado personalmente o en su domicilio, o en el domicilio elegido para el cumplimiento del acuerdo».

Por lo que respecta al Código Civil español, a diferencia de los Proyectos de 1836 y 1851 que exigían que el ofrecimiento tuviera lugar en presencia de

un escribano público y de dos testigos (arts. 1909 y 1108.5 respectivamente), no exige ninguna forma para el ofrecimiento de pago, la forma que se adopte lo será a efectos de prueba, correspondiendo esta al deudor. De manera que puede hacerse verbalmente o por escrito, judicial o extrajudicialmente, mediante notario o en presencia de testigos. En la práctica, afirma DE DIEGO LORA, se emplea el requerimiento notarial, el acto de conciliación, o la oferta ante testigos[59].

Si la obligación es pecuniaria, puede hacerse, según la STS de 8 de febrero de 1975, por medio de giros telegráficos. Esta sentencia se refiere a la venta de un cuarto interior de un edificio con pacto de aplazamiento del pago del precio, pudiendo el vendedor resolver la compraventa por falta de pago de uno solo de los plazos. Aunque el vendedor interpone recurso de casación por la desestimación por las sentencias de instancia en la que pretende la resolución del contrato por falta de pago, el Tribunal Supremo, da la razón al comprador, falla que no ha lugar al recurso porque el comprador hizo cuanto pudo para pagar mediante envíos por giro telegráfico y consignación notarial, por lo que quedó probado que la falta de pago fue creada voluntariamente por el vendedor-demandante, no siendo en modo alguno imputable al comprador-demandado.

No es aconsejable el envío de carta certificada, porque la certificación de la oficina de correos no acredita el contenido, que es lo que interesa examinar para poder adverar la licitud o no del pago[60]; ni tampoco es idónea, por las mismas razones, la carta con acuse de recibo[61].

En el caso de que el requerimiento se haga por vía notarial el artículo 202 del Reglamento Notarial establece que se hace mediante acta de requerimiento que tiene por objeto transmitir al acreedor o a la persona que tiene que cooperar para el cumplimiento de la obligación, la voluntad del deudor de que quiere cumplir la misma e intimar al requerido para que adopte una conducta de cooperación para ello.

El notario, discrecionalmente, y siempre que de una norma legal no resulte lo contrario, podrá efectuar el requerimiento enviando al destinatario la cédula, copia o carta por correo certificado con aviso de recibo, o bien personándose el notario en el domicilio o lugar en que el requerimiento deba practicarse, según la designación efectuada por el deudor, dando a conocer su condición de notario y el objeto de su presencia. De no hallarse presente el acreedor, podrá hacerse cargo de la cédula cualquier persona que se encuentre en el lugar designado y haga constar su identidad. Si nadie se hiciere cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia. Cuando el edificio tenga portero podrá entenderse la diligencia con el mismo.

La diligencia se cumplimentará mediante entrega de cédula que, suscrita por el notario con media firma al menos, contendrá el texto literal del requerimiento y expresará el derecho de contestación de quien ha de cooperar al cumplimiento y su plazo, conforme al artículo 204 del Reglamento Notarial. Si la diligencia se entendiera con persona distinta de este, la cédula deberá entregarse en sobre cerrado en el que se hará constar la identidad del notario y el domicilio de la Notaría. El notario advertirá, en todo caso, al receptor de la obligación de hacer llegar a poder del acreedor el documento que le entrega, consignando en la diligencia este hecho, la advertencia y la respuesta que recibiere.

La diligencia de requerimiento podrá practicarse en cualquier lugar distinto del designado, siempre que el acreedor se preste a ello y sea identificado por el notario.

3. La cooperación del acreedor

A) Introducción

El tercer requisito para la existencia de la mora del acreedor es que el acreedor no acepte la prestación o, en general, no coopere al cumplimiento de la obligación, sin justificación legal para ello.

Los Códigos influenciados por el Código alemán establecen dos requisitos de la mora del acreedor, uno, que el deudor ofrezca debidamente la prestación al acreedor; y dos, que el acreedor incurre en mora si no acepta la prestación (Código alemán[62]) y, además, el acreedor incurre en mora si no realiza la cooperación necesaria para que el deudor pueda cumplir la obligación (códigos suizo[63], italiano[64] y portugués[65]).

El Código Civil español, influenciado por el Código francés, al no existir una regulación de la mora del acreedor, como ya hemos apuntado, los requisitos de la misma han sido configurados por la doctrina y por la jurisprudencia.

Por lo que respecta a la doctrina, CASTÁN mantiene que «para que exista la mora *accipiendi* se requiere: 3. Que el acreedor no acepte la prestación o, en general, no coopere al cumplimiento de la obligación, sin justificación legal para ello»[66]. ALBALADEJO sostiene que «La mora del acreedor no consiste, pues, solo en que este injustificadamente retrase la realización de la prestación (por no recibirla o no cooperar a tal realización), sino en retrasarla injustificadamente, una vez ofrecida con la intimación de que se la reciba o se preste cooperación para que sea realizada»[67]. DÍEZ PICAZO mantiene que «para que exista mora del acreedor se requiere la concurrencia de los siguientes supuestos: 2. La *mora creditoris* entraña la falta de cooperación o de concurrencia del acreedor al resultado de la prestación»[68]. Para LACRUZ BERDEJO la mora del acreedor se produce en «muchas clases de obligaciones en que es preciso, para el cumplimiento, el concurso del acreedor»[69]. Para VAQUER ALOY «es el acreedor quien con su rechazo injustificado de la prestación ofrecida o al no prestar su colaboración necesaria ha impedido el cumplimiento. Entonces se dice que el acreedor incurre en mora»[70].

Con relación al requisito de que el acreedor no acepte la prestación o, en general, no coopere al cumplimiento de la obligación, sin justificación legal para ello, la jurisprudencia se ha manifestado en las siguientes sentencias:

En el caso de la Sentencia de 9 de julio de 1941, el asegurado (demandante) tenía concertado un seguro contra incendios en una Sociedad de seguros mutuos (demandada). En 1937 el frente de guerra le impidió hacer el pago de sus cuotas anuales y estando en descubierto sobrevino el siniestro, cuya indemnización se pretende. En este periodo de incomunicación, la Sociedad admitió a otros mutualistas el pago de las cuotas no satisfechas, debido al aislamiento de la ciudad donde se hallaba la sede social con la «zona nacional», en cambio, se lo niega al demandante, a pesar de los ofrecimientos de pago del demandante.

La sentencia recurrida por el actor había estimado que la sociedad de seguros mutuos podía resolver el contrato en vista de que el ofrecimiento de pago no produjo efectos liberatorios en razón de que no fue inmediatamente seguido de la consignación. El demandante interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que lo estima, y declara las diferencias que existen entre la llamada oferta real, base inexcusable del pago liberatorio que, por serlo, está regulado en nuestra Ley sustantiva, en el capítulo que en ella se consagra al estudio de la extinción de las obligaciones, y la oferta no seguida de consignación, cuyo efecto más interesante es, según la doctrina más autorizada, el de constituir al acreedor

en mora (*mora accipiendi*), que si no permite que el deudor quede liberado, ni tiene trascendencia en orden al pago de intereses, ni en la transferencia del riesgo de la cosa ofrecida, impide, en cambio a aquel, dar al deudor trato de moroso y obsta a la declaración autorizada por el artículo 1124 cuando, como en el caso de autos, se acredita que el retraso, solo es temporal, obedeció a una causa cuya evidencia y legitimidad no precisa encarecer.

Como podemos apreciar en esta sentencia la falta de cooperación del acreedor-asegurador al cumplimiento de la obligación consiste en no recibir el pago de las cuotas ofrecidas por el deudor-asegurado. Esta sentencia es la primera en la que el Tribunal Supremo da carta de naturaleza a la mora del acreedor. Distingue entre la oferta real, que es la oferta seguida de consignación, de la oferta no seguida de consignación, cuyo efecto es el de constituir al acreedor en mora. En cambio, no reconoce todavía todos los efectos que se atribuyen a la mora del acreedor.

El caso contemplado por la Sentencia de 5 de junio de 1944 es el de una promesa de venta de una casa que, según el actor, habiendo infringido el contrato el demandado en el pago de intereses, el deudor ha dado motivo con su culpa exclusiva a la resolución del contrato. El demandado se opuso a la resolución, alegando que el actor se negó a aceptar el pago de todos los intereses debidos, a fin de basarse en ello para pedir la resolución del contrato. El Tribunal Supremo consideró que el artículo 1176 del Código Civil, preceptivo de que el ofrecimiento de pago seguido de consignación libera al deudor de la responsabilidad procedente de la obligación cuando el acreedor se niega sin razón a admitir el pago que se le ofrece, no autoriza a deducir que en estas condiciones el ofrecimiento no seguido de depósito carece de eficacia jurídica, ya que tiene la de excluir las consecuencias de la *mora solvendi*, o sea, el impedir que pueda considerarse al deudor incurso en caducidades ni resoluciones. En este caso, la falta de cooperación del acreedor al cumplimiento de la obligación consiste en negarse a aceptar el pago de todos los intereses debidos.

La Sentencia de 21 de junio de 1947 se refiere a un contrato de compraventa de finca, en el que la compradora requirió a los vendedores para que aceptasen el pago, poniendo a su disposición el importe íntegro de las cantidades adeudadas; hizo el ofrecimiento de pago solamente a uno de los vendedores, siguiendo las instrucciones dadas por el otro vendedor. Ante la negativa a entregar la finca y recibir el precio ofrecido, la compradora solicitó la resolución de la compraventa, que fue estimada por el juez de primera instancia y por la Audiencia Territorial. Los demandados interponen recurso de casación, que es desestimado. La sentencia del Tribunal Supremo dice que es errónea la tesis alegada por la defensa de los recurrentes de que el ofrecimiento de pago no seguido de la consignación de lo debido carece de toda eficacia, pues como han declarado las Sentencias de esta Sala de 9 de julio de 1941 y 5 de junio de 1944 —cuya doctrina aplica acertadamente el Tribunal de instancia—, si bien la oferta de pago no libera de su obligación al deudor, produce el efecto de constituir en mora al acreedor; y adiemado además en el fallo que la resistencia de los recurrentes a hacerse cargo de las cantidades ofrecidas denotaba en ellos el propósito de no cumplir el contrato y retener la finca. En este supuesto, la falta de cooperación del acreedor-vendedor al cumplimiento de la obligación consiste en no recibir el precio de la finca vendida ofrecido por la compradora.

La Sentencia de 2 de diciembre de 1953 contempla el caso de un contrato mercantil de compraventa de azúcar, en el que la empresa vendedora atiende los pedidos del comprador mediante la expedición de facturas de cumplimiento

del pedido, quedando la mercancía a disposición del comprador en el establecimiento de la vendedora. El comprador retiraba generalmente la mercancía por medio de vales expedidos a sus clientes. Entre las facturas expresivas de tales operaciones figuran las dirigidas por la vendedora al comprador el 2 de mayo de 1936, referentes a la venta de determinadas cantidades de azúcar, envasadas en sacos de 60 kilos cada uno, con indicación del número de sacos, precio del kilo, y haciendo constar en cada factura la fábrica en cuyos almacenes quedaba la mercancía a disposición del comprador, y que el pago y la retirada total de la misma había de verificarse al fin de cada uno de los meses de mayo y junio. El 18 de julio de 1936 el comprador, que había satisfecho totalmente el precio de las facturas, no había retirado la totalidad del azúcar en ellas relacionada. Al quedar los dos establecimientos del vendedor en «zona roja», se incautaron los elementos marxistas de todo el azúcar que en ellos existía, incluyendo las cantidades no retiradas por el comprador. La sentencia mantiene que, finalizado el plazo señalado al comprador para retirar la mercancía comprada, comenzaron para él los efectos de la mora, conforme a lo establecido en el número 1.º del artículo 63 del Código de Comercio, que en materia de obligaciones mercantiles sustituye el principio de interpelación judicial, adoptado como norma específica para la regulación de la mora en el Derecho Civil. Como el vendedor tenía a disposición del comprador cantidad suficiente del género vendido y este no lo retiró en el plazo establecido, la responsabilidad por pérdida deriva en tal caso de la mora. La sentencia declara la irresponsabilidad de la Entidad vendedora por la *mora accipiendi* del comprador y que, en caso de mora del comprador, es imputable al mismo el riesgo de las cosas específicas o de las genéricas vendidas por peso, número o medida. En este caso, la falta de cooperación del acreedor consiste en no retirar la mercancía comprada y puesta a su disposición.

El caso contemplado por la Sentencia de 22 de noviembre de 1962 es el de una venta de diversas fincas, reservándose la vendedora para sí y sus herederos el derecho de retraer las fincas vendidas durante un plazo de cuatro años, con derecho a prorrogar a su elección hasta el máximo de diez años, contados desde la fecha de la escritura. Durante el referido plazo llevaría la vendedora o sus herederos las fincas en arrendamiento. La falta de pago de cuatro anualidades del arriendo sería causa bastante para consumar de derecho la adquisición, perdiendo la vendedora o sus herederos el derecho a prorrogar el plazo establecido. Como condición para el ejercicio del derecho de retracto la arrendataria tenía que estar al corriente de pago de todas las anualidades o parte de ellas vencidas del arriendo pactado. Una heredera de la vendedora vendió el derecho de retracto a un tercero. Poco después de la adquisición ejercitó el derecho de retracto, requiriendo al comprador para que otorgase escritura de retroventa de las fincas citadas, aceptando el pago ofrecido. El comprador se opuso a ello, por lo que el titular del derecho de retracto consignó la cantidad ofrecida, consignación a la que se opuso el comprador. El juzgado dictó sentencia conforme a lo solicitado por la parte actora y la Audiencia Territorial de La Coruña confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el comprador. El recurrente alega que el actor incumplió la obligación previa de estar al corriente en el pago de las rentas vencidas para ejercitar el derecho de retracto, a lo que el Tribunal Supremo responde que el demandado, al oponerse al pago de esas rentas, más que el ejercicio de un derecho lo que verificó y pretende a través de toda su conducta fue impedir o dificultar el del contrario. De manera que, a él y no a la contraparte le es imputable el pretendido incumplimiento de la cláusula contractual de referencia, resistencia que le constituye en una situación

de *mora accipiendi*, que si bien no permite que el deudor quede liberado de la obligación de pago, sí impide pueda dársele trato de moroso y enervar con ello el ejercicio del derecho de retracto que asiste al actor. En este supuesto, la falta de cooperación del acreedor consiste en no recibir el comprador las cantidades ofrecidas por el vendedor en el ejercicio del retracto.

En la Sentencia de 22 de noviembre de 1985, el supuesto de hecho de la misma es el de un contrato celebrado el 3 de mayo de 1979 por el que el propietario cedió en arrendamiento una industria dedicada a sala de fiestas, diciéndose en una de las cláusulas que el arrendatario pagará el seguro de incendios que deberá contratar. El contrato de seguro comprenderá el inmueble y los bienes integrantes de la industria que se arrienda, siendo de cuenta y pago del arrendatario el pago de las primas correspondientes. La póliza de seguro fue extendida por la compañía aseguradora el 1 de octubre de 1979, indicando como fecha inicial del seguro la de 27 de septiembre de 1979. El 20 de octubre de 1979 se produjo un incendio que prácticamente destruyó la totalidad del local arrendado. El propietario reclamó judicialmente, de modo solidario, contra el arrendatario y la compañía aseguradora la cantidad que los peritos habían valorado los daños. La pretensión del propietario fue estimada en las dos instancias, interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo por la compañía aseguradora contra el propietario y arrendatario, no hubo lugar a tal recurso. Al ocurrir el accidente, la prima estaba pendiente de pago, pero como consecuencia de la acción de la compañía, pues al asegurado no se le presentó el oportuno recibo, a pesar de que trató de abonarlo, diciéndosele que ya pagaría cuando llegara el recibo y que el seguro estaba efectuado desde el día 27 de septiembre de 1979, que era la fecha del indicado recibo, a lo que no era inconveniente el hecho de que pagara más tarde, lo cual constituye un incumplimiento, imputable únicamente a la empresa aseguradora, del que no puede hacerse depender la efectividad de la póliza.

El Tribunal Supremo resuelve el caso en base a la doctrina de la mora del acreedor, aunque no la mencione expresamente, poniéndose de manifiesto la importancia de tal doctrina en las obligaciones recíprocas[71].

La Sentencia de 30 de mayo de 1986 contempló el siguiente caso: el 31 de octubre de 1977, el actor compró a la demandada una oficina de farmacia por medio de un contrato privado en el que, a cambio de la misma, se pacta un precio determinado que deberá ser pagado antes del 25 de diciembre de del mismo año. Realizada la venta, la vendedora tenía el propósito de abrir otra farmacia en localidad distinta, e insta repetidamente, incluso por medio de requerimientos notariales al comprador para que legitime su situación y se haga cargo oficialmente de la farmacia —de hecho ya estaba legitimado—, el cual reconoce como legítima la urgencia de la contraparte, y en la correspondencia que mantienen ambos acuerdan un plazo para ello que vencía en el mes de agosto. La urgencia de la vendedora radicaba en que no podía simultanear el desempeño de dos farmacias, por lo que antes de darse de alta en la que había comprado, debía de darse de baja en la vendida. El día 28 de agosto de 1972, la vendedora, ante la pasividad del comprador, cursó instancia al correspondiente Colegio en solicitud de baja como colegial, y el consecuente cierre de la oficina a su nombre, la cual le fue concedida. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, en el que se denunció que el actor cumplió sus obligaciones sin que contrariamente mediase un parigual cumplimiento por parte de la vendedora, en atención a las siguiente razones: Primera: que por lo que afecta a la vendedora recurrida se produjo una conducta integradora de un verdadero y propio cumplimiento de sus deberes contractuales, toda vez que entregó la farmacia vendida en las

condiciones estipuladas y fue con posterioridad a tal entrega, y cuando después de advertir al comprador de su urgencia en que por este se hiciera el cambio de titularidad, advertencias que fueron aceptadas por el citado comprador, quien, sin embargo, no operó el cambio de titularidad, cuando aquella, obligada por tales circunstancias, se dio se baja en el Colegio de Farmacéuticos de Murcia, por lo que no cabe atribuirle un incumplimiento de sus obligaciones contractuales ni tampoco imputarle las consecuencias que, en orden a la cosa vendida, se pudieran producir por tal hecho de la citada baja colegial. Segundo: que por lo que se refiere al comprador, y si bien es cierto que cumplió su obligación del pago del precio, también lo es que, como acertadamente razona la resolución recurrida, incurrió en la figura jurídica que la doctrina científica y jurisprudencia conoce por el nombre de mora del acreedor o «*mora accipiendi*», toda vez que se cumplen los requisitos que para su ocurrencia viene exigiendo la aludida doctrina como son una obligación vencida para cuyo cumplimiento haga falta el concurso del acreedor, la realización por el deudor de todo lo que conduce a la ejecución de la prestación y, finalmente, la falta de cooperación por parte del acreedor sin justificación legal alguna al cumplimiento de la obligación, determinando con ello su incumplimiento, figura esta de la «*mora accipiendi*», cuyos efectos principales son, no solo la exclusión de la mora del deudor, sino también la atribución al acreedor del riesgo de la pérdida de la cosa, por lo que en modo alguno puede en el caso que nos ocupa atribuirse a la vendedora la pérdida de la farmacia vendida, cuando consta no solo su conducta de cumplimiento contractual, sino que también la concurrencia de una mora por parte del comprador que hace recaer sobre el mismo tal riesgo[72].

También se refiere a la falta de cooperación del acreedor como presupuesto para la mora del acreedor la STS de 15 de junio de 1987 cuyo objeto fue el discernimiento relativo al cumplimiento de un contrato de compraventa de un equipo de informática marca PHILIS, celebrado el 30 de enero de 1981. Por carta de 18 de diciembre de 1981 se puso fecha exacta a la entrega de todo lo convenido respecto a la implementación de la programación señalando a tal fin el 28 de febrero de 1982, habida cuenta de la carencia contractual de fecha fija para ello, y poniendo a disposición de la compradora el equipo técnico completo para su instalación inmediata, de cuya programación estaba confeccionado a la fecha de la comunicación el 90%, de cuya oferta de entrega se vio rechazada por la carta de la compradora resolviendo el contrato a los 6 días lo que impedía la entrega física de todo ello provocándose por parte de esta un incumplimiento contractual al incurrir en «mora accipiendi». La implementación de lo programado urgía necesariamente la colaboración de la compradora cuyos datos comerciales y contables eran objeto del análisis previo que aquella labor de informática requería a la que no se prestó la actividad diligente por la compradora, que era del caso esperar. El Tribunal Supremo declara que la consignación con todos sus requisitos legales comporta una liberación total del pago, pero la oferta real también tiene efecto positivo, aunque de menos alcance jurídico, cual es el de la constitución al acreedor en mora, que imposibilita la atribución del incumplimiento a quien ha de entregarla y no puede hacerlo por la negativa de quien ha de recibirla. El vendedor reclama el pago del precio del equipo de informática y otros conceptos complementarios, mientras que la compradora pide la resolución del contrato y devolución de la parte de precio anticipado en el momento de contratar. La pretensión del vendedor es parcialmente estimada en las sentencias de instancias, mientras que el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la compradora.

B) La necesidad de la cooperación del acreedor

Una vez que el deudor ha hecho todo lo conducente para cumplir la obligación, ahora corresponde al acreedor cooperar para que el deudor definitivamente cumpla, de manera que cuando el acreedor no coopera en el cumplimiento, cuando dicha cooperación es necesaria, negándose, de manera expresa o de hecho, sin razón a admitir la prestación ofrecida, el acreedor incurre en mora. La necesidad de dicha cooperación se desprende del artículo 1176 del Código Civil: «Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago conforme a las disposiciones que regulan este, se negare, de manera expresa o de hecho, sin razón a admitirlo, a otorgar el documento justificativo de haberse efectuado o a la cancelación de la garantía, si la hubiere, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida».

Aparte del artículo 1176 del Código Civil, en la legislación española podemos encontrar varios casos en los que se precisa la cooperación del acreedor para el cumplimiento de la obligación por el deudor, así podemos destacar:

El Código de Comercio, sobre compraventa mercantil, establece que si el comprador rehusare sin justa causa el recibo de los efectos comprados o demorase hacerse cargo de los mismos, el vendedor puede depositarlos judicialmente (art. 332).

La Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías establece que cuando no se realice la entrega por no hallarse el destinatario en el domicilio indicado en la carta de porte, por no hacerse cargo de la mercancía en las condiciones establecidas en el contrato, por no realizar la descarga correspondiéndole hacerlo o por negarse a firmar el documento de entrega, el porteador podrá optar por solicitar la constitución del depósito de la mercancía ante el órgano judicial o la Junta Arbitral del Transporte competente, surtiendo dicho depósito para el porteador los efectos de la entrega, considerándose terminado el transporte (art. 44 en relación con el 36.1).

Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, en relación con el contrato de fletamento, dispone en su artículo 228 que «El porteador deberá entregar sin demora y conforme a lo pactado las mercancías transportadas al destinatario legitimado para recibirlas. Si este no se presentase o rechazase la entrega, el porteador podrá, a costa del destinatario, almacenar las mercancías hasta su entrega o recurrir a su depósito judicial»; y en relación al contrato de pasaje establece en el artículo 293.2 que «El pasajero deberá pagar el precio del pasaje, presentarse oportunamente para su embarque y observar las disposiciones establecidas para mantener el buen orden y la seguridad a bordo» y en el artículo 297 dispone que el contrato quedará extinguido «a) Cuando el pasajero no embarcase en la fecha fijada, en cuyo caso el porteador hará suyo el precio del pasaje».

Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, en el artículo 109 faculta al transportista para constituirse en depositario remunerado de las mercancías transportadas y que no se pudieron entregar por no encontrarse al destinatario, por negarse este a recibir las mercancías sin consignar protesta por el deterioro que pudieran tener las mismas, o negarse a pagar los gastos de reembolso, transporte u otros que le correspondan.

El artículo 30 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, mantiene el derecho al salario aun cuando el trabajador no pudiera prestar sus servicios

una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasase en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, y esto sin que pueda hacérsele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo.

El Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, establece que el contrato de edición se extingue, entre otras, por las causas generales de los contratos (art. 69), por lo que el editor (deudor) puede solicitar la resolución del contrato cuando el autor (acreedor) incumpla la obligación de entregar al editor, en debida forma, para su reproducción, y dentro del plazo convenido, la obra objeto de la edición y la obligación de corregir las pruebas de tirada, salvo pacto en contrario (art. 65.1.º y 3.º); y que el contrato de representación teatral y ejecución musical se extingue, entre otras causas, cuando el cesionario-empresario (deudor) solicita su resolución cuando el autor (acreedor) incumpla la obligación de entregar al empresario el texto de la obra con la partitura, en su caso, completamente instrumentada, cuando no se hubiese publicado en forma impresa (art. 77.1.º).

Será la ley, la costumbre, los contratos o la buena fe quienes determinarán el contenido de la cooperación del acreedor y si esta es o no necesaria, y si lo es y el acreedor la ha omitido, el deudor queda protegido al incurrir en mora el acreedor.

La cooperación del acreedor en el cumplimiento de las obligaciones está en relación con el principio de la buena fe. El principio de la buena fe está recogido en el artículo 7.1 del Código Civil al establecer que: «Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe». La buena fe, es, para DÍEZ PICAZO, «un *standard jurídico*, es decir, un modelo de conducta social o, si se prefiere, una conducta socialmente considerada como arquetipo, o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado. El ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico»[73]. La buena fe no solo ha de dirigirse al deudor sino también al acreedor, de manera que este ha de tener unas conductas basadas en la fidelidad, la confianza y la honradez en el tráfico jurídico. El ejercicio de un derecho no es admisible cuando vaya en contra de la conducta que una de las partes está obligada a realizar frente a la otra. La cooperación del acreedor para que el deudor pueda cumplir la obligación ha de ajustarse a las reglas de la buena fe, «más allá de la buena fe, el acto de ejercicio de un derecho se torna inadmisible y es antijurídico»[74], de forma que la falta de cooperación del acreedor implica que el deudor quede protegido al incurrir el acreedor en mora. Si la finalidad del acreedor es la satisfacción de su interés con el cumplimiento de la obligación y la del deudor la liberación de la deuda, la falta de cooperación del acreedor sin razón alguna al cumplimiento de la obligación por el deudor, cuando esta cooperación sea necesaria, iría en contra de los propios actos del acreedor, de manera que la buena fe constituiría un límite de los derechos subjetivos en el caso de la regla que prohíbe ir en contra de los propios actos.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 3 de diciembre de 1987 recurrió al principio de la buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 CC) y en el cumplimiento de los contratos (art. 1258 CC) para determinar si hubo o no incumplimiento, principio que impone fidelidad a toda conducta que razonablemente engendre confianza ajena. El supuesto de hecho de la sentencia es la constitución por escritura pública el 18 de julio de 1936 de un censo enfitéutico a favor del Ayuntamiento de Vic (censatario) por una pensión de 599,40 pesetas. En el contrato se hacía constar que el impago de tres pensiones consecutivas

daba lugar a la acción de comiso, y que el pago de las pensiones debería de efectuarse en el domicilio de la estabiliente solo mientras lo tuviera en el partido de Vic. En 1952 la estabiliente traslada su domicilio a Barcelona y en 1973 fallece. El Ayuntamiento ha pagado la última pensión en 1975 en las oficinas municipales a un apoderado de los herederos de la estabiliente y fue consignando en sus presupuestos anuales las cantidades precisas para el pago de la pensión. Los herederos de la estabiliente, mediante instancia de fecha de 16 de junio de 1984, requieren al Ayuntamiento para que tenga por extinguida la enfiteusis por falta de pago de las pensiones durante más de tres años. Agotada la vía administrativa, los herederos demandan judicialmente el comiso enfitéutico de la finca, la reincorporación del dominio útil al dominio directo y el otorgamiento de la escritura de restitución, petición que es desestimada en ambas instancias y el Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación. La desestimación se debe a que los actores (herederos) omitieron comunicar al Ayuntamiento su calidad de tales y de cual sea su domicilio, creando con su conducta (personándose, en ocasiones, a cobrar, la pensión debida, mediante apoderado, en las propias oficinas municipales) la lógica creencia de haber asumido el deber de cobro en el domicilio del deudor, tal y como el mismo artículo 303 de la Compilación de Cataluña, que se dice conculcado, prevé para el caso de falta de pacto y cabía deducir, sin excesiva violencia, de la letra del contrato, tan luego como la estabiliente dejó de tener su domicilio en el partido en el que se hizo el otorgamiento de la escritura por la que se constituyó el censo[75].

En las obligaciones negativas de no dar o no hacer no cabe la mora del acreedor al no requerir ninguna cooperación del acreedor.

Aunque, como venimos diciendo, cuando el acreedor no coopera en el cumplimiento de la obligación incurre en mora, sin embargo, cualquier conducta del acreedor no implica falta de cooperación con la consecuencia de constituir al acreedor en mora, solo lo es aquella conducta necesaria para que el deudor pueda cumplir la obligación y que el acreedor no ha realizado. Al tratarse de una cooperación necesaria, como mantiene CABALLERO LOZANO, «exceden del ámbito de la *mora creditoris* aquellas conductas del acreedor que no impiden el cumplimiento, sino que simplemente lo dificultan… Así sucede, por ejemplo, en el contrato de mandato, en cuya ejecución ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante (art. 1719 pár. primero, CC). El mandatario, a falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia (art. 1719, pár, segundo, CC). En vez de acudir a la figura de la mora del acreedor, con todas las consecuencias negativas que implica para este, el Código ha ideado un medio más adecuado, que es el cumplimiento unilateral de la obligación por el deudor con arreglo al criterio de la diligencia ordinaria en el tráfico. En el supuesto considerado, la omisión del acreedor no impide definitivamente el cumplimiento del deudor, porque este se libera obrando conforme establece el precepto citado, sin embargo, sí lo dificulta, pues la posición del mandatario se empeora de hecho: ha de obrar por sí mismo, sin la seguridad que da la obediencia a las órdenes del *dominus*»[76].

C) Naturaleza jurídica de la cooperación

Si los intereses de las partes en la obligación son, por parte del deudor la liberación de la deuda, y, por parte del acreedor el cumplimiento de la obligación,

la doctrina se plantea si el deudor tiene derecho a cumplir y así liberarse de la deuda, y si el acreedor tiene la obligación de recibir la prestación.

Por lo que respecta al deudor, este no tiene derecho a cumplir la obligación, pero si la facultad de liberarse de la misma.

El que el deudor no tenga derecho a cumplir se debe a que el artículo 1158 del Código Civil autoriza que cualquier persona puede hacer el pago, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor, y que el artículo 1178 del Código Civil permita que la consignación se haga por el deudor o por un tercero. Así, afirma CABALLERO LOZANO que «Si el deudor tuviese derecho al cumplimiento, el *solvens* necesitaría autorización del titular de ese derecho para ejercitar el contenido del mismo»[77]. Igualmente mantienen, GONZÁLEZ PORRAS que «el deudor tiene interés en cumplir, pero con ello no podemos decir que tenga derecho a cumplir»[78] y LAMARCA MARQUÉS que «El deudor es titular de un interés legítimo a la liberación pero no de un derecho al exacto cumplimiento de la prestación pactada, a liberarse de la obligación mediante el cumplimiento, el cual llevaría a una obligación correspectiva del acreedor a recibirla y a cooperar en su ejecución»[79].

El deudor tiene la facultad de liberarse de la obligación, así, para VAQUER ALOY «es una facultad de liberarse porque, como resulta obvio del análisis legal («podrá obtener del juez la consignación», prevé de forma palmaria el artículo 1776), el ofrecimiento del pago y la posterior consignación son actos no debidos, que el deudor realiza con la finalidad de obtener una serie de efectos que le resultan beneficiosos»[80]. DÍEZ-PICAZO mantiene que «el deudor, en cuanto tal, posee la facultad de liberarse de su deuda. El acreedor no solo no puede lícitamente impedir la liberación, sino que pesa sobre él la carga de colaboración para que esta liberación se haga posible»[81].

Sin embargo, CRISTÓBAL MONTES niega que el deudor tenga la facultad de liberarse de la deuda, porque no ve derecho subjetivo alguno en que se asiente dicha facultad, se trataría de «meras emanaciones, consecuencias obligadas o mecanismos instrumentales que la *ratio iuris*, y, desde luego, la norma positiva ponen a su disposición para humanizar, favorecer y facilitar el cumplimiento del deber que soporta, al objeto de que tenga lugar de la manera más fácil posible y con la menor carga traumática»[82].

Por lo que respecta al acreedor, este no tiene la obligación de cooperar en el cumplimiento de la obligación, sino la carga de cooperar al cumplimiento[83]. Si el acreedor tuviese la obligación de cooperar, el deudor tendría el derecho a cumplir la obligación, de manera que no habría diferencia entre la mora del deudor y la del acreedor en cuanto que los efectos de una y otra serían los mismos, y los efectos de la mora del acreedor no se resuelven en una indemnización de daños y perjuicios a favor del deudor.

CABANILLAS SÁNCHEZ sostiene que se trata de una carga del acreedor, y define la carga como «una conducta que el sujeto (en nuestro caso, el acreedor) ha de observar en su propio interés para ejercitar una facultad. La inobservancia de la carga determina una imposibilidad para ejercitar el poder de actuación en que consiste la facultad. Es lógico, pues, que si el acreedor no observa la carga de cooperación encaminada a facilitar la liberación del deudor, prestando el necesario concurso cuando tiene lugar el ofrecimiento de pago, surgirá una serie de consecuencias perjudiciales para el acreedor, derivadas de la *mora creditoris*, no estando facultado el acreedor para hacer responsable al deudor de la demora en el cumplimiento»[84]. GETE ALONSO afirma que «Sobre el acreedor recae la carga de colaborar al cumplimiento de la obligación cuando su actividad es

necesaria para que exista cumplimiento; no debe —con su conducta— impedir la liberación del deudor sino que pesa sobre él la carga de posibilitarla, siéndole imputables las circunstancias que se derivarían de su no cooperación (la *mora creditoris* o que no se estime estar ante un incumplimiento o un cumplimiento defectuosos)»[85].

Sin embargo, mantienen que la cooperación del acreedor no es una carga FALZEA[86] o CRISTÓBAL MONTES para quien no es necesario acudir a la categoría de la carga, más propia del derecho procesal que del sustantivo, ya que la misma caracterización de esa conducta como libre, pero necesaria, se consigue en base a «considerar y exigir que el derecho de crédito que corresponde al acreedor tiene que hacerse valer, en todos sus aspectos, formas de manifestación y a través de las distintas facultades que lo integran, de acuerdo con lo que dicta la buena fe (la corrección, la lealtad, la honestidad en la vida de relación)», según el artículo 7, párrafo primero, del Código Civil[87].

La Sentencia de 24 de julio de 1998 de la Audiencia Provincial de Soria mantiene que la mora del acreedor presupone una verdadera carga de cooperación que incumbe al acreedor en orden a hacer posible la actividad de cumplimiento del deudor, la razón es que el acto de ese cumplimiento le interesa no solo a él como satisfacción sino también al deudor como acto de liberación, sin tal carga esa liberación quedaría al arbitrio del acreedor que podría retrasarla indefinidamente. También las Sentencias de 28 de febrero de 2000 de la Audiencia Provincial de Pontevedra y la de 10 de febrero de 1994 de la Audiencia Provincial de Baleares sostienen que teniendo en cuenta que si el acreedor no tiene obligación de recibir, tiene, en cambio, la de no impedir que el deudor se libere de su sujeción, y si pone obstáculos a esto, debe sufrir él las consecuencias.

A pesar de que, como hemos dicho, el deudor no tiene derecho a cumplir la obligación y el acreedor no tiene la obligación de cooperar en el cumplimiento de la obligación, excepcionalmente existen supuestos en los que el deudor tiene derecho al cumplimiento y, consecuentemente, el acreedor tenga la obligación de cooperar al cumplimiento de la obligación. Esto sucede en aquellos casos en los que el deudor, además de tener interés en liberarse de la deuda, tenga otro interés en el que se ejecute la prestación, por ejemplo, en las actividades artísticas el empresario que ha contratado a un cantante o a una compañía de teatro está obligado a cooperar para que tenga lugar la actuación, el cantante o los actores (deudores) con su actuación obtienen la liberación de la obligación y un interés propio como sería la fama o prestigio.

D) La justa causa de no cooperar al cumplimiento de la obligación

Hay casos en los que la falta de cooperación del acreedor al cumplimiento de la obligación no origina que este se constituya en mora cuando concurre un motivo justificado.

Este elemento se desprende de varios preceptos del Código Civil y del Código de Comercio. Así, el artículo 1176 del Código Civil establece que si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago conforme a las disposiciones que regulan este, se negare, de manera expresa o de hecho, sin razón a admitirlo, a otorgar el documento justificativo de haberse efectuado o a la cancelación de la garantía, si la hubiere; el artículo 1185 del Código Civil dispone que cuando la deuda de cosa cierta y determinada procediere de delito o falta, el riesgo por perecimiento de la misma se traslada del deudor al acreedor cuando ofrecida la cosa por el deudor

se hubiese el acreedor sin razón negado a aceptarla; y el artículo 332 del Código de comercio nos dice que si el comprador rehusare sin justa causa el recibo de los efectos comprados, podrá el vendedor pedir el cumplimiento o rescisión del contrato, depositando judicialmente en el primer caso las mercaderías.

Los motivos por los que el acreedor puede negarse con razón a cooperar al cumplimiento sin que incurra en mora no están regulados, pero se pueden desprender del título constitutivo de cada obligación, compuesto por la buena fe, los usos y la ley (art. 1258 CC).

Así, el acreedor puede justamente rechazar la cooperación al cumplimiento cuando este no se ajuste al título de la obligación ni a las normas contenidas en el Código Civil sobre el pago. Para ello, el acreedor ha de tener en cuenta su propia capacidad para recibir el pago, la calidad y cantidad de la prestación ofrecida, la condición, el tiempo y el lugar. Por ejemplo, es justo motivo para rechazar la cooperación el acreedor cuando tratándose de obligaciones de hacer la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al constituir la obligación y se pretenda realizar por un tercero (art. 1161 CC); cuando se ha ordenado judicialmente la retención de la deuda (art. 1165 CC); cuando se ofrece una cosa o un servicio diferente al pactado (art. 1166 CC); cuando se ofrece una cosa de peor calidad o en menor cantidad a la pactada (art. 1157 CC); cuando la obligación esté sujeta a una condición suspensiva y esté pendiente de cumplimiento, si durante este tiempo el deudor realiza el ofrecimiento de pago puede ser rechazado con justa causa por el acreedor; en las obligaciones a término, si el término se ha puesto en favor del acreedor y el deudor hace el ofrecimiento de pago antes del día señalado, el acreedor tiene justo motivo para rechazarlo, por lo que no incurrirá en mora, igualmente ocurre si el término se ha puesto en beneficio de acreedor y deudor; cuando la prestación se realice en un lugar distinto del acordado; no se entregan los intereses (art. 1100 y 1108 CC), los frutos (art. 1095 CC) o los accesorios (art. 1097 CC).

Son motivo de rechazo basadas en la buena fe como principio que integra del contenido de la obligación (art. 1258 CC) cuando la cooperación sea difícil o imposible para el acreedor, esto sucede, por ejemplo, cuando el ofrecimiento realizado en el establecimiento del deudor fuera del horario de trabajo, o en día festivo, cuando está cerrado[88], o en el caso de la STS de 13 de mayo de 1996, en el que una comunidad de propietarios promovió juicio declarativo de menor cuantía contra la entidad mercantil C., S.A., un Arquitecto y varios aparejadores, a fin de que sean condenados solidariamente a indemnizar a la comunidad de propietarios por los daños y perjuicios causados. Las pretensiones así formuladas fueron estimadas parcialmente por el Juzgado de Instancia y por la Audiencia Provincial. Recurrida la sentencia en casación por la entidad mercantil C., S.A., se alega infracción de la jurisprudencia respecto a la *mora accipiendi*, acerca de la cual, la Sentencia de 30 de marzo de 1986 resume la teoría doctrinal y jurisprudencial sobre la misma. La comunidad de propietarios no es que se haya negado a recibir el cumplimiento de la obligación (la de reparar el muro), es que no se había determinado con la parte deudora el modo en que procedía exigir el cumplimiento de una obligación subsistente. El deudor ofrece una forma de cumplimiento de una obligación de hacer, que sabe que es contraria a la que pretende el acreedor de dicha obligación, que quería el derribo del muro y que se construyera de nuevo.

El Tribunal Supremo declara que la apreciación de la *mora accipiendi* requiere la concurrencia de determinados requisitos que se recogen en la sentencia citada, pero de los presupuestos probatorios que se recogen en la sentencia recurrida

resulta imposible que pueda aceptarse el supuesto de *mora accipiendi* que se pretende, y, concretamente, el hecho de la indeterminación sobre el modo y forma a efectuar la reparación del muro es claramente obstativo respecto a los requisitos de la existencia de «obligación vencida» y «falta de cooperación del acreedor», y esto así, permite concluir que el Tribunal *a quo* no desconoció la doctrina jurisprudencial sobre la denominada *mora accipiendi*.

4. La mora del acreedor no requiere la culpa

Un problema que ha preocupado a la doctrina es el de si para que exista mora del acreedor es necesaria o no que la falta de cooperación del acreedor al cumplimiento se deba a su culpa.

Históricamente se mantenía que la culpa del acreedor era un requisito necesario de la mora del acreedor, concibiendo la mora del acreedor y la mora del deudor de forma unitaria, ya que en el Derecho romano y en el Derecho común solo existió un concepto unitario de mora[89].

De esta forma, los autores establecieron los mismos requisitos para la mora del acreedor y para la mora del deudor. El acreedor tenía la obligación de cooperar al cumplimiento, considerándose necesaria la culpa del acreedor. El incumplimiento de dicha obligación acarreaba la obligación del acreedor de indemnizar daños y perjuicios.

Actualmente, al considerarse la mora del acreedor como figura independiente de la mora del deudor, hemos de mantener que la culpa del acreedor no es un requisito necesario para la mora del acreedor, porque el acreedor no tiene una obligación de cooperar al cumplimiento sino una carga, de forma que las consecuencias de la mora del acreedor no se traducen en una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento culpable de una obligación.

Si la culpa del acreedor no es un requisito necesario de la mora del acreedor, el caso fortuito como causante de la falta de cooperación del acreedor no excluye la mora del acreedor, el deudor no puede resultar perjudicado en este caso.

En este sentido se manifiesta la Sentencia de 15 de julio de 2001 del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo: «Esta Sala Tercera ha pronunciado la presente Sentencia en el recurso de apelación núm. 8007/1990, interpuesto por Compañía Inmobiliaria y de Parcelación, S.A. (en lo sucesivo CIPARSA), contra sentencia s/n, dictada con fecha 6 de marzo de 1990 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo —Sección Segunda— de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 27127/1987, seguido a instancia de CIPARSA, contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de fecha 4 de noviembre de 1986, que desestimó la reclamación núm. R.G. 4626-8-82 y R.S. 243-82 por el concepto de Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 1976...

En este recurso de apelación se impugna solamente la asignación individual a CIPARSA de la base imponible acordada por la Junta de Evaluación Global de Huelva de «venta de Edificaciones», ejercicio 1976, por importe de 3.225.000 pesetas y por ello en los autos no hay referencia, ni dato alguno acerca de una posible liquidación cautelar o liquidación provisional por Impuesto sobre Sociedades, pero es lo cierto que CIPARSA alega que el retraso habido en la sustanciación del recurso de apelación, por culpa no imputable a ella le producirá un grave quebranto económico, debido a los intereses de demora que le liquidará la Administración Tributaria.

Esta alegación debe ser acogida por la Sala, por las razones que a continuación expone.

La entidad mercantil CIPARSA ha criticado el retraso en que ha incurrido esta Sala Tercera del Tribunal Supremo en dictar el auto de fecha 6 de julio de 2000, y la consecuencia para ella perjudicial de mayor liquidación de intereses.

Nuestro Derecho tributario no ha regulado los efectos de la «mora accipiendi» en que puede incurrir la Administración tributaria por inactividad propia o causada por inactividad de los Tribunales de Justicia, que es el caso de autos, pero no se ha opuesto de modo radical, de manera que como el artículo 9º, apartado 2, de la Ley General Tributaria, en todas sus versiones, dispone que: «2. Tendrán carácter supletorio las disposiciones generales del Derecho administrativo y los preceptos del Derecho común», es razonable afirmar que nos hallamos ante el retraso en el cumplimiento de la obligación, debida a un caso fortuito excepcional, concretamente a que los autos estuvieron extraviados, debido a la reordenación de los archivos, sin culpa del deudor, por lo que es el acreedor el que debe soportar los efectos del retraso o sea la no exigencia de intereses durante el tiempo del retraso («mora»). Es cierto que el Código Civil no afirma expresamente tal conclusión, pero puede deducirse de la interpretación de consuno de los siguientes artículos, 1188 «in fine», 1452, 3.º «in fine», 1589 «in fine» y 1590.

Además, debe razonarse que, en los supuestos de «mora solvendi», debido a que el deudor tributario no ingresa, sino que pide la suspensión, por impugnación de la deuda tributaria en vía administrativa o jurisdiccional, si se le desestiman los recursos, la Administración tributaria le exigirá, por aplicación de los artículo 1108 y 1100 del Código Civil y por disponerlo así diversas normas del Derecho Tributario, los intereses por dicho periodo, luego «a sensu contrario» no procederá exigir tales intereses, cuando por un caso fortuito excepcional, como es el del caso de autos, se produzca el retraso en el cumplimiento de la obligación tributaria.

Por las razones apuntadas no procede exigir intereses de demora por el tiempo que media desde el 30 de julio de 1990 fecha de la petición del recibimiento a prueba hasta el 6 de julio de 2000, fecha en el que se dictó el auto rechazando el recibimiento a prueba».

La doctrina española mantiene que la culpa del acreedor no es un requisito necesario de la mora del acreedor. Así, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER sostienen que «No es la culpa lo que constituye en mora al acreedor, sino su negativa sin razón (cfr. artículos 1176, ap. 1.º y 1185). Se puede hablar de incumplimiento imputable al acreedor (cfr. Sentencia de 24 de abril de 1918), pero esta imputabilidad no significa culpa ni infracción de un deber propiamente tal»[90]. Para ALBALADEJO «no hace falta culpa del acreedor para que incurra en mora. Por tanto, esta se da aun cuando por caso fortuito o fuerza mayor, no esté en condiciones de recibir la prestación que se le ofrece debidamente»[91]. DÍEZ PICAZO sostiene que «la *mora credendi* no presupone una especial culpabilidad del acreedor moroso en la recepción de la prestación»[92]. Para LACRUZ «alguna de estas consecuencias (de la mora del acreedor) se producirá aunque la imposibilidad de cobro del acreedor no provenga de culpa o negligencia propia, pues el deudor no tiene por qué soportar el caso fortuito que le impide liberarse temporáneamente por imposibilidad del acreedor, cuando él mismo puede prestar»[93]. CASTÁN mantiene que «no puede decirse, sin embargo, que sea necesaria, para la mora del acreedor, la culpa de este»[94]. En igual sentido se pronuncian CABANILLAS SÁNCHEZ y CABALLERO LOZANO[95]. En cambio, MOREU BALLONGA se inclina «hacia la idea de que la culpa es requisito también de la mora del acreedor, como lo es de la del deudor, y a que se presuma esa culpa, como en el caso del

deudor (arts. 1182 y 1183), por una analogía un tanto forzada (el artículo 1100 no exige expresamente la culpa, como se sabe), pero que va en línea de una cierta simetría entre las dos moras que han caracterizado durante siglos al Derecho intermedio y al castellano. El retraso del acreedor en especificar o cobrar sin culpa suya no sería jurídicamente mora y no podría ni desplazar los riesgos ni fundar responsabilidad civil»[96].

La jurisprudencia tampoco mantiene el requisito de la culpa del acreedor, así Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2012, de 20 de octubre de 2014 y de 10 de diciembre de 2015 mantienen que «La *mora credendi* no presupone una especial culpabilidad del acreedor moroso en la recepción de la prestación; es decir, no es la culpa lo que constituye en mora al acreedor, sino su negativa sin razón a recibir».

El Código Civil no establece que la culpa del acreedor sea un requisito de la mora del acreedor. Según el artículo 1176 del Código Civil es la negativa sin razón a admitir el pago válidamente ofrecido el que constituirá en mora al acreedor, con independencia de la actuación culposa o no del acreedor. En igual sentido se pronuncia el artículo 1776 del Código Civil «el depositario que tenga justos motivos para conservar el depósito, podrá, aun antes del término designado, restituirlo al depositante; y, si este lo resiste, podrá obtener del Juez su consignación». Además, ninguno de los preceptos donde se hace aplicación de la mora del acreedor en nuestro ordenamiento jurídico, vistos a lo largo de ese trabajo, no exigen la culpa del acreedor.

5. No es preciso un requerimiento del deudor al acreedor

Uno de los presupuestos para que se produzca la mora del deudor es que el acreedor requiera judicial (por ejemplo, por acto de conciliación) o extrajudicialmente (por ejemplo, por requerimiento notarial) al deudor para que cumpla su obligación (art. 1100 CC). En cambio, en la mora del acreedor no se precisa un requerimiento del deudor al acreedor para que coopere en el cumplimiento de la obligación como presupuesto de la misma.

Ninguno de los artículos que regulan la mora del acreedor en los distintos cuerpos legales de nuestro ordenamiento jurídico, ni la jurisprudencia en esta materia recogen como presupuesto de la mora del acreedor el requerimiento del deudor al acreedor para que coopere en el cumplimiento de la obligación, así podemos mencionar las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de enero de 2001, Sección 21.ª, de 12 de abril de 2012, de 20 de octubre de 2014 y de 10 de diciembre de 2015: «Por último, es menester señalar que la mora credendi no exige ningún requisito adicional, ni ninguna adicional intimación». Esto se debe a que la mora del acreedor es una figura autónoma e independiente de la mora del deudor, las diferencias existentes entre ambas figuras son notables, van desde el propio concepto hasta los presupuestos y los efectos de cada una de ellas.

IV. CONCLUSIONES

I. Nuestro Código Civil no contiene una regulación general sobre la mora del acreedor, tan solo se refiere a ella en varios preceptos, estos preceptos junto a otros contenidos en el Código de comercio y en leyes especiales, po-

nen de manifiesto que nuestro Derecho reconoce la institución de la mora del acreedor. Sin embargo, el problema radica en determinar su régimen jurídico, ya que los distintos preceptos solo lo contienen parcialmente y para casos concretos, habiendo sido la doctrina y la jurisprudencia las que han determinado su régimen jurídico, sobre todo en cuanto al concepto, los presupuestos y efectos.

II. La mora del acreedor la podemos definir como el retraso en el cumplimiento de la obligación debido al rechazo, sin razón alguna, por parte del acreedor del ofrecimiento de pago que le hace el deudor, cuando la cooperación del acreedor es necesaria para el cumplimiento de la obligación, con independencia de la conducta culposa o no del acreedor.

III. Un primer presupuesto de la mora del acreedor es que exista una obligación que ha de reunir una serie de características: ha de existir un vínculo obligatorio, para el cumplimiento de la obligación se necesita ciertos actos del acreedor, que haya llegado el momento del cumplimiento por el deudor, que subsista la obligación tras la falta de cooperación del acreedor y que la obligación se pueda cumplir tardíamente.

IV. Un segundo presupuesto de la mora del acreedor es el ofrecimiento de pago que ha de ser hecho por el deudor o por un tercero salvo cuando se trate de obligaciones personalísimas y debe hacerse al acreedor, a su representante o a la persona designada en la obligación para el pago.

V. La prestación ofrecida ha de ser íntegra, de manera que el deudor debe ofrecer la cosa debida en el estado que tenía cuando se constituyó la obligación, con sus accesorios; los frutos e intereses convencionales, legales o anatocismo producidos desde que nace la obligación de entregarla (art. 1095 CC), y si antes del ofrecimiento de pago el deudor había incurrido en mora, también tiene que ofrecer los intereses de demora; los gastos del pago de acuerdo con el artículo 1168; y, si es el caso, los gastos de devolución y protesto de letras de cambio vencidas y no pagadas.

En el caso de que el ofrecimiento no coincida con la cantidad debida sería válido el ofrecimiento de pago de una cantidad mayor a la debida en cuanto lo más comprende lo menos. En cambio, no sería válido cuando la cantidad sea inferior, salvo que la diferencia sea insignificante en relación al importe total de la deuda. Si la diferencia entre la cantidad debida y la ofrecida proviene de error de cálculo del deudor, el ofrecimiento de pago será válido siempre que el deudor, conociendo con posterioridad el error, aumente o disminuya la cantidad ofrecida.

VI. La prestación ofrecida no solo ha de ser íntegra, ha de ser también idéntica, de forma que el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida, y en las obligaciones de hacer tampoco podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor. El ofrecimiento de cosa distinta a la debida solo sería válido cuando sea aceptada por el acreedor.

VII. Para que el ofrecimiento de pago sea eficaz es necesario que la condición se haya cumplido si la obligación fuese condicional.

Si la condición es suspensiva hay que destacar tres momentos: un primer momento es cuando la condición está pendiente de cumplimiento, en este caso el acreedor no puede reclamar el cumplimiento de la obligación en cuanto esta todavía no ha nacido, el ofrecimiento de pago realizado por el deudor puede ser rechazado con justa causa por el acreedor, por lo que no incurre en mora; un segundo momento es cuando la condición se cumpla, en este supuesto la obliga-

ción adquiere plena eficacia y el acreedor incurrirá en mora cuando se cumplan los requisitos que dan lugar a ella; y un tercer momento es cuando la condición se incumpla, en este caso la obligación se tiene por no existente, por lo que es imposible la constitución en mora del acreedor.

Si la condición es resolutoria, también hay que distinguir los tres momentos: cuando la condición está pendiente de cumplimiento, produce los efectos de las obligaciones puras, por lo que, si en esta situación el deudor hace el ofrecimiento de pago y el acreedor no cooperase incurrirá en mora el acreedor; cuando la condición se cumpla, se resuelve la obligación y tiene lugar la retroacción de efectos al día en que se constituyó la obligación, por lo que, si el acreedor había incurrido en mora, esta se tendrá por no producida; y cuando la condición se incumpla, se consolida la obligación y si el acreedor había incurrido en mora, también se consolida.

VIII. En cuanto al momento en que debe de hacerse el ofrecimiento de pago, debe de hacerse antes de la consignación. Sobre la posibilidad de hacer el ofrecimiento de pago antes del vencimiento de la obligación, si el término se ha puesto en favor del acreedor, si el deudor hace el ofrecimiento de pago antes del día señalado, el acreedor tiene justo motivo para rechazarlo, por lo que no incurrirá en mora, lo mismo ocurre si el término se ha puesto en beneficio de acreedor y de deudor, y el deudor hace el ofrecimiento de pago antes del día señalado, en cambio, cuando el término se ha puesto en favor del deudor y realiza el ofrecimiento de pago antes del día del vencimiento, si el acreedor lo rechaza incurrirá en mora.

IX. Respecto a la forma para el ofrecimiento de pago, puede hacerse verbalmente o por escrito, judicial o extrajudicialmente, normalmente se emplea el requerimiento notarial, el acto de conciliación, o la oferta ante testigos, y si la obligación es pecuniaria, puede hacerse por medio de giros telegráficos.

X. El tercer requisito para la existencia de la mora del acreedor es que el acreedor no acepte la prestación o, en general, no coopere al cumplimiento de la obligación, sin justificación legal para ello. Será la ley, la costumbre, los contratos o la buena fe quienes determinarán el contenido de la cooperación del acreedor y si esta es o no necesaria, y si lo es y el acreedor la ha omitido, el deudor queda protegido al incurrir en mora el acreedor. En las obligaciones negativas de no dar o no hacer no cabe la mora del acreedor al no requerir ninguna cooperación del acreedor.

XI. Hay casos en los que la falta de cooperación del acreedor al cumplimiento de la obligación no origina que este se constituya en mora cuando concurre un motivo justificado, dichos motivos se pueden desprender del título constitutivo de cada obligación.

XII. En cuanto a la naturaleza jurídica de la cooperación, si los intereses de las partes en la obligación son, por parte del deudor la liberación de la deuda, y, por parte del acreedor el cumplimiento de la obligación, el deudor no tiene derecho a cumplir la obligación, pero si la facultad de liberarse de la misma, y el acreedor no tiene la obligación de cooperar en el cumplimiento de la obligación, sino la carga de cooperar al cumplimiento de la misma.

XIII. La culpa del acreedor no es un requisito necesario de la mora del acreedor, por lo que el caso fortuito como causante de la falta de cooperación del acreedor no excluye la mora del acreedor.

XIV. En la mora del acreedor no se precisa un requerimiento del deudor al acreedor para que coopere en el cumplimiento de la obligación como presupuesto de la misma.

V. RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 18 de junio de 1902
- STS de 15 de febrero de 1905
- STS de 27 de noviembre de 1906
- STS de 20 de noviembre de 1916
- STS de 24 de abril de 1918
- STS de 7 de mayo de 1927
- STS de 19 de noviembre de 1928
- STS de 23 de marzo de 1929
- STS de 11 de noviembre de 1935
- STS de 9 de junio de 1941
- STS de 9 de julio de 1941
- STS de 12 de enero de 1943
- STS de 3 de noviembre de 1943
- STS de 20 de diciembre de 1943
- STS de 5 de junio de 1944
- STS de 4 de julio de 1944
- STS de 27 de abril de 1945
- STS de 15 de junio de 1946
- STS de 12 de marzo de 1946
- STS de 29 de abril de 1946
- STS de 23 de noviembre de 1946
- STS de 22 de marzo de 1947
- STS de 21 de junio de 1947
- STS de 18 de junio de 1948
- STS de 25 de junio de 1948
- STS de 26 de noviembre de 1948
- STS de 9 de enero de 1950
- STS de 9 de febrero de 1950
- STS de 27 de noviembre de 1950
- STS de 23 de diciembre de 1950
- STS de 11 de mayo de 1951
- STS de 8 de junio de 1952
- STS de 2 de diciembre de 1953
- STS de 3 de octubre de 1955
- STS de 9 de febrero de 1956
- STS de 2 de marzo de 1956
- STS de 8 de febrero de 1957
- STS de 22 de enero de 1958
- STS de 22 de noviembre de 1962
- STS de 22 de mayo de 1965
- STS de 25 de noviembre de 1965
- STS de 1 de febrero de 1967
- STS de 7 de marzo de 1968
- STS de 21 de octubre de 1968
- STS de 31 de octubre de 1968
- STS de 9 de noviembre de 1968
- STS de 31 de octubre de 1968
- STS de 6 de junio de 1970
- STS de 12 de noviembre de 1973

- STS de 8 de febrero de 1975
- STS de 7 de enero de 1977
- STS de 29 de mayo de 1978
- STS de 7 de noviembre de 1979
- STS de 1 de marzo de 1982
- STS de 22 de noviembre de 1985
- STS de 30 de mayo de 1986
- STS de 25 de septiembre de 1986
- STS de 15 de junio de 1987
- STS de 3 de diciembre de 1987
- STS de 14 de noviembre de 1989
- STS de 8 de junio de 1992
- STS de 29 de diciembre de 1995
- STS de 23 de febrero de 1996
- STS de 13 de mayo de 1996
- SAP de Baleares de 10 de febrero de 1994, Sección 3.ª
- SAP de Ciudad Real de 20 de noviembre de 1996, Sección 1.ª
- SAP de Cáceres de 2 de marzo de 1998, Sección 2.ª
- SAP de Soria 24 de julio de 1998
- SAP de Cáceres de 22 de julio de 1999, Sección 1.ª
- SAP de Pontevedra de 28 de febrero de 2000, Sección 5.ª
- SAP de Madrid 10 de enero de 2001, Sección 21.ª
- SAP de Barcelona de 30 de marzo de 2001, Sección 14.ª
- SAP de Madrid de 12 de abril de 2012, Sección 10ª
- SAP de Madrid de 17 de enero de 2014
- SAP de Madrid de 20 de octubre de 2014, Sección 14.ª
- SAP de Madrid de 10 de diciembre de 2015, Sección 14.ª

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1994) *Derecho Civil*, T. II, vol.1.º, *Derecho de Obligaciones*, Barcelona.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1956) *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y VALLADARES RASCÓN, E. (1980) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVI, Vol. 1.º

CABALLERO LOZANO, J. Mª. (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987) La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1341-1422.

— (1988) *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*, Madrid.

— (1989) La imposibilidad sobrevenida de la prestación por falta de cooperación del acreedor, en *Homenaje al Profesor Roca Juan*, Murcia, 117-128.

CALZADA CONDE, Mª. A. (1985) Comentario a la Sentencia de 22 de noviembre de 1985, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 9.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I. (1978) *La mora,* Madrid,

CANO MATA, A. (1969) La consignación, *Anuario de Derecho Civil*, 753-775.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1978) *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. III.

CATTANEO, G. (1964) *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano.

— (1973) La mora del creditore, en *Commentario del Codice Civile*, dirigido por A. Scialoja y G. Branca, Bolonia-Roma.

CRISTÓBAL MONTES, A. (1986) *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid.
— (1990) *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid.
DE CASTRO Y BRAVO, F. (1967) *El negocio jurídico*, Madrid.
DE DIEGO LORA, C. (1952) *La consignación judicial*, Barcelona.
DE LA CUESTA SAENZ, J. Mª. (1984) Las obligaciones alternativas, *Revista de Derecho Privado*, 3-25.
DÍEZ-PICAZO, L. (1981) *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid.
— (1996) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid.
— (2008) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid.
DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1995) *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid.
ENNECCERUS, L. (1954) *Tratado de Derecho Civil*, T. II, vol, 1.º, 2.ª ed., traducida por Pérez González y Alguer, Barcelona.
FALZEA, A. (1947) *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milán.
GARCÍA GOYENA, FL. (1974) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza.
GETE ALONSO, Mª. C. (1987) Comentario a la Sentencia de 3 de diciembre de 1987, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 15.
GONZÁLEZ PORRAS, J. M. (1991) Comentario al artículo 1187, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XVI-1.º, Madrid.
LACRUZ BERDEJO, J. L. y OTROS, (1985) *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1.º, *Derecho de obligaciones*, Barcelona.
LAMARCA MARQUÉS, A. (2001) *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia.
LINARES NOCI, R. (1989) Algunas consideraciones sobre el ofrecimiento de pago, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 413-447.
MANRESA Y NAVARRO, J.M. (1918) *Código Civil español*, T. VIII, Madrid.
MOREU BALLONGA, J. L. (2006) El artículo 1452, párrafo 3.º, del Código Civil y la mora del acreedor, en *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, 489-538.
MUCIUS SCAEVOLA, Q. (1957) *Código Civil comentado y concordado extensamente*, T. XIX, Madrid.
NATOLI. U. y BIGLIAZZI-GERI, L. (1975) *Mora accipiendi e mora debendi*, Milán.
PASCUAL ESTEVILL, L. (1986) *El pago*, Barcelona.
PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J. (1954) *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus y Lehmann*, vol. 1.º, Barcelona.
RAMS ALBESA, J. (1982) *Las obligaciones alternativas*, Madrid.
RUBIO TORRANO, E. (1986) Comentario a la Sentencia de 30 de mayo de 1986, *Cuardernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 11.
SABATER BAYLE, E. (1989) Contribución al estudio de la mora del acreedor, *Actualidad Civil,* 1997- 2025.
SCHLECHTRIEM, P. (1994) *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Tübigen.
SCUTO, M. (1905) *La mora creditore*, Catania.
STELLA, G. (1993) La mora del creditore, *La nuova Giurisprudenza civile commentata*.
TONDO, M (1970) Obbligazione in generale, adempimento e mora del creditore, Articulos 1173-1217, en Commentario teorico-practico al Códice Civile, Roma.
VAQUER ALOY, A. (1997) *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid.
— (2019) *El ofrecimiento del pago*, Argentina.
VISSINTINI, G. (1986) La mora creditore, en *Trattato de Diritto Privato*, dirigido por P. Rescigno, V. 9, T. 1.º, Turín.

NOTAS

[1] SABATER BAYLE, E. (1989) Contribución al estudio de la mora del acreedor, *Actualidad Civil*, 1999.

[2] MUCIUS SCAEVOLA, Q. (1957) *Código Civil comentado y concordado extensamente*, T. XIX, Madrid, 578.

[3] MANRESA Y NAVARRO, J.M. (1918) *Código Civil español*, T. VIII, Madrid, 326.

[4] CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I. (1978) *La mora,* Madrid, 36, nota 52; 42, nota 58.

[5] SABATER BAYLE, E. (1989) Contribución al estudio de la mora del acreedor, *Actualidad Civil*, 1999-2000.

[6] ALBALADEJO GARCÍA, M. (1994) *Derecho Civil*, T. II, vol. 1.º, *Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 149 y ss; LACRUZ BERDEJO., J. L. y OTROS, (1985) *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1.º, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, 252 y sigs.; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1995) *Sistema de Derecho Civil,* vol. II, Madrid, 221 y sigs.; CABALLERO LOZANO, J.Mª. (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona; VAQUER ALOY, A. (1997) *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid.

[7] Sentencias de 11 de noviembre de 1935, 26 de noviembre de 1948, 9 de febrero de 1956, 8 de febrero de 1957, 22 de mayo de 1965, 25 de noviembre de 1965, 1 de febrero de 1967, 7 de marzo de 1968, 21 de octubre de 1968, 31 de octubre de 1968, 9 de noviembre de 1968, 6 de junio de 1970, 12 de noviembre de 1973, 8 de febrero de 1975 y 7 de noviembre de 1979.

[8] El Código Civil alemán, el Código italiano de 1942, el Código portugués de 1967, el Código suizo de las Obligaciones y el Código austriaco. Respecto al Código Civil español, SABATER BAYLE, E. (1989) Contribución al estudio de la mora del acreedor, *Actualidad Civil*, 1999, nota 14, y 2000, lo considera «como indefinido, pues alude a supuestos concretos de *mora credendi* y omite referirse a ella genéricamente».

[9] ESPÍN CÁNOVAS, D. (1974) *Manual de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 210.

[10] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1995) *Sistema de Derecho Civil,* vol. II, Madrid, 222.

[11] PASCUAL ESTEVILL, L. (1986) *El pago*, Barcelona, 366-367.

[12] CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987) La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1341.

[13] CABALLERO LOZANO, J.M. (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 14.

[14] ENNECCERUS, L. (1954) *Tratado de Derecho Civil,* T. II, vol, 1.º, 2.ª ed., traducida por Pérez González y Alguer, Barcelona, 290.

[15] NATOLI. U. y BIGLIAZZI-GERI, L. (1975) *Mora accipiendi e mora debendi*, Milán, 29.

[16] SABATER BAYLE, E. (1989 Contribución al estudio de la mora del acreedor, *A.C.*, 1997.

[17] CABALLERO LOZANO, J.Mª. (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 15 y 16.

[18] DE CASTRO Y BRAVO, F. (1967) *El negocio jurídico*, Madrid, 218 y sigs.

[19] CABALLERO LOZANO, J.Mª. (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 92. En contra de la admisión de la mora del acreedor en las obligaciones naturales: TONDO, M (1970) Obbligazione in generale, adempimento e mora del creditore, Articulos 1173-1217, en *Commentario teorico-practico al Códice Civile*, Roma, 445: «En estas, (las obligaciones naturales), teniendo en cuenta la libertad concedida al sujeto de cumplir o no la prestación, no subsisten las razones que justifican la mora»; SCUTO, M. (1905) *La mora creditore*, Catania, 7, nota 13: si la obligación natural consiste solo en la soluti retentio, no caben ni la mora del acreedor ni del deudor; CATTANEO, G. (1973) La mora del creditore, en *Commentario del Codice Civile*, dirigido por A. Scialoja y G. Branca, Bolonia-Roma, 15; FALZEA, A. (1947) *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milán, 128.

[20] La doctrina define el ofrecimiento de pago de la forma siguiente: CABALLERO LOZANO, J.Mª. (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 159 y 160: «la declaración de voluntad mediante la cual el deudor comunica al acreedor o su representante que está dispuesto a realizar de inmediato la prestación que le compete, intimando de esta forma, expresa o tácitamente, al acreedor para que se haga cargo de ella»; CASTÁN TOBEÑAS, J. (1978) *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. III, 374: «Consiste en una declaración de voluntad dirigida al acreedor, por la que el deudor manifiesta su firme decisión de cumplir inmedia-

tamente la obligación»; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y VALLADARES RASCÓN, E (1980) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVI, Vol. 1.º, Madrid, 280: «Es la declaración de voluntad mediante la cual el deudor comunica al acreedor o a su representante que está dispuesto a realizar de inmediato la prestación que le compete, intimando de esta forma, expresa o tácitamente, al acreedor para que se haga cargo de ella, permitiendo así el pago y consiguiente liberación del deudor»; CANO MATA, A. (1969) La consignación, *Anuario de Derecho Civil.*, 763: «Constituye una declaración de voluntad que el deudor dirige al acreedor, de pagar real y efectivamente la deuda, poniendo las cosas debidas a su disposición para que las recoja».

[21] Como declaración de voluntad califican el ofrecimiento de pago: CASTÁN TOBEÑAS, J. (1978) *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. III, 374; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. R. y VALLADARES RASCÓN, E. (1980) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVI, Vol. 1.º, Madrid, 280; CANO MATA. A. (1969) La consignación, *Anuario de Derecho Civil*, 763. Por su parte, DÍEZ PICAZO, L. (2008) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 607 mantiene que: «El ofrecimiento de pago constituye una declaración de voluntad, que es unilateral y recepticia. No reviste el carácter de un negocio jurídico, sino que es un acto de ejercicio de una facultad o de un derecho, por lo cual puede ser considerado como una pretensión o como una intimidación».

Como acto jurídico lo califican: CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1988) *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*, Madrid, 72: es un «acto jurídico de carácter unilateral, que se dirige a obtener del acreedor la actividad necesaria para poder cumplir, es decir, la cooperación necesaria para que tenga lugar el cumplimiento y se produzca la liberación»; VAQUER ALOY, A. (1997) *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, 40: «el ofrecimiento de pago debe situarse en la órbita de los actos jurídicos semejantes a los negocios y, más en concreto, debe reputarse una exteriorización de voluntad»; E. SABATER BAYLE, E. (1989) Contribución al estudio de la mora del acreedor, *Actualidad Civil*, 2005: «El previo ofrecimiento de pago puede ser considerado como un acto del deudor, por el que manifiesta su voluntad de cumplir, que constituye el primer paso tendente a conseguir su liberación». Por su parte, CABALLERO LOZANO, J.Mª. (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 163 y 164: tras definir el ofrecimiento de pago como declaración de voluntad, considera en cuanto a su naturaleza jurídica que es un acto jurídico, más exactamente «un acto de configuración jurídica, en cuanto supone para el acreedor una mutación de su *status* jurídico».

[22] CRISTÓBAL MONTES, A. (1986) *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 199 y 200.

[23] Sostienen que el ofrecimiento es una intimación: ALBALADEJO GARCÍA, M. (1994) *Derecho Civil*, T. II, vol. 1.º, *Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 150; CABALLERO LOZANO, J.Mª. (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 165, 169 y 170; DÍEZ PICAZO, L. (1996) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 532; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I. (1978) *La mora,* Madrid, 86.

[24] En este sentido: CABALLERO LOZANO, J.Mª. (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 171 y 172: «para poder constituir al acreedor en mora y obtener la tutela del Derecho el deudor ha de realizar todo aquello que pueda hacer sin la actividad de la otra parte, de conformidad con el título constitutivo de la obligación de modo que el cumplimiento sea impedido exclusivamente por la falta de cooperación del acreedor; VAQUER ALOY, A. (1997) *El ofrecimiento de pago en el Código Civil,* Madrid, 42-44: «la disposición a cumplir supone la realización por parte del deudor de la actividad conducente al cumplimiento, justamente hasta donde, para continuarla o acabarla, le sea necesaria la colaboración del acreedor... no tiene un contenido predeterminado, sino que este se define en función de la concreta prestación».

[25] El Código Civil francés exige, por regla general, el ofrecimiento real cuando el acreedor rehusase recibir el pago (art. 1257), y, excepcionalmente, cuando la cosa adeudada sea un cuerpo cierto que deba entregarse en el lugar en que se encuentre, basta el verbal (art. 1264); el Código Civil alemán admite en el parágrafo 294, como regla general, la oferta real, y excepcionalmente en el parágrafo 295 el ofrecimiento verbal, cuando haga falta un acto de cooperación del acreedor, o este debe ir a buscar la cosa debida, o si manifiesta anticipadamente su rechazo a la prestación; en el Código Civil italiano, el ofrecimiento real

tiene lugar en las prestaciones de dinero, títulos de crédito, o cosas muebles a entregar en el domicilio del acreedor (art. 1209.1), el verbal o por intimidación tiene lugar cuando se trata de entregar cosa mueble en un lugar diverso al domicilio del acreedor (art. 1209.2.º), cuando el objeto que hay que entregar es un bien inmueble (art. 1216.1.º) o si se trata de una obligación de hacer (art. 1217).

[26] CABALLERO LOZANO, J. Mª. (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 189 y 190.

[27] VAQUER ALOY, A. (1997) *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, 69 y 70.

[28] GARCÍA GOYENA, FL. (1974) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 594.

[29] Hemos visto que el Código Civil italiano habla de que la oferta sea hecha por persona que pueda válidamente cumplir (art. 1208.2); el Código Civil francés de que los ofrecimientos sean hechos por una persona con capacidad para pagar (at. 1258.2); y el Proyecto de Código Civil de 1851 decía: «Para que el ofrecimiento produzca efecto es necesario: 1.º Que se haga por persona legítima para hacer el pago» (art. 1108.1).

[30] CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I. (1978) *La mora,* Madrid, 96.

[31] CRISTÓBAL MONTES, A. (1986) *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 200-201: «en nuestro sistema, el tercero puede realizar el pago con conocimiento, sin noticia y aun contra la expresa voluntad del deudor (art. 1158 C.c.), y si puede cumplir la prestación debida no se alcanza a ver cómo se le puede prohibir o coartar la realización de un simple acto formal tendente a conformar un subrogado del cumplimiento, aunque solo fuera por simple apelación al principio *ad maiori ad minus*»; VAQUER ALOY, A. (1997) *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, 79: admite la legitimación del tercero salvo cuando la prestación tenga carácter personalísimo y atendiendo en todo momento a la infranqueabilidad del nivel de la designación de la prestación; LINARES NOCI, R. (1989) Algunas consideraciones sobre el ofrecimiento de pago, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 415 y ss; CANO MATA, A. (1969) La consignación, *A.D.C.*, 758-760; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1995) *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 189; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y VALLADARES RASCÓN, E. (1980) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVI, Vol. 1.º, 285; ALBALADEJO GARCÍA, M. (1994) *Derecho Civil*, T. II, vol. 1.º, *Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 156.

[32] El Código Civil italiano dice que la oferta sea hecha al acreedor capaz de recibir o a quien tiene la facultad de recibir por él (art. 1208.1); el Código Civil francés de que los ofrecimientos sean formulados al acreedor con capacidad para recibirlos, o a la persona que este hubiese apoderado para recibir (at. 1258.1); y el Proyecto de Código Civil de 1851 decía: Para que el ofrecimiento produzca efecto es necesario: 1.º Que se haga a quien tenga derecho para recibir el pago (art. 1108.1).

[33] Sentencias citadas por CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987) La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1359 y 1360.

[34] El artículo 163 del Código Civil establece: «Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a estos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar».

[35] El artículo 235 del Código Civil dispone: «Se nombrará un defensor judicial del menor en los casos siguientes:

1.º Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales, salvo en los casos en que la ley prevea otra forma de salvarlo.

2.º Cuando, por cualquier causa, el tutor no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona.

3.º Cuando el menor emancipado requiera el complemento de capacidad previsto en los artículos 247 y 248 y a quienes corresponda prestarlo no puedan hacerlo o exista con ellos conflicto de intereses».

[36] Mantienen que es válido el ofrecimiento hecho al mandatario: VAQUER ALOY, A. (1997) *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, 82, «Tanto si existe un mandatario, con independencia del alcance de sus poderes pero siempre que afecten la relación obligatoria en cuestión, como un tercero indicado para el pago, del mismo modo que el pago

será extintivo y liberatorio para el deudor, el ofrecimiento —rechazado— debe desplegar su variada eficacia y, entre otras consecuencias, el acreedor incurrirá en mora»; CABALLERO LOZANO, J. Mª. (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 200 y 201; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y VALLADARES RASCÓN, E. (1980) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVI, Vol. 1.º, 281.

[37] CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I. (1978) *La mora,* Madrid, 94 y 95, mantiene que «Si la solidaridad es de acreedores puede el deudor ofrecer y consignar la cosa objeto de la prestación a nombre de uno, algunos o todos los acreedores; lo que será indiferente a los efectos de constituir la mora del grupo acreedor en su conjunto y, en su caso, de extinguir la obligación, debido a que la relación interna entre acreedores permite cobrar a cualquiera de ellos en su nombre y en beneficio de los demás».

[38] VAQUER ALOY, A. (1997) *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, 82 y 83.

[39] VAQUER ALOY, A. (1997) *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, 83.

[40] El Código Civil italiano requiere para que la oferta sea válida: 3) que comprenda la totalidad de la suma o de la cosa debida, de los frutos, de los intereses y de los gastos líquidos, y una suma por los gastos no líquidos, con reserva de un suplemento, si es necesario (art. 1208. 3); el Código Civil francés establece que para que los ofrecimientos reales sean válidos, será necesario: 3.º Que sean por la totalidad del importe exigible, de los atrasos o intereses adeudados, de los gastos judiciales, y de un importe por los gastos no judiciales, salvo que ya hubiese sido hecho efectivo (art. 1258.3); y el Proyecto de Código Civil de 1851 decía: «Para que el ofrecimiento produzca efecto es necesario: 2.º Que comprenda la totalidad de la deuda líquida y exigible, con sus intereses o réditos vencidos si los hubiere» (art. 1108.2).

[41] Las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1946, 29 de abril de 1946, 9 de enero de 1950, 9 de febrero de 1950 y 11 de mayo de 1951, consideran que las consignaciones realizadas no son válidas al no incluir los intereses de las cantidades adeudadas.

[42] CABALLERO LOZANO, J.Mª. (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 208 y 209.

[43] VAQUER ALOY, A. (1997) *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, 85.

[44] SABATER BAYLE, E. (1989) Contribución al estudio de la mora del acreedor, *Actualidad Civil*, 2007.

[45] CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987) La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1363 y 1364.

[46] Así, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1956) *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 495-497; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y VALLADARES RASCÓN, E. (1980) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVI, Vol. 1.º, 282; LINARES NOCI, R. (1989) Algunas consideraciones sobre el ofrecimiento de pago, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 427. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987) La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1364, quien cita, por una parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1916, según la cual, no procede tener por bien hecha ni por eficaz la consignación, a fin de librar de responsabilidades a un deudor, cuando al hacerla se desconoce si lo consignado es lo debido en una o en varias obligaciones que nacieron sin convenio y las partes interesadas no están de acuerdo, ni los Tribunales competentes hicieron declaración previa sobe la existencia de la deuda, su cuantía y límites de lo que deba entregarse en pago al acreedor, porque, en tal supuesto, y así ocurre en el caso de autos, falta el elemento indispensable para que puedan declarase extinguidas aquellas obligaciones tan indeterminadas; y, por otra, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1950, según la cual, no reúnen las condiciones de los artículos 1176 y siguientes del Código Civil la entrega en el Juzgado de Paz de cantidades de dinero sin expresar concretamente a qué periodos de arrendamiento se referían, y sin previo aviso al acreedor, no menos puede darse valor jurídico de notificación de la consignación, ni siquiera a los efectos de la *mora accipiendi* que tratan las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1941 y 21 de junio de 1947, al que diera de palabra el Secretario del Juzgado al actor que habían dejado para él en el Ayuntamiento unos dineros sin liquidación alguna.

[47] En este sentido, VAQUER ALOY, A. (1997) *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, 92.

[48] RAMS ALBESA, J. (1982) *Las obligaciones alternativas*, Madrid, 280: «El no ejercicio por el acreedor-elector de su facultad no puede considerarse una forma especial de *mora accipiendi*».

[49] CABALLERO LOZANO, J.Mª. (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 213.

[50] En este sentido, DE LA CUESTA SAENZ, J.Mª. (1984) Las obligaciones alternativas, *Revista de Derecho Privado*, 18, mantiene que la solución más adecuada para nuestro Derecho es la contenida en los códigos alemán e italiano, consistente en el traspaso de la facultad de lección al deudor. En cambio, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I. (1978) *La mora,* Madrid, 96, mantiene que «Si la elección se pacta en beneficio del acreedor (art. 1132.1.º), el deudor solo podrá constituir la mora ‹‹accipiendi›› ofreciendo al acreedor todas las cosas que, disyuntivamente, puedan llegar a ser objeto de la prestación, si bien deberá consignar solo aquella sobre la que haya recaído la elección. Si esta no se realizare después del ofrecimiento, el deudor solo podrá liberarse de la obligación, consignando todas las cosas que, alternativamente, sean objeto de la prestación».

[51] CABALLERO LOZANO, J.Mª. (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 1992, 215.

[52] Sin embargo, el Código Civil italiano en su artículo 1208 establece que es necesario para que la oferta sea válida: 5) que se haya verificado la condición de la cual depende la obligación; el Código Civil francés establece en su artículo 1258 que para que los ofrecimientos reales sean válidos, será necesario: 5.º Que se haya cumplido la condición bajo la que se hubiese contraído la deuda; y el Proyecto de 1851 en su artículo 1108-3 establecía que para que el ofrecimiento produzca efecto es necesario... que esté cumplida la condición, si la obligación fuere condicional.

[53] En parecidos términos se pronuncia CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I. (1978) *La mora,* Madrid, 97 y 98: «de las obligaciones condicionales debe decirse que si se trata de condición suspensiva el deudor no está obligado a satisfacer la prestación, ni el acreedor a recibirla, hasta que la condición se cumpla; lo que supone que, desde entonces, la obligación se convierte en pura, sin ninguna especialidad por razón de la condición impuesta. Cuando se impone a la obligación una condición resolutoria, el deudor puede ofrecer la prestación y crear, así, la mora ‹‹accipiendi››, a reserva de que los efectos que esta produzca queden convalidados en el caso de que la condición resolutoria no se cumpla».

[54] En igual sentido se pronuncia el Código Civil italiano en su artículo 1208, al establecer que para que la oferta sea válida se requiere: 4) que el término haya vencido, si se estipulo en favor del acreedor; y el Código Civil francés cuando establece en su artículo 1258 que: Para que los ofrecimientos reales sean válidos, será necesario: 4.º Que el plazo, si hubiese sido estipulado a favor del acreedor, haya vencido.

En relación al artículo 1108 del Proyecto de Código Civil de 1851 mantiene CABALLERO LOZANO, J.Mª. (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 218-219, que «Esta regla se refiere a un tipo de término muy concreto: primero, es un término de vencimiento de la obligación, no de eficacia del vínculo, pues afecta no a la existencia de la obligación, sino a su fase de cumplimiento; segundo, es un término inicial, es decir, de aquellos a partir de los cuales comienza el periodo de cumplimiento de la obligación; por último, el término es en interés exclusivo del acreedor».

[55] En este sentido VAQUER ALOY, A. (1997) *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, 95: «Por lo que hace al término, este se presume establecido en favor de acreedor y deudor, de modo, que salvo que se haya pactado diversamente, el deudor no puede obligar al acreedor a recibir antes del vencimiento, lo que significa una nueva justa causa de rechazo». También, CABALLERO LOZANO, J.Mª. (1992) *La mora del acreedor,* Barcelona, 219-220, mantiene que si el deudor ha hecho el ofrecimiento de pago antes del día señalado, el acreedor no incurre en mora cuando el plazo se haya puesto en favor del acreedor o en favor del acreedor y deudor; en cambio, incurrirá en mora, si el término se ha puesto en favor del deudor.

[56] VAQUER ALOY, A. (1997) *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, 102 y 103.

[57] En relación a esta norma del Código Civil italiano, mantiene SABATER BAYLE, E. (1989) Contribución al estudio de la mora del acreedor, *Actualidad Civil*, 2011: que «cabe encontrar una manifestación del principio de *favor creditoris*, que no es posible adaptar a nuestro Ordenamiento positivo, dado que el C.C., en relación con el lugar de pago, formula

con carácter general —pero dispositivo— el principio contrario de *favor debitoris* en el artículo 1171 i.f., si bien con ciertas excepciones y matices en cuanto a las obligaciones de dar cosa determinada».

[58] En cambio, el Proyecto de Código Civil de 1836 en el artículo 1919.4 establecía que el ofrecimiento de pago «se verifique en el lugar indicado para el pago».

[59] DE DIEGO LORA, C. (1952) *La consignación judicial*, Barcelona, 41

[60] PASCUAL ESTEVILL, L. (1986) *El pago*, Barcelona, 364.

[61] CABALLERO LOZANO, J. Mª. (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 229.

[62] El parágrafo 293 del BGB establece que el acreedor incurre en mora si no acepta la prestación que se le ofrece.

[63] El artículo 91 del Código Civil de las Obligaciones establece que el acreedor se constituye en mora cuando rehúsa, sin motivo legítimo aceptar la prestación que se le ofrezca en debida forma, o realizar los actos preparatorios que le incumban y sin los que el deudor puede cumplir su obligación.

[64] El artículo 1206 del Código Civil italiano establece que el acreedor incurre en mora cuando, sin motivo legítimo, no recibe el pago ofrecido en el modo establecido en los artículos siguientes o no realiza lo necesario para que el deudor pueda cumplir la obligación.

[65] El artículo 813 del Código Civil portugués establece que el acreedor incurre en mora cuando, sin motivo justificado, no acepta la prestación que le es ofrecida en los términos legales o no realiza los actos necesarios para el cumplimiento de la obligación.

[66] CASTÁN TOBEÑAS, J. (1978) *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. III, 206.

[67] ALBALADEJO GARCÍA, M. (1994) *Derecho Civil*, T. II, vol.1.º, *Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 149.

[68] DÍEZ PICAZO, L. (1996) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 600-601.

[69] LACRUZ BERDEJO, J.L. y OTROS, (1985) *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1.º, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, 252.

[70] VAQUER ALOY, A. (2019) *El ofrecimiento del pago*, Argentina, 96.

[71] Esta sentencia ha sido comentada por CALZADA CONDE, Mª. A. (1985) Comentario a la Sentencia de 22 de noviembre de 1985, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 9.

[72] Esta sentencia ha sido comentada por RUBIO TORRANO, E. (1986) Comentario a la Sentencia de 30 de mayo de 1986, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 11.

[73] DÍEZ PICAZO, L. (1981) *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 460.

[74] DÍEZ PICAZO, L. (1981) *Sistema de Derecho Civil,* vol. I, Madrid, 460.

[75] Sentencia comentada por GETE ALONSO, Mª. C. (1987) Comentario a la Sentencia de 3 de diciembre de 1987, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 15.

[76] CABALLERO LOZANO, J.Mª. (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 99 y 100.

[77] CABALLERO LOZANO, J.Mª. (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 116.

[78] GONZÁLEZ PORRAS, J.M. (1991) Comentario al artículo 1187, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XVI-1.º, Madrid, 382.

[79] LAMARCA MARQUÉS, A. (2001) *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia, 62 y 63.

[80] VAQUER ALOY, A. (1997) *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, 26.

[81] DÍEZ PICAZO, L. (1996) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 122.

[82] CRISTÓBAL MONTES, A. (1990) *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, 93-995.

[83] Mantienen que el acreedor tiene la carga de cooperar al cumplimiento, en la doctrina española, VAQUER ALOY, A. (1997) *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, 27 y ss; LAMARCA MARQUÉS, A. (2001) *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia, 64 y sigs. En la doctrina italiana, CATTANEO, G. (1964) *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 50, 56 y 57; STELLA, G. (1993) La mora del creditore, *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, 112. En la doctrina alemana, SCHLECHTRIEM, P. (1994) *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Tübigen, 178.

[84] CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987) La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1375, nota 106; también, en *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*, Madrid, 1988, 45.

[85] GETE ALONSO, Mª.C. (1987) Comentario a la Sentencia de 3 de diciembre de 1987, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 15, 5253.

[86] FALZEA, A. (1947) *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milán, 46 y sigs.

[87] CRISTÓBAL MONTES, A. (1990) *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, 99-100.

[88] CATTANEO, G. (1973) La mora del creditore, en *Commentario del Codice Civile*, dirigido por A. Scialoja y G. Branca, Bolonia-Roma, 94; VISSINTINI, G. (1986) La mora creditore, en *Trattato de Diritto Privato*, dirigido por P. Rescigno, V. 9, T. 1.º, Turín, 135.

[89] CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987) La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1385 y 1387, mantiene que «Sin embargo, esta conclusión no deja de ser sorprendente si se tiene en cuenta numerosos textos del Digesto que ponen en evidencia las profundas diferencias existentes entre la mora del deudor y la mora del acreedor, y lo discutible que es afirmar que esta se basa necesariamente en la culpa del acreedor»....»Tampoco es claro que en el Derecho común se señalase unánimemente que la culpa es un presupuesto de la *mora creditoris*, justificándose así que tanto la mora del acreedor como la del deudor derivan del incumplimiento culpable».

[90] PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J. (1954) *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus y Lehmann*, vol. 1.º, Barcelona, 297.

[91] ALBALADEJO GARCÍA, M. (1994) *Derecho Civil*, T. II, vol. 1.º, *Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 150.

[92] DÍEZ PICAZO, L. (1996) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 601.

[93] LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, (1985) *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1.º, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, 253.

[94] CASTÁN TOBEÑAS, J. (1978) *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. III, 206

[95] CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987) La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1389. CABALLERO LOZANO, J.Mª. (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 1992, 135 y sigs.

[96] MOREU BALLONGA, J.L. (2006) El artículo 1452, párrafo 3.º, del Código Civil y la mora del acreedor, en *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, 526.

1.6. Responsabilidad civil

La declaración de imprescriptibilidad de la responsabilidad civil derivada de una condena penal firme

The declaration of imprescriptibility of civil liability derived from a final criminal conviction

por

JUAN DUEÑAS MARTÍNEZ

Doctorando y PDI en la Universidad Rey Juan Carlos.
Miembro del Grupo de investigación consolidado en Responsabilidad Civil Extracontractual de la Universidad Rey Juan Carlos.

RESUMEN: El presente artículo versa sobre la controversia creada por la promulgación por la Sala Penal del Tribunal Supremo de la Sentencia 607/2020 de 13 de noviembre y la declaración en la misma, de que la responsabilidad civil derivada de una condena penal firme no prescribe hasta la completa satisfacción de la obligación civil. En este sentido, el Tribunal Supremo ha priorizado la reparación completa de la víctima y ha valorado las complejidades que existen en el proceso penal, para inaplicar el instituto de la prescripción extintiva.

ABSTRACT: This article deals with the controversy created by the promulgation by the Criminal Chamber of the Supreme Court of Judgment 607/2020 of November 13 and the declaration therein, that the civil liability derived from a final criminal conviction does not prescribe until the complete satisfaction of the civil obligation. In this sense, the Supreme Court has prioritized the complete reparation of the victim and has assessed the complexities that exist in the criminal process, in order to not apply the institute of extinctive prescription.

PALABRAS CLAVES: Prescripción extintiva. Víctima. Responsabilidad civil *ex delicto*.

KEY WORDS: Extinctive prescription. Victim. Ex-criminal civil liability.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*.—III. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA.—IV. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CUANDO HAN EXISTIDO DILIGENCIAS PREVIAS PENALES. 1. Finalización del proceso penal con sentencia no condenatoria. 2. Finalización del

PROCEDIMIENTO CON SENTENCIA CONDENATORIA.—V. EL *DIES A QUO* DE LA PRESCRIPCIÓN CUANDO HAN EXISTIDO DILIGENCIAS PREVIAS PENALES.—VI. LA STS (SALA DE LO PENAL, SECCIÓN PLENO) 607/2020 DE 13 DE NOVIEMBRE *(RJ* 2020, 5361): LA DECLARACIÓN DE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE UNA CONDENA PENAL FIRME. —VII. TOMA DE POSTURA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección Pleno) 607/2020 de 13 de noviembre *(RJ* 2020, 5361) ha generado una gran controversia en la doctrina civilista por su declaración de la imprescriptibilidad de la responsabilidad civil derivada de una condena penal firme.

En el presente trabajo se hará un análisis de la mencionada sentencia. Para ello, en primer lugar, se hará un breve estudio de la naturaleza de la responsabilidad civil *ex delicto*. Esta es una cuestión que parece superada por la doctrina civilista que niega que exista una responsabilidad civil derivada del delito, sino que la obligación de reparar nace de la producción de un daño. La presente sentencia funda su fallo, en especial, en la protección de la víctima, postura más propia de sistemas de Justicia Restaurativa o de la Victimología, cuyos teóricos declaran la naturaleza mixta de la responsabilidad civil *ex delicto*.

En segundo lugar, se procederá al análisis del instituto de la prescripción. Para ello, se realizará un estudio del fundamento y la naturaleza de la prescripción extintiva. Debemos tener en cuenta que la sentencia aquí analizada antepone la reparación completa de la víctima por encima de la figura de prescripción, aplicando el artículo 570 LEC y declarando que la obligación civil solo se extinguirá con la completa satisfacción del acreedor.

En tercer lugar, se analizará la cuestión de la prescripción cuando han existido diligencias previas penales. Este tema ha sido analizado por la jurisprudencia y la doctrina, no habiendo una posición unánime. La controversia se ha centrado en la aplicación del plazo de prescripción, de uno o cinco años, cuando el proceso penal ha finalizado y posteriormente, se ha iniciado un nuevo proceso civil para resolver la reparación del daño causado. En relación con el *dies a quo* la posición doctrinal sí ha mostrado una posición pacífica, admitiéndose por la doctrina iusprivativista que el plazo de prescripción comienza desde que la resolución que pone fin al proceso penal adquiere firmeza, y más concretamente, cuando es comunicada a las partes.

Por último, se realizará un profundo estudio de los fundamentos del derecho sobre los que se sustenta el fallo de la STS (Sala de lo Penal, Sección Pleno) 607/2020 de 13 de noviembre *(RJ* 2020, 5361) y la protección de la víctima que, en este caso, se ha superpuesto a la institución de la prescripción, finalizando el trabajo con una toma de postura sobre el caso.

II. LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*

En nuestro país, las normas de responsabilidad civil se encuentran recogidas, tanto en el Código Civil, como en el Código Penal, formando una dualidad normativa que no ha estado exenta de críticas dentro de la doctrina[1].

La razón de la existencia de las normas de responsabilidad civil dentro del Código Penal se ha justificado debido a las dificultades que tuvo la promulgación del Código Civil que no se logró aprobar hasta el año 1889. La tardanza en la aprobación del Texto Civil se debió, en especial, a la cuestión foral[2] cuando, por el contrario, en el año 1822 España aprobó su primer Código Penal. Con la promulgación del Código Penal de 1948[3] se introdujeron algunas normas de responsabilidad civil, hecho que continuó en los Códigos Penales sucesivos incluido el actual vigente desde el año 1995; pues el hecho es que con la aprobación del Código Civil en 1889, lejos de producirse la derogación de las normas de responsabilidad civil contenidas en el Código Penal, se produce una remisión por parte del Código Civil al Código Penal para la reparación del daño cuando el hecho causante ha sido tipificado como delito (art. 1092)[4].

Estas cuestiones históricas producen como resultado que, en la actualidad, exista en España una dualidad normativa en materia de responsabilidad civil. Por un lado, la normativa del Código Civil en los artículos 1902-1910 del Código Civil y, por otro lado, las normas de responsabilidad civil contenidas en el Código Penal que se establecen en los artículos 109 a 122 del Código Penal . Este hecho ha sido ampliamente criticado por la doctrina civilista[5]. Especialmente crítico ha sido el autor YZQUIERDO TOLSADA[6], quien ha señalado en diferentes obras el error de la dualidad normativa y la inseguridad jurídica que genera esta doble regulación.

Según el artículo 100 LECrim «de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible». Por su parte, el artículo 116.1 del Código Penal señala que «toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios». Esto se conoce como la responsabilidad civil *ex delicto*.

La posición de la doctrina civilista y mayoritaria penalista afirma que la naturaleza de la responsabilidad civil derivada del delito es privada; de hecho, gran parte de la doctrina iusprivativista ha negado la diferente naturaleza de la denominada responsabilidad civil *ex delicto*. En este sentido, han destacado los autores PANTALEÓN PRIETO[7] o YZQUIERDO TOLSADA[8]. Estos relevantes civilistas han defendido que de un acto delictivo únicamente deriva responsabilidad criminal; en cambio, la responsabilidad civil nace de la generación de un daño que debe ser resarcido y puede ser causa de un acto penado como delito o no, debiendo repararse aquellos daños causados por acciones que aun no tipificadas como delitos, han sido causadas mediando culpa o negligencia del causante del daño (art. 1089 CC)[9]. Por último, en relación con este asunto, la doctrina mayoritaria civil ha reclamado, por un lado, la derogación de las normas de responsabilidad civil contenidas en Código Penal y, por otro lado, la unificación de las normas de responsabilidad civil en el Código Civil[10].

La jurisprudencia ha seguido la misma línea que la doctrina mayoritaria, sosteniendo que «la llamada responsabilidad civil *ex delicto* no es diferente de la responsabilidad civil extracontractual», postura que defiende en la STS (Sala de lo Penal) de 10 de octubre de 2006 *(RJ* 2006, 7705); y que ha sido seguida por otras Sentencias de la misma Sala que han continuado estableciendo que «la acción civil «*ex delicto*» no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal». En la misma línea, véanse las SSTS (Sala de lo Penal) 394/2009, de 22 de abril *(RJ* 2009, 2951); 758/2016, de 13 de octubre *(RJ* 2016, 4910); o de forma más reciente en el Caso Prestige STS (Sala de lo Penal) 668/2018 de 19 de diciembre *(RJ* 2018, 5876) o la STS (Sala de lo Penal) 2438/2019 de 10 de julio *(RJ* 2019, 3505).

Frente a la posición mayoritaria, destaca la posición de los penalistas QUINTERO OLIVARES[11], GALAÍN PALERMO[12] y HORTAL IBARRA[13] que han defendido la naturaleza mixta de la responsabilidad civil *ex delicto*. El fundamento de esta posición radica en primer lugar, en que todas las normas que forman parte del Código Penal deben cumplir la función propia que tiene el Derecho Penal. En segundo lugar, deben tenerse en cuenta los beneficios penales que obtiene el reo si repara el daño causado; en especial, la atenuante contenida en el artículo 21.5 del Código Penal, además de la suspensión condicional (art. 81 y sigs. CP) y la sustitución de las penas privativas de libertad (art. 88 CP). Para finalizar con esta cuestión, añade el autor HORTAL IBARRA[14] que el ejercicio de la acción de responsabilidad civil, por parte del Ministerio Fiscal en el proceso penal solo puede justificarse desde la perspectiva del interés general, debiendo considerarse la responsabilidad civil derivada del delito como una figura de interés público.

En mi opinión, esta cuestión cobra especial relevancia en la actualidad con la integración de los modelos de Justicia Restaurativa y los estudios de Victimología y Criminología que cada vez son más frecuentes y con la aprobación en el año 2015 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. La importancia de colocar a la víctima en el centro del proceso y la necesidad de ofrecerle una reparación plena, que no siempre tiene por qué basarse únicamente en una cuestión pecuniaria. Todo ello, puede llevar a admitir una naturaleza mixta de la responsabilidad civil *ex delicto*, si ello es preciso, para admitir la integración de nuevos modelos que ayuden a la total reparación de la víctima; es decir, la inclusión de modelos de Justicia Restaurativa, en especial la mediación penal, que sirva para dar una reparación más completa y rápida para la víctima del delito.

III. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

El capítulo III del título XVIII del libro IV del Código Civil, bajo el título «de la prescripción de las acciones» comienza afirmando en el artículo 1961 del Código Civil que «las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la ley». La doctrina civilista ha mostrado su negativa a la interpretación literal de este precepto. Por un lado, los autores DÍEZ-PICAZO[15] y ALBALADEJO[16] han defendido que prescribe «la facultad de exigir» por el titular del derecho su cumplimiento; o, dicho de otra forma, la potestad del sujeto pasivo para denegar el cumplimiento de su obligación. En un sentido similar, el autor BUSTOS PUECHE[17] ha sostenido que «el mero transcurso del tiempo no determina la prescripción de acción alguna: solamente es verdad si el beneficiario de aquella la hace valer».

En efecto, la falta de apreciación de oficio por parte de los Tribunales hace que la apreciación de esta figura necesite de su petición por parte del sujeto pasivo, que deberá solicitar que su obligación se declare extinguida. En este sentido, puede verse la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 111/2005 de 24 de febrero *(RJ* 2005, 4035); o la SAP Álava (Sección 1.ª) 362/2016 de 17 de noviembre (*JUR* 2017, 15101). Estas sentencias declaran que la prescripción es una cuestión de fondo, solo pudiendo ser alegada por la parte interesada en el momento procesal oportuno[18].

El fundamento del instituto de la prescripción extintiva radica en la seguridad jurídica general, castigándose la inacción por parte del titular del derecho; pues, en caso contrario, los poderes públicos deberían proteger de forma indefinida los derechos de los titulares que no los ejercitan; considerándose que el ejercicio de los derechos por parte de su titular pasado un largo periodo de tiempo puede resultar abusivo[19]. En este sentido, sostiene ALBALADEJO[20] que «en aras de seguridad

jurídica, es preferible correr el riesgo de que la use injustamente una persona, a dejar expuestas a todas a reclamaciones viejas, de cuya legitimidad o ilegitimidad es difícil estar seguro por el tiempo transcurrido». En este sentido, el instituto de la prescripción se configura a través del principio de aplicación restrictiva[21].

De forma reiterada la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha señalado «tanto la caducidad como la prescripción no tienen su fundamento en razones de estricta justicia, sino en criterios de seguridad jurídica anclados en la presunción de abandono de un derecho por titular, lo que obliga a una interpretación restrictiva». (Véase la STS [Sala de lo Penal, Sección Pleno] 607/2020 de 13 de noviembre *[RJ* 2020, 5361] o el auto del Tribunal Supremo [Sala de lo Penal, Sección 1.ª] de 16 de diciembre de 2020 *[JUR* 2021, 3154]).

En la misma línea, puede verse también jurisprudencia de la Sala Civil del Alto Tribunal, véase la STS de 12 de junio de 1990 *(RJ* 1990, 4757) o de forma más reciente las SSTS 287/2019 de 23 de mayo. *(RJ* 2019, 2116); o 182/2021 de 30 de marzo *(RJ* 2021, 1481).

A pesar del principio de aplicación restrictiva y de lo breve que pueden resultar los plazos en el caso de la aplicación del artículo 1968.2 del Código Civil, la jurisprudencia ha señalado que no cabe ningún periodo de gracia. Véase en este sentido, el Fundamento de Derecho Cuarto de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 199/2014 de 2 de abril *(RJ* 2014, 2162):

«Una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico (SSTS de 22 de febrero de 1991 *[RJ* 1991, 1588]; 16 de marzo de 2010 *[RJ* 2010, 2398]). El plazo prescriptivo es improrrogable y lo propio sucede con los iniciados en virtud de interrupciones anteriores como es el caso, y sería contrario a la seguridad jurídica distinguir entre pequeñas y grandes demoras, algo que no tiene el mínimo apoyo legal ni jurisprudencial, por lo mismo que siempre se ha negado la posibilidad de interpretación extensiva de los supuestos de interrupción (SSTS de 17 de abril de 1989; 26 de septiembre de 1997 *[RJ* 1997, 6862]; 26 de febrero de 2002 *[RJ* 2002, 3204]; 16 de marzo de 2010 *[RJ* 2010, 2398] y 29 de febrero de 2012 *[RJ* 2012, 5268], entre otras)»[22].

Como establece la mencionada Sentencia, el plazo de prescripción previsto en el punto 2 del artículo 1968 del Código Civil[23] es excesivamente breve; de hecho, la doctrina mayoritaria[24] ha señalado que el plazo debería ampliarse hasta los 3 años. Así lo han acogido proyectos de textos legales nacionales (véase el art. 612-1 Propuesta de Código Civil de la Asociación de profesores de Derecho Civil)[25] y supranacionales que han fijado ese plazo propuesto (véase el art. 14:201 PECL y el art. III-7:201 DCFR)[26]. A pesar de ello, mientras el legislador no acometa los cambios demandados por la doctrina, el instituto de la prescripción debe ser interpretado de forma restrictiva para respetar el fundamento de seguridad jurídica.

Por otra parte, la prescripción extintiva ha encontrado su fundamento en el castigo al titular del derecho que no lo ha utilizado. En este sentido, se han pronunciado los civilistas ALBALADEJO[27] o DÍEZ-PICAZO[28]; si bien, en la doctrina no existe una posición pacífica y, entre otros, el autor BUSTOS PUECHE[29] ha señalado que esta idea se encuentra ya abandonada. A pesar de ello, la línea jurisprudencial vigente ha continuado fundamentando el instituto de la prescripción desde una opinión subjetiva, puede verse en este sentido, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) 414/2015 de 6 de julio *(RJ* 2015, 3584):

«Muy certeramente se suele destacar que la prescripción en materia civil adquiere su efectividad por vía de excepción, apostando, en la filosofía de su instauración, por la idea de sanción al negligente, presunción de incuria o abandono, radicando en ello el viejo apotegma *"contra non valentem agere, non currit praescriptio"*»[30].

En relación con la naturaleza de la prescripción extintiva, el autor BUSTOS PUECHE[31] ha sostenido que nos encontramos ante una figura propia del Derecho Privado y su naturaleza es privada, incidiendo en la autonomía privada de las partes. En este sentido, es el obligado al cumplimiento de la obligación quien debe solicitar al Tribunal su apreciación. Consistiendo esta figura en «un medio de defensa a disposición del sujeto», como han señalado los autores SERRANO ALONSO[32] o BUSTOS PUECHE[33].

Por último, debe tenerse en cuenta que no todas las acciones prescriben por el paso del tiempo; así, por ejemplo, no prescribe la acción para pedir la partición de la herencia entre coherederos (art. 1965 CC) o la acción de nulidad por abusividad de las condiciones generales[34]. La admisión de la imprescriptibilidad en estos casos no es contraria a la seguridad jurídica, sino que es admitida por nuestro Ordenamiento.

IV. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CUANDO HAN EXISTIDO DILIGENCIAS PREVIAS PENALES

Cuando una causa se encuentra abierta en un proceso penal, este hecho impedirá que los tribunales civiles puedan conocer de la causa hasta que finalice el proceso criminal, tal y como establece el artículo 111 y el primer párrafo del artículo 114 LECrim[35].

El inicio del proceso criminal supone la interrupción del plazo de prescripción de la acción civil, hasta la finalización del proceso penal, reiniciándose el *dies a quo* con la notificación del fin del proceso criminal, al titular de la acción de responsabilidad civil[36]. En esta línea, puede verse la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo en las siguientes SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 199/2014 de 2 de abril *(RJ* 2014, 2162); 47/2013 de 19 de febrero *(RJ* 2013, 4592); 112/2015 de 3 de marzo *(RJ* 2015, 712); o de forma más reciente, la STS (Sala de lo Civil) 559/2021 de 22 de julio *(RJ* 2021, 3661)[37]. Según la jurisprudencia, la mera denuncia interrumpe el plazo de prescripción, aun siendo la misma jurídicamente irrelevante, al tener el denunciado menos de 14 años, admitiéndose que el *dies a quo* comienza desde la notificación a la perjudicada del archivo de la causa penal (STS [Sala de lo Civil, Sección 1.ª] 721/2016 de 5 de diciembre *[RJ* 2016, 6310])[38].

La acción de reclamación de la responsabilidad *ex delicto* tiene un plazo de prescripción independiente de la responsabilidad criminal en la que pudiera incurrir el responsable. La jurisprudencia más reciente ha establecido que deben aplicarse plazos de prescripción distintos, según se haya producido una condena penal o el proceso criminal hubiera finalizado con sentencia no condenatoria.

1. Finalización del proceso penal con sentencia no condenatoria

Cuando el proceso penal finaliza sin sentencia condenatoria, el plazo de prescripción es de un año (1968 CC). Como señala el autor YZQUIERDO TOLSADA[39]:

«la lógica dice que no hay delito ni responsabilidad civil nacida del mismo si no media una sentencia penal condenatoria». Así debe interpretarse de la lectura del artículo 1093 del Código Civil que redirige a los daños causados por acciones u omisiones en la que interviniendo culpa o negligencia no estén tipificadas como delito a los artículos 1902-1910 del Código Civil (capítulo II del título XVI del libro IV CC)[40]. En la misma línea, los juristas MAGRO SERVET[41] y ROCA AGAPITO[42] han demandado el plazo de aplicación de prescripción previsto en el artículo 1968 del Código Civil para aquellos casos en los que el proceso haya finalizado con «con sentencia absolutoria o con auto de sobreseimiento con declaración de hechos no punibles».

En este sentido, puede verse la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que ha establecido que en los casos en los que no haya recaído sentencia condenatoria, se aplicará el plazo de prescripción de un año contenido en el artículo 1968.2 del Código Civil, en relación con el artículo 1902 del Código Civil, en el que se basará la posterior reclamación civil del perjudicado. [SSTS 34/2004 de 31 de enero *(RJ* 2004, 444)[43]; 10/2009 de 23 de enero *(RJ* 2009, 1269)[44]; o la reciente STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 339/2020 de 23 de junio *(RJ* 2020, 2200)[45]].

Se exceptúan aquellos casos en los que la acción interpuesta en el proceso civil confiera un plazo especial como ocurre en el caso del ejercicio de la acción del cobro de lo indebido, regulada en el artículo 1895 del Código Civil, cuyo plazo para el ejercicio de la acción en el proceso civil será el previsto en el artículo 1964 del Código Civil (STS [Sala de lo Civil, Sección 1.ª], 27/2019 de 17 de enero *[RJ* 2019, 84]).

A continuación, vamos a analizar casos concretos, cuyo plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil, una vez ha finalizado el proceso criminal genera una gran controversia. Estos casos son el indulto, el fallecimiento del reo y la demencia sobrevenida del delincuente.

En primer lugar, en los casos de indulto la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha determinado el plazo de prescripción para las acciones personales, previstas en artículo 1964 del Código Civil. En este sentido, según la STS (Sala Civil) de 4 de julio de 2000 *(RJ* 2000, 5924)[46]:

«Sabido es que el indulto comporta el perdón del delito, mas no de sus consecuencias civiles, como también que, para la acción derivada del hecho delictivo, el plazo de prescripción es el de quince años establecido en el artículo 1964 del Código Civil para las personales que no tengan señalado uno especial, y no el de un año de la nacida de culpa extracontractual»[47].

Y ello porque como expone la sentencia, el auto de archivo con causa en el indulto, no omite que el hecho delictivo no se produjera, ni que el proceso penal no fuera a finalizar con sentencia condenatoria, sino que es una medida de gracia que comporta el perdón del acusado[48].

En segundo lugar, otro plazo de prescripción controvertido ha sido el señalado para los casos de sobreseimiento por muerte del reo. En este sentido, la STS (Sala de lo Civil) de 7 de diciembre de 1989 *(RJ* 1989, 8806)[49] estableció que a estos supuestos debe de ser aplicable el plazo contenido en el artículo 1964.2 del Código Civil:

«Pues de no entenderlo así se llegaría al absurdo de hacer de peor condición al perjudicado por consecuencia de un hecho delictivo que no fue enjuiciado por impedirlo una causa legal, que aquel que genera responsabilidad civil por producirse el enjuiciamiento del hecho delictivo en el ámbito penal».

En los últimos años, esta línea jurisprudencial ha continuado, pudiendo verse su aplicación por la Audiencia Provincial de La Coruña (SAP A Coruña [Sec-

ción 4.ª] 86/2010 de 25 de febrero *[AC* 2010, 919])[50]. En este caso, el Tribunal aplicó el plazo contenido en el artículo 1964 del Código Civil tras el archivo de la causa penal a consecuencia del suicidio del presunto culpable (art. 115 LECrim)[51].

En tercer lugar, y al contrario que en el caso de sobreseimiento por muerte del reo. En el caso de sobreseimiento por demencia sobrevenida del delincuente se ha aplicado el plazo de un año previsto en el artículo 1968.2 del Código Civil. En este sentido, puede verse la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 148/2015 de 27 de marzo *(RJ* 2015, 2688)[52].

En los últimos años, en los casos de demencia sobrevenida, la jurisprudencia ha sido pacífica y los Tribunales han indicado que, cuando no exista sentencia condenatoria, para el computo del plazo para el ejercicio de las acciones civiles en un posterior proceso civil, el plazo de prescripción es de un año. Véase en este sentido, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 661/2017 de 12 de diciembre *(RJ* 2017, 5410). En este caso, la Sala Primera del Tribunal Supremo resuelve un caso en el que una paciente que «padecía un trastorno depresivo y un trastorno bipolar con síntomas psicóticos» se suicidó estando ingresada en una clínica psiquiátrica. La Sala de lo Civil determinó que el plazo de prescripción, tras el auto de sobreseimiento, para el ejercicio de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios por los perjudicados es de un año aplicándose el artículo 1968. 2 del Código Civil.

Por último, en el caso de renuncia por parte del denunciante a continuar con el ejercicio de la acción penal, en un proceso ya comenzado, pero sin sentencia condenatoria, se ha determinado la aplicación del plazo de prescripción contenido en el artículo 1968.2 del Código Civil, para el ejercicio de la acción civil. En este sentido, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha resuelto el caso seguido por la reciente STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 92/2021 de 22 de febrero *(RJ* 2021, 486) aplicando el plazo de 1 año de prescripción tras el auto de archivo del procedimiento penal, continuando la actora con una reclamación extrajudicial.

2. Finalización del procedimiento con sentencia condenatoria

Cuando el proceso criminal finaliza con sentencia condenatoria, sin que el perjudicado haya realizado expresa reserva de acciones civiles o haya renunciado a su pretensión civil, se entenderá que el juez penal conocerá también de la pieza civil del proceso, tal y como establece el artículo 112 LECrim. Esta circunstancia ha sido denominada por la doctrina como «competencia civil adhesiva»[53]. El propio precepto reconoce la posibilidad que tiene la víctima de realizar una reserva de acciones civiles, para ejercitarlas en un posterior proceso civil. Estas serán resueltas por un juez civil, pero este tendrá que aplicar la normativa de responsabilidad civil contenida en el Código Penal (arts. 109-122 CP). Además, puede darse el supuesto de que el perjudicado pretenda demandar a uno o varios responsables civiles que no fueron parte en el proceso penal (por ejemplo, en el proceso criminal puede no haberse llamado a las aseguradoras[54] o a posibles responsables civiles subsidiarios)[55], salvo prescripción de la acción civil.

En estos supuestos, desde la finalización del proceso penal con la sentencia condenatoria y su notificación al titular de las acciones civiles, comienza a computar el plazo de prescripción, que la jurisprudencia ha marcado que debe ser el plazo de 5 años contenido en el artículo 1964.2 del Código Civil, relativo a las acciones personales sin plazo especial[56].

El plazo de prescripción general para estos supuestos ha sido aplicado por la Sala Civil del Tribunal Supremo, en la STS (Sala de lo Civil) 287/2019 de 23 de mayo *(RJ* 2019, 2116)[57], según la cual: «para aplicar la acción *ex delicto* se requiere la existencia de condena y no en los supuestos tanto de absolución, sobreseimiento, como archivo, al resultar precisa declaración penal al efecto»[58].

A pesar de que la postura jurisprudencial parece unánime, la doctrina no ha mostrado una posición conjunta diferenciándose dos posiciones. Por un lado, una postura que sigue la línea jurisprudencial antes expuesta, frente a otra que defiende la aplicación del artículo 1968.2 del Código Civil independientemente de si ha existido sentencia condenatoria o no.

En línea con la jurisprudencia de la Sala de lo Civil, puede verse al autor REGLERO CAMPOS[59], quien sostuvo:

«A mi juicio, la aplicación del plazo del artículo 1964 del Código Civil solo puede sostenerse sobre la base de que siendo presupuesto de la obligación de indemnizar la declaración de responsabilidad del dañante, el plazo de prescripción del artículo 1968.2.º se refiere fundamentalmente a la acción dirigida a esa declaración». Siguiendo esta postura, el perjudicado, una vez finalizado el proceso penal, es poseedor de una acción de pretensión resarcitoria, que ya ha sido declarada en el proceso penal[60]. El propio REGLERO CAMPOS[61] matizó que lo que no puede justificarse es admitir sin matices el plazo de prescripción general, cuando el proceso penal ha finalizado con sentencia condenatoria y en cambio, establecer el plazo de prescripción de un año previsto en el artículo 1968.2 del Código Civil, cuando por causas ajenas a la culpabilidad o no del encausado el proceso ha finalizado sin condena penal (muerte del reo, indulto, amnistía, etc.).

En la misma línea, puede verse a otros juristas como MAGRO SERVET[62], ROCA DE AGAPITO[63] o PÉREZ CEBADERA[64], quienes han sostenido la aplicación del plazo de cinco años, en los casos de la interposición por parte del perjudicado de la acción *ex delicto,* fundamentando su postura en que se trata de una acción personal, que no tiene un plazo especial de prescripción.

Pero esta postura no es unánime y autores como ALBALADEJO[65] e YZQUIERDO TOLSADA[66] han sido críticos con esta línea doctrinal y jurisprudencial, argumentando que a la reserva de acciones civiles debe ser aplicable el plazo de prescripción de la responsabilidad civil extracontractual prevista en el artículo 1968.2 del Código Civil. En este sentido, YZQUIERDO TOLSADA sostiene que «la sentencia es declarativa de una responsabilidad civil que nació con el hecho dañoso y no más tarde». El propio autor ha defendido que cuando el perjudicado ejercita su acción civil de forma separada al procedimiento penal, independientemente del resultado del proceso, el plazo debe ser el contenido en el artículo 1968.2 del Código Civil, pese a destacar la brevedad del plazo[67].

En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aplicado el plazo de prescripción previsto en el artículo 1964.2 del Código Civil, para el ejercicio por parte del perjudicado de la acción de responsabilidad civil *ex delicto* y el plazo de un año establecido en el artículo 1968.2 del Código Civil, cuando el proceso penal ha finalizado sin sentencia condenatoria. Esta regla tiene dos excepciones; en primer lugar, el indulto anterior a una sentencia penal firme y la muerte del reo antes de la sentencia condenatoria, en ambos casos los Tribunales han aplicado el plazo contenido en el artículo 1964.2 del Código Civil, teniendo el perjudicado en la actualidad el plazo de 5 años para ejercitar su acción de responsabilidad civil, en la jurisdicción civil.

V. EL *DIES A QUO* DE LA PRESCRIPCIÓN CUANDO HAN EXISTIDO DILIGENCIAS PREVIAS PENALES

Para que comience el computo del plazo de la prescripción debe tenerse en cuenta, por un lado, el criterio objetivo establecido en el artículo 1969 del Código Civil «se contará desde el día en que pudieron ejercitarse» y, por otro lado, el criterio subjetivo emanado del artículo 1968.2 del Código Civil «desde que lo supo el agraviado». Los Tribunales han interpretado estos preceptos desde el principio *actio nondum nata non praescribitur*[68]. Véase en este sentido, las SSTS (Sala de lo Civil) 199/2014 de 2 de abril *(RJ* 2014, 2162); 589/2015 de 14 de diciembre *(RJ* 2015, 5870); o las recientes SSTS (Sala de lo Civil) 159/2021 de 22 de marzo *(RJ* 2021, 1268); o 434/2021 de 22 de junio *(JUR* 2021, 221465).

Tradicionalmente, la doctrina mayoritaria civil se ha posicionado a favor de la interpretación objetiva del artículo 1969 del Código Civil. En esta línea, se han pronunciado los autores DÍEZ-PICAZO[69], BERCOVITZ[70] o PANTALEÓN[71], entre otros. En los últimos años, se ha abandonado la interpretación puramente objetiva del artículo 1969 del Código Civil, para aceptar una interpretación también subjetiva. Entre los autores que han defendido esta postura destaca MARÍN LÓPEZ[72], este autor ha sostenido que para iniciarse el computo del plazo de prescripción, es necesario que el acreedor tenga la posibilidad de ejercitar la acción civil; argumentando, además, que una interpretación subjetiva del artículo 1969 del Código Civil es favorable al fundamento de la institución de la prescripción, con el objeto de la misma y con las garantías constitucionales emanadas del artículo 24 CE y del derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido que el titular de la acción civil debe tener la oportunidad y los medios suficientes para ejercitar su derecho (STC 12/2005 [Sala Primera] de 31 de enero [RTC 2005, 12])[73].

El *dies a quo* para el computo de la prescripción de las acciones de obligaciones civiles que nazcan de un hecho calificado como delito comienza con la finalización del proceso penal, debido a que hasta ese momento las acciones civiles no han podido ejercitarse, aplicando la Sala Segunda del Tribunal Supremo el artículo 1969 CC[74]. En el mismo sentido, puede verse la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (SSTS 386/2010, de 16 de junio *[RJ* 2010, 5401]; 528/2013, de 4 de septiembre *[RJ* 2013, 7419]; 416/2018 de 3 de julio *[RJ* 2018, 2798]; o 92/2021 de 22 de febrero *[RJ* 2021, 486]).

Cuando el proceso penal finaliza con auto de archivo, el plazo de prescripción comenzará a contar desde la notificación al perjudicado del auto de firmeza de la resolución que pone punto final al proceso penal, siendo este el momento en el que pueden ejercerse las acciones civiles, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1969 del Código Civil. En este sentido, véanse las SSTS (Sala de lo Civil) 339/2020 de 23 de junio *(RJ* 2020, 2200); o 559/2021 de 22 de julio *(RJ* 2021, 3661)[75].

Por último, el artículo 1971 del Código Civil contiene uno de los casos especiales de inicio del cómputo del plazo de prescripción, señalando que «el tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia comienza desde que la sentencia quedó firme». De igual forma que ocurre con el artículo 1969 del Código Civil, nos encontramos ante un precepto objetivo, pero es necesario realizar una interpretación subjetiva del mismo para cumplir con el fin y el objetivo de la prescripción, y por ello es necesario para el inicio del cómputo que la sentencia sea notificada al titular del derecho[76].

VI. LA STS (SALA DE LO PENAL, SECCIÓN PLENO) 607/2020 DE 13 DE NOVIEMBRE *(RJ* 2020, 5361): LA DECLARACIÓN DE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE UNA CONDENA PENAL FIRME

La sentencia resuelve un caso en el que se incoaron diligencias previas penales por delito de incendio forestal, caso que fue enjuiciado por la Audiencia Provincial de Barcelona Sección Quinta, que en la SAP de 12 de mayo de 2001 (ARP 2001, 423) condenó al acusado como responsable de un delito forestal; y, en concepto de responsabilidad civil, al pago a la Dirección General de Emergencias y Seguridad Civil del Departamento Interior de Cataluña en la cuantía de 22 301 372 de pesetas, siendo firme la Sentencia el 17 de septiembre de 2001 y requiriéndose el pago al responsable el 20 de noviembre de 2001, sin cumplirse la obligación por el responsable. De acuerdo con el relato de hechos expuesto en la STS 607/2020 de 13 de noviembre, no hubo nuevos requerimientos hasta el auto de 22 de noviembre de 2016.

En buena lógica, siguiendo la interpretación de las normas de prescripción que han operado hasta la STS (Sala de lo Penal, Sección Pleno) 607/2020 de 13 de noviembre *(RJ* 2020, 5361), el hecho de no ejercitar las acciones civiles, por quien tenía la facultad de hacerlo, conllevaría la apreciación de la prescripción de la acción civil por el transcurso del tiempo.

Si nos remitimos a los artículos 1969 y 1971 del Código Civil, el plazo de prescripción debió empezar a contar desde el momento en el que el perjudicado conoce la firmeza de la sentencia, en este caso el 17 de septiembre de 2001. Por tanto, el plazo quedaría reiniciado el día 20 de noviembre de 2001 cuando le fue requerido el pago, no constando nuevos requerimientos hasta el auto de 22 de noviembre de 2016. En principio, el plazo debió ser de 15 años (antiguo plazo de prescripción para las acciones personales, cuando no medie plazo especial)[77], de acuerdo con el artículo 1964 del Código Civil, pudiéndose observar el precedente resuelto por la STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) 329/2007 de 30 de abril *(RJ* 2007, 4726). En este caso, la facultad para solicitar la extinción de la obligación al pago sería admisible a partir del día 22 de noviembre de 2016.

En cambio, la Sala de lo Penal en la STS 607/2020 de 13 de noviembre *(RJ* 2020, 5361) se aparta de la línea marcada por la STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) 329/2007 de 30 de abril *(RJ* 2007, 4726) y declara la imprescriptibilidad de la responsabilidad civil derivada de una condena penal firme.

En este caso, la sentencia del Alto Tribunal ha aplicado el artículo 570 LEC:

«La ejecución forzosa solo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante, lo que se acordará por decreto del letrado de la Administración de Justicia, contra el cual podrá interponerse recurso directo de revisión».

La aplicación de este artículo conlleva la inaplicación por parte de la Sala de lo Penal del artículo 518 LEC[78]. Este precepto prevé un plazo de caducidad de cinco años para la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial firme. A su vez, en la STS 607/2020 de 13 de noviembre, la Sala de lo Penal establece que la integración en la Ley de Enjuiciamiento Civil no conlleva la derogación tácita del artículo 1971 del Código Civil[79], sino que este continua vigente mientras no sea derogado de forma expresa por el legislador civil.

Además, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo[80] establece que de la lectura de los preceptos contenidos en los artículos 1969 y 1973 del Código Civil, aflora la idea de que la prescripción requiere de la necesidad de que el acreedor interponga una acción ejecutiva; si bien, en el proceso penal, en el momento

en que se promulga la sentencia, el propio órgano judicial es quien activa la ejecutoria[81]. Por ello, sostiene la Sala de lo Penal del Alto Tribunal que no debe señalarse un nuevo plazo de prescripción desde que la Sentencia deviene firme.

El Tribunal apoya el fallo en el fundamento del instituto de la prescripción y en la protección de la víctima del delito. Si bien, el fundamento de la prescripción radica en la defensa de la seguridad jurídica y en el hecho de que el Estado no puede dar protección indefinida a un sujeto que no quiere utilizar su derecho.

En este caso, la cuestión de fondo versa en materia de ejecución de sentencias y en la controversia que se produce por la colisión de los artículos 518 y 570 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que ha cobrado mayor transcendencia, después de las reformas operadas por la Ley 1/2000[82] de 7 de enero y Ley 42/2015[83] de 5 de octubre.

En este sentido, la brevedad de los plazos de prescripción o caducidad hace una tarea de suma complejidad el ejercicio de los derechos civiles por parte de su titular, tal como establece la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la STS 607/2020 de 13 noviembre:

«Sin embargo, un plazo de prescripción o caducidad de 5 años no guarda correlación con los plazos de prescripción de los delitos y las penas y se considera extremadamente corto, si se atiende al tiempo que en este orden jurisdiccional precisan muchas ejecutorias por circunstancias de sobra conocidas».

La aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la ejecución de la sentencia penal tiene su fundamento en el artículo 4 de la mencionada Ley. Según este precepto «en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley». En el ámbito de la ejecución forzosa, la previsión legal del artículo 570 LEC impide la caducidad del derecho por inactividad procesal[84]; si bien, esto no impide que la deuda reclamada haya prescrito, circunstancia que niega la Sala de lo Penal en este caso[85].

En relación con la protección de la víctima del delito, se afirma que es competencia del órgano judicial el impulso y la iniciativa en la ejecución, incluso en lo referente a los pronunciamientos en relación con la pieza civil. La necesidad que subyace del refuerzo de la tutela judicial provoca que se realice una interpretación de la norma, de la forma más favorable para su plena efectividad, protegiendo los derechos de la víctima y las garantías constitucionales que emanan del fundamento y objeto de la prescripción. Ello, tal y como ha señalado la Sala Primera del Tribunal Constitucional en la ya mencionada STC 12/2005 de 31 de enero (RTC 2005, 12).

VII. TOMA DE POSTURA

La STS (Sala de lo Penal, Sección Pleno) 607/2020 de 13 de noviembre *(RJ* 2020, 5361) supone una ruptura con la posición que habían tomado las diferentes Salas del Tribunal Supremo, en relación con el instituto de la prescripción. Hasta ahora el debate doctrinal se centraba en el estudio del plazo de prescripción aplicable cuando había diligencias previas penales y el proceso se reiniciaba en la vía civil. Las posiciones doctrinales se dividían entre los autores que sostenían la aplicación en todos los casos del artículo 1968.2 del Código Civil, en relación con el artículo 1902 del Código Civil; y la opinión doctrinal, que cuenta con el apoyo de la jurisprudencia más reciente, según la cual, en caso de producirse una Sentencia condenatoria en vía penal, el plazo de prescripción es de 15 años

(antes de la reforma operada por la Ley 42/2015 de 5 de octubre; siendo en la actualidad de 5 años, de acuerdo con lo previsto en el art. 1964.2 CC). Pero la sentencia objeto de este estudio supera ese debate y señala la imprescriptibilidad de la acción de responsabilidad civil derivada de una condena penal firme.

El principal motivo que aduce el Alto Tribunal es la protección de la víctima del delito, cuestión que tiene una regulación comunitaria, a través de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012[86] que supone la armonización en los países de la Unión Europea de unas reglas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos[87].

España ha transpuesto la mencionada Directiva, aprobando la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Esta Ley supone un «verdadero catálogo general de derechos procesales y extraprocesales de las víctimas»[88].

La protección de la víctima es un tema de suma importancia y en este caso el Tribunal Supremo ha superpuesto su reparación, a la situación de inseguridad jurídica que puede crear al declarar imprescriptible la responsabilidad civil derivada de una condena penal firme, no aplicando el artículo 1971 del Código Civil en relación con el 1964 del Código Civil, que hubiera supuesto la prescripción de la obligación de reparar el daño a los 15 años desde el requerimiento del pago al deudor.

Esto nos lleva a una cuestión pretérita como es la naturaleza de la responsabilidad civil *ex delicto*. Si aceptamos la tesis tradicional, según la cual la función de la responsabilidad civil es únicamente reparar el daño causado, la interpretación favorable a la víctima que realiza el Alto Tribunal en esta Sentencia carece de lógica. En este caso, la postura de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo realiza una interpretación de la naturaleza de la responsabilidad civil derivada del delito, como una figura de naturaleza mixta, siendo el pago de la reparación una pena accesoria, que el responsable civil debe cumplir y solo extinguiéndose la obligación con la satisfacción completa de la obligación (art. 570 LEC).

Ahora bien, pese a compartir que la reparación debe suponer una pena accesoria que debe cumplir el reo, es imprescindible para cumplir con el principio de legalidad que nuestro ordenamiento jurídico admita «la pena de reparación» integrándolo en «el catálogo de consecuencias del delito»[89]. En este sentido, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha admitido la importancia de la reparación de la víctima en el proceso penal, no centrándose únicamente en la indemnización sino en el bienestar de esta.

En aras de una mayor seguridad jurídica, es recomendable que el legislador regule la materia de la prescripción en nuestro país; no solo unificando los plazos de prescripción de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, como solicita la doctrina mayoritaria y elevando con ello, el brevísimo plazo de un año que concede el artículo 1968, para los casos en los que la acción se ejerce legitimada en los artículos 1902-1910 del Código Civil; sino también, regulando el plazo de prescripción que debe tener la acción civil cuando han existido diligencias previas penales y de acuerdo con esta última sentencia, declarando si así lo creen pertinente que la responsabilidad civil derivada de una condena penal firme es imprescriptible. En caso contrario, seguiremos encontrándonos con resoluciones judiciales dispares en la materia, que generen una gran inseguridad jurídica.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., *La prescripción extintiva*. 2.ª edición. Editado por Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Centro de Estudios. Madrid, 2004.

ÁLVAREZ OLALLA, P., *Violencia de género y responsabilidad civil*. Editorial Reus. Madrid, 2020.

ARNÁIZ SERRANO, *La acción civil en el proceso penal: elementos subjetivos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

AYMERICH CANO, C., Sobre la nulidad y el decomiso de los contratos públicos viciados por corrupción A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 8 de junio de 2018 (caso Nóos) en FERNÁNDEZ CARBALLAL, A. & DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI. Libro conmemorativo del XXV Aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*. Editorial INAP, 2019.

BARONA VILAR, S., Mirada restaurativa de la justicia penal en España, una bocanada de aire en la sociedad global líquida del miedo y de la Securitización en SOLETO MUÑOZ, H., *Justicia restaurativa una justicia para las víctimas*. Ed. Tirant lo Blanch, 2019.

BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, M.ª, *Derecho penal del trabajo*. 2.ª Edición. Editorial Trotta. Madrid, 1997.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Código penal y responsabilidad civil. *Anuario de Derecho Civil*. 1996 (BIB 1996/1036).

— Consideraciones en torno a la regulación de la prescripción en el Código Civil y en la Ley General Tributaria, en Arrieta Martínez de Pisón, J. / Collado Yurrita, M.A. / Zornoza Pérez, J. (Dir.) *Tratado sobre la Ley General Tributaria: homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*. Editorial Thomson-Aranzadi. Cizur Menor, 2010.

BUSTOS PUECHE, J.E., Acerca de la naturaleza de la prescripción extintiva en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*. Editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios. Madrid, 2006.

CANLE FERNÁNDEZ, J.I., Prescripción de las acciones de reclamación de cantidad vinculadas a la declaración de nulidad por abusividad de condiciones generales en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*. Núm. 148, enero-febrero: La prescripción de acciones, núm. 148, Editorial Wolters Kluwer, 2021.

CLEMENTE MEORO, M.E., Ejercicio de la acción civil en la hipótesis de que el proceso penal previo finalice sin sentencia. En *Revista de Derecho Patrimonial* num.25/2010. Editorial Aranzadi, SAU, 2010.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil parte general* (9.ª ed). Tirant lo Blanch, 2017.

DE LA OLIVA SANTOS, A. y otros, *Derecho procesal penal*, Madrid, 2003.

DÍEZ-PICAZO, L., *La prescripción en el Código Civil*. Editorial Bosch. Barcelona. 1964.

— En torno al concepto de la prescripción. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 16, núm. 4, 1963.

— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, 4.ª edición. Ed. Civitas, 1993.

— *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. 2.ª edición. Editorial Thomson-Civitas. Madrid, 2011.

GALAIN PALERMO, P., *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch. 2010.

HORTAL IBARRA, J.C., La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo resolver la cuadratura del círculo *Revista para el análisis del Derecho*. Indret. Barcelona, octubre de 2014.

LLAMAS POMBO, E., *Las formas de prevenir y de reparar el daño*. Editorial Wolters Kluwer, 2020.

MAGRO SERVET, V., La prescripción de la acción civil tras archivo o absolución en el proceso penal en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil.* Editorial Wolters Kluwer. Núm. 148, 2021.

MARÍN LÓPEZ, M.J., El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil, en AAVV, *La prescripción extintiva.* Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2014.

MARÍN GARCÍA, I., Comentario a la Sentencia de 30 de junio de 2009 *(RJ* 2009, 5490). En *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 84/2010 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2010.

MARTÍN RÍOS, M. *Víctima y justicia penal: Reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal.* (Processus iudicii; 29). Barcelona: Atelier. 2012.

MIÑANA LLORENS, V., Análisis del artículo 518 LEC, caducidad de la instancia en la ejecución y prescripción de la acción en el seno de la ejecución. Referencia a la doctrina del retraso desleal en el ejercicio del derecho en *Revista Acta Judicial,* núm. 5, enero-junio de 2020.

MIR PUIG, S., *Derecho penal Parte General*, 9.ª ed., Repertorio, Barcelona.2011.

MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal Parte General*, 10.ª ed., Tirant, Valencia, 2019.

PANTALEÓN PRIETO, F., *Perseverare diabolicum* (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?), en *Jueces para la Democracia*. Núm. 19, 1993.

— Comentario a la STS de 8 de julio de 1983. Comentario a la STS de 8 de julio de 1983 en *Comentarios Civiles de Jurisprudencia Civil*. Núm. 3, 1983.

PÉREZ CEBADERA, M.ªA., La prescripción de la acción civil dimanante del delito. Cómputo de los plazos para declarar la prescripción tras el proceso penal en *Práctica de Tribunales*, núm. 111, Sección Estudios, Editorial Wolters Kluwer. (LA LEY 7711/2014). Noviembre-diciembre de 2014.

QUINTERO OLIVARES, G., La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea en Márquez de Prado Pérez (Dir.), Responsabilidad civil *ex delicto, Cuadernos de Derecho Judicial,* XVI, Madrid, 2004.

REGLERO CAMPOS, L.F., La prescripción de la acción de reclamación de daños, en REGLERO CAMPOS, L.F., y BUSTO LAGO, J.M., *Tratado de Responsabilidad civil.* T.I. 5.ª edición. Editorial Thomson Reuters-Aranzadi. Cizur Menor. 2014.

ROCA DE AGAPITO, L., La prescripción de la responsabilidad civil derivado de la comisión de un delito. Valoración crítica de la Ley 42/2015, de 5 de octubre en *Diario La Ley*, núm. 8675, Sección Doctrina. LA LEY 7925/2015. Editorial LA LEY. Enero de 2016.

ROXIN, C., *Política criminal y estructura del delito: elementos del delito en base a la política criminal.* Promociones y publicaciones universitarias. Barcelona. 1992.

SALAS CARCELLER, A., Interrupción de la acción civil cuando se inició indebidamente la vía penal por la jurisdicción de menores. Comentario a la STS, Sala Primera, núm. 721/2016, 5 de diciembre. En *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2017. Editorial Aranzadi, SAU (BIB 2017, 10620) 2017.

SERRANO ALONSO, E., *Introducción al Derecho Civil*. 3.ª edición. Editorial: Edisofer. Madrid, 2004.

SILVA MELERO, V., *El problema de la responsabilidad civil en el Derecho penal.* Editorial Reus, Madrid, 1951.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitaciones y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. 3.ª edición. Editorial Dykinson. 2017.

— La responsabilidad civil en el proceso penal en REGLERO CAMPOS, L.F., *Tratado de responsabilidad civil.* T.I. 5.ª edición. Editorial Thomson Reuters-Aranzadi. Cizur Menor. 2014.

— Un apunte a la sentencia del Caso Gallardón *vs.* Jiménez Losantos *en Boletín de Propiedad Intelectual, Industrial, Nuevas Tecnologías y Medios de Comunicación.* Núm. 16, septiembre de 2008.

NOTAS

[1] Especialmente críticos han sido los civilistas PANTALEÓN PRIETO o YZQUIERDO TOLSADA, este último expone: «es garrafal el error cometido entonces con la perturbadora remisión del artículo 1092 del Código Civil a unas normas civiles que fueron incorporadas al Código Penal medio siglo antes para tapar agujeros… mientras los hubiese». PANTALEÓN PRIETO *Perseverare diabolicum* (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?), *Jueces para la Democracia*. Núm. 19, 1993, 7. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitaciones y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. 3.ª edición. Editorial Dykinson. 2017, 72.

[2] La Constitución de 1812 dispuso en su artículo 258 que «El Código Civil y criminal, y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por circunstancias particulares podrán hacer las Cortes».

[3] El artículo 15 del Código Penal de 1848 dispuso que «Toda persona, responsable criminalmente de un delito ó falta, lo es también civilmente».

[4] YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*… 71.

[5] SILVA MELERO (1951, 38). *El problema de la responsabilidad civil en el Derecho penal*, ed. Reus, Madrid, 1951, 38. LLAMAS POMBO, E., *Las formas de prevenir y de reparar el daño*. Editorial Wolters Kluwer, 2020, 28-32.

[6] YZQUIERDO TOLSADA, M., La responsabilidad civil en el proceso penal en REGLERO CAMPOS, L.F., *Tratado de responsabilidad civil.* T.I, 5.ª ed. Editorial Thomson Reuters-Aranzadi. Cizur Menor. 2014, 1.111. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*… 70 y sigs.

[7] PANTALEÓN PRIETO, F., *Perseverare diabolicum*… 6.

[8] YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*… 70.

[9] En la misma línea, puede verse a la doctrina mayoritaria penal: BAYLOS GRAU, A. & TERRADILLOS BASOCO, J.M.ª, *Derecho penal del trabajo.* 2.ª edición. Editorial Trotta. Madrid, 1997, 231. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal Parte General*, 10.ª ed., Tirant, Valencia, 2019, 622. MARTÍN RÍOS, M., *Víctima y justicia penal: Reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal.* (Processus iudicii; 29). Barcelona: Atelier. 2012. 222. También puede destacarse al penalista MIR PUIG que, defendiendo la naturaleza privada de la responsabilidad civil, calificó la misma como «un arma civil a utilizar en el tratamiento del delito» MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 9.ª ed., Repertorio, Barcelona, 2011, 48.

[10] Entre otros: PANTALEÓN PRIETO, F., *Perseverare diabolicum*… 10. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Código penal y responsabilidad civil, en *Anuario de Derecho Civil.* 1996, (BIB 1996/1036). 1. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*… 89 y sigs. ÁLVAREZ OLALLA, P., *Violencia de género y responsabilidad civil*. Editorial Reus. Madrid, 2020, 24.

[11] QUINTERO OLIVARES, G., La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea, en Márquez de Prado Pérez (Dir.), *Responsabilidad civil «ex delicto»*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVI, Madrid, 2004, 24.

[12] GALAIN PALERMO, P., *La reparación del daño a la víctima del delito*. Editorial Tirant lo Blanch, 2010, 96.

[13] HORTAL IBARRA, J.C., La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo «resolver» la cuadratura del círculo, *Revista para el análisis del Derecho*. Indret. Barcelona, octubre de 2014, 13-17.

[14] HORTAL IBARRA, La naturaleza jurídica… 24.

[15] DÍEZ-PICAZO, L., *La prescripción en el Código Civil*. Editorial Bosch. Barcelona, 1964, 68.

[16] ALBALADEJO GARCÍA, M., *La prescripción extintiva*… 17.

[17] BUSTOS PUECHE, J.E., Acerca de la naturaleza de la prescripción extintiva, en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, 111.

[18] DÍEZ-PICAZO, L., En torno al concepto de la prescripción. *En Anuario de derecho civil*. Vol. 16, núm. 4. 1963, 993. Esta misma línea puede verse en BUSTOS PUECHE, J.E., Acerca de la naturaleza de la prescripción extintiva… 116.

[19] ALBALADEJO GARCÍA, M., *La prescripción extintiva*, 19. BUSTOS PUECHE, J.E., Acerca de la naturaleza… 114. A este respecto, la Sala de lo Civil ha apreciado incluso que pueda ser abusivo el ejercicio de un derecho, aunque este se ejercite dentro del plazo de prescripción, (STS [Sala de lo Civil] 612/1997 de 4 de julio *[RJ* 1997, 5842]).

[20] ALBALADEJO GARCÍA, M., *La prescripción extintiva*… 21.

[21] YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*… 561. Sobre el principio de aplicación restrictiva sostiene ALBALADEJO «que en la duda debe rechazarse la prescripción si no es segura» ALBALADEJO GARCÍA, M., *La prescripción extintiva*… 24.

[22] En este mismo sentido, la Sala de lo Civil en la STS 661/2017 de 12 de diciembre *(RJ* 2017, 5410) declara que el plazo de prescripción es improrrogable.

[23] Debe señalarse que el brevísimo plazo de un año tiene su origen en las Partidas (7, 9, 22): «*Fasta un año puede todo ome demandar emienda de la desonrra o del tuerto que recibió. E si un año pasase desde el día que le fuese fecha la desonrra que non demandasse en juicio emienda della, de allí adelante non la podría fazer, porque puede ome asmar, que se non tuvo por desonrrado, pues que tanto tiempo se callo que non fizo ende querella en juicio e que perdono a aquel que gela fizo*». Este plazo continuó en el Proyecto de Código Civil de 1951 en su artículo 1976 y en el actual Código Civil.

[24] ALBALADEJO GARCÍA, M., *La prescripción extintiva*… 201 y 202. REGLERO CAMPOS, L.F., La prescripción de la acción de reclamación de daños, en REGLERO CAMPOS, L.F., y BUSTO LAGO, J.M., *Tratado de Responsabilidad civil*. T.I. 5.ª ed. Editorial Thomson Reuters- Aranzadi. Cizur Menor, 2014. 1319.YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*… 560. MARÍN LÓPEZ, M.J., El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil, en AAVV, *La prescripción extintiva*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 34 y 35.

[25] El plazo de 3 años aparece recogido en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de profesores de Derecho civil. En concreto su artículo 612-1 establece: el «plazo general de prescripción: El plazo de prescripción es de tres años, salvo para aquellas pretensiones que tengan establecido un plazo distinto». Véase Propuesta de Código Civil. Asociación de profesores de Derecho civil. Editada por Tecnos, Madrid, 2018.

[26] En este sentido, el civilista MARÍN LÓPEZ ha sostenido que la regulación de los plazos de prescripción en España «es claramente insatisfactoria», siendo este autor partidario de la unificación de los plazos de prescripción siguiendo los PECL y DCFR. Véase MARÍN LÓPEZ, M.J., El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil… 32.

[27] ALBALADEJO GARCÍA, M., *La prescripción extintiva*… 21.

[28] DÍEZ-PICAZO, L., En torno al concepto… 997.

[29] BUSTOS PUECHE, J.E., Acerca de la naturaleza… 114.

[30] Traducido Contra quien no puede accionar en justicia, no corre la prescripción.

[31] BUSTOS PUECHE, J.E., Acerca de la naturaleza… 115.

[32] SERRANO ALONSO, E., *Introducción al Derecho Civil*. 3.ª edición. Ed. Edisofer. Madrid, 2004, 142.

[33] BUSTOS PUECHE, J.E., Acerca de la naturaleza… 115.

[34] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, 4.ª edición. Ed. Civitas, 1993, 448. CANLE FERNÁNDEZ, J.I., Prescripción de las acciones de reclamación de cantidad vinculadas a la declaración de nulidad por abusividad de condiciones generales, en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 148, 2021, Editorial Wolters Kluwer, 5.

[35] MARÍN LÓPEZ, M.J., El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil,… 106.

[36] MAGRO SERVET, V., La prescripción de la acción civil tras archivo o absolución en el proceso penal, en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*. Editorial Wolters Kluwer. Núm. 148, 2021, 3.

[37] En esta sentencia, la Sala de lo Civil admite el derecho de la perjudicada a reclamar frente a la aseguradora, al no haber recibido ninguna comunicación formal de la finalización del proceso penal (Caso Spanair). En este sentido, el Alto Tribunal determina que es necesaria la comunicación a la titular de las acciones civiles de la finalización del proceso criminal para comenzar el *dies a quo* de la prescripción cuando han existido diligencias previas penales.

[38] SALAS CARCELLER, A., Interrupción de la acción civil cuando se inició indebidamente la vía penal por la jurisdicción de menores. Comentario a la STS, Sala Primera, núm. 721/2016, de 5 de diciembre. En *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2017. Editorial Aranzadi, SAU (BIB2017, 10620). 2017, 4-6.

[39] YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*… 566.

[40] Hay que recordar que el proceso penal puede finalizar, de forma provisional o de forma definitiva, sin declaración de responsabilidad criminal ni civil, en los siguientes supuestos que aparecen en REGLERO CAMPOS: «a) Sentencia absolutoria; b) Sobreseimiento libre (art. 637 LECrim); c)Sobreseimiento provisional (art. 641 LECrim); d) Muerte del presunto culpable (art. 115 LECrim); e) Indulto o amnistía (antes de la sentencia penal firme); f) Paralización del procedimiento penal por rebeldía del procesado (arts. 834 y sigs. LECrim) o por demencia sobrevenida del mismo (art. 383 LECrim); g) Prescripción del delito o falta. (art. 130.5 CP); h) Despenalización del delito o falta». REGLERO CAMPOS, L.F., La prescripción de la acción de reclamación de daños, en REGLERO CAMPOS, L.F., *Tratado de responsabilidad civil*. 5.ª edición. Editorial Thomson Reuters-Aranzadi. Cizur Menor. 2014. 1313.

[41] MAGRO SERVET, V. La prescripción de la acción civil tras archivo o absolución en el proceso penal… 7 y 8.

[42] ROCA AGAPITO., L., La prescripción de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito valoración crítica de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, en *Diario La Ley*, núm. 8675, 2016. 5.

[43] Aplicación del plazo de prescripción previsto en el artículo 1968.2 del Código Civil tras sentencia penal absolutoria.

[44] En este caso, al no declararse en sentencia penal la acción penal, se niega la acción *ex delicto*, aplicándose el plazo para reclamar la responsabilidad civil el plazo de 4 años establecido en el artículo 949 Ccom.

[45] En este caso, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo determinó el plazo de prescripción de 1 año desde la notificación de la Sentencia absolutoria. Plazo establecido en el artículo 1968.2 del Código Civil.

[46] En este caso el indulto no se produce tras una sentencia condenatoria en el proceso penal, sino por un caso de «*ope legis*» que conlleva el sobreseimiento de la causa con efecto de indulto.

[47] En el mismo sentido, puede verse la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 234/2008 de 28 de noviembre *(RJ* 2009, 523).

[48] CLEMENTE MEORO, M.E., Ejercicio de la acción civil en la hipótesis de que el proceso penal previo finalice sin sentencia. En *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 25/2010. Editorial Aranzadi, SAU 15. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*… 568.

[49] Esta sentencia sigue la línea jurisprudencial marcada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en las SSTS (Sala de lo Civil) 4 de julio de 1970 *(RJ* 1970, 3766); 7 de octubre de 1983 *(RJ* 1983, 5314); y 21 de marzo de 1984 *(RJ* 1984, 1315).

[50] Confirmada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el auto de 21 de septiembre de 2010 *(JUR* 2010, 347638).

[51] De forma reciente, se puede señalar un caso en el que tras el fallecimiento del reo no se produce el sobreseimiento de la causa, sino la extinción de la responsabilidad penal, declarando el propio tribunal penal la responsabilidad civil.

En este sentido, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo declaró la responsabilidad civil subsidiaria por el gasto de las tarjetas black, a un reo entonces fallecido (Caso Miguel Blesa). En este caso, la Sala Segunda del Alto Tribunal confirmó por auto de 5 de noviembre de 2018 *(JUR* 2018, 297958); la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4.ª) (Caso tarjetas Black) núm. 4/2017 de 23 de febrero (ARP 2017, 101). En este caso, el Tribunal Penal acuerda la extinción de la responsabilidad penal, declarando en el propio proceso penal la responsabilidad civil del fallecido, debiendo responder con su masa hereditaria o sus herederos; en caso de aceptar la herencia y que en la masa hereditaria no hubiera medios suficientes para hacer frente a la condena civil.

[52] En este caso el Tribunal establece que no existe responsabilidad civil «ex delicto», al no declararse la condena al reo por demencia sobrevenida del mismo (art. 383 LECrim).

[53] Expresión acuñada en diferentes obras por el autor YZQUIERDO TOLSADA, véase YZQUIERDO TOLSADA, M., Un apunte a la sentencia del Caso Gallardón vs. Jiménez Losantos, *Boletín de Propiedad Intelectual, Industrial, Nuevas Tecnologías y Medios de Comunicación*. Núm. 6, de septiembre de 2008; también en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual…* 512. Anteriormente el término fue acuñado por DE LA OLIVA SANTOS, A., y otros, *Derecho procesal penal*, Madrid, 2003, 244. ARNÁIZ SERRANO, *La acción civil en el proceso penal: elementos subjetivos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 124 y sigs. De forma más reciente, la expresión fue utilizada por AYMERICH CANO, C., Sobre la nulidad y el decomiso de los contratos públicos viciados por corrupción A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 8 de junio de 2018 (caso Nóos), en FERNÁNDEZ CARBALLAL, A. & DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI*. Libro conmemorativo del XXV Aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz. Ed. INAP. 2019, 96.

[54] De forma reciente, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha establecido en la STS (Sala de lo Civil) 559/2021 de 22 de julio *(RJ* 2021, 3661) que el *dies a quo* empieza a contar desde la comunicación al titular de la acción civil de la finalización del proceso penal.

[55] YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual…* 566.

[56] El actual plazo de prescripción de 5 años establecido en el artículo 1964.2 del Código Civil, fue modificado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Antes de la reforma el plazo de prescripción para las acciones personales que no tengan plazo especial era de 15 años, de esta forma, como señala YZQUIERDO TOLSADA «las acciones nacidas antes del 8 de octubre de 2015 siguen gobernándose por el plazo de quince años, pero siempre que el lapso del tiempo no sobrepase el 8 de octubre de 2020». En YZQUIERDO TOLSADA, M., Responsabilidad civil extracontractual… 560.

[57] En este caso, el juicio civil se produce después de la reserva de acciones civiles por parte de su titular en el proceso penal.

En este caso, a diferencia de lo que ocurrió en el proceso que finalizó con la STS (Sala de lo Civil) 148/2015 de 27 de marzo *(RJ* 2015, 2688); en el que la reserva de acciones civiles se produjo en un proceso penal que finalizó sin sentencia condenatoria, debido a la demencia sobrevenida del reo y que provocó el auto de archivo provisional de la causa; entablándose, en este caso, una acción civil posterior al amparo del artículo 1902 del Código Civil y siendo el plazo de prescripción para el posterior ejercicio de la acción civil de un año previsto en el artículo 1968 del Código Civil.

En cambio, en el caso seguido por la STS 287/2019 de 23 de mayo *(RJ* 2019, 2116), la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo establece que debe ser aplicable el plazo de prescripción previsto en el artículo 1964 del Código Civil, debido a que en este caso el proceso penal

finalizó con sentencia condenatoria, lo que provoca que la acción civil que ejercita el titular en un posterior proceso civil sea considerada una acción de responsabilidad civil *ex delicto*.

[58] Esta doctrina jurisprudencial puede verse también en las SSTS (Sala de lo Civil) 34/2004 de 31 de enero *(RJ* 2004, 444); 10/2009 de 23 de enero *(RJ* 2009, 1269); o la reciente STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 339/2020 de 23 de junio *(RJ* 2020, 2200).

[59] REGLERO CAMPOS, L.F., La prescripción de la acción… 1319.

[60] YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*… 567.

[61] REGLERO CAMPOS, L.F., La prescripción de la acción… 1320.

[62] MAGRO SERVET, V., La prescripción de la acción civil… 7 y 8.

[63] ROCA DE AGAPITO, L., La prescripción de la responsabilidad civil derivado de la comisión de un delito. Valoración crítica de la Ley 42/2015, de 5 de octubre… 5.

[64] PÉREZ CEBADERA, M.ªA., La prescripción de la acción civil dimanante del delito. Cómputo de los plazos para declarar la prescripción tras el proceso penal, en *Práctica de Tribunales*, núm. 111, Sección Estudios, noviembre-diciembre 2014, Editorial Wolters Kluwer. LA LEY 7711/2014. 4.

[65] ALBALADEJO GARCÍA, M., *La prescripción extintiva*… 220.

[66] YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*… 567.

[67] YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*… 564.

[68] Traducido: la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir.

[69] DÍEZ-PICAZO, L., *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. 2.ª edición. Editorial Thomson-Civitas. Madrid, 2011, 132 y 133.

[70] BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. Consideraciones en torno a la regulación de la prescripción en el Código Civil y en la Ley General Tributaria, en ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J./COLLADO YURRITA, M.A. / ZORNOZA PÉREZ, J. (Dir.) *Tratado sobre la Ley General Tributaria: homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*. Editorial Thomson-Aranzadi. Cizur Menor, 2010, 1248.

[71] PANTALEÓN PRIETO, F., Comentario a la STS de 8 de julio de 1983, en *Comentarios Civiles de Jurisprudencia Civil*. Núm. 3, 1983, 842.

[72] MARÍN LÓPEZ, M.J., El *dies a quo*… 124-129.

[73] MARÍN GARCÍA, I., Comentario a la sentencia de 30 de junio de 2009 *(RJ* 2009, 5490), en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 84/2010 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2010, 3. PÉREZ CEBADERA, M.ªA., La prescripción… 7 y 8.

[74] Véase el Caso AFINSA resuelto por la STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) 749/2017 de 21 de noviembre de 2017 *(RJ* 2017, 5223).

[75] La Sala de lo Civil del Alto Tribunal, en ambos casos, fija el *dies a quo* en el momento que el perjudicado conoce del fin del proceso penal, aplicándose el criterio subjetivo previsto en el artículo 1969 del Código Civil y determinándose que el perjudicado necesita de la notificación del fin del procedimiento para poder ejercer, de forma plena, su acción de responsabilidad civil.

[76] Esta línea puede verse en la mencionada STS (Sala de lo Civil) 559/2021 de 22 de julio *(RJ* 2021, 3661) (Caso Spanair). En este caso reciente, la Sala de lo Civil ha establecido que «solo cuando el perjudicado conoce que el proceso penal ha sido archivado puede ejercitar la acción civil».

[77] Con la entrada en vigor de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil se modificó el artículo 1964.2 del Código Civil habiéndose moficado el plazo de prescripción para las acciones personales sin plazo especial de 15 a 5 años. La ley prevé un régimen transitorio para las relaciones ya existentes: «El tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil» (DT 5.ª Ley 42/2015).

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha establecido en la STS 29/2020 de 20 de enero *(RJ* 2020, 647), de acuerdo con la reforma, que los plazos deben ser los siguientes:

«(i) Relaciones jurídicas nacidas antes del 7 de octubre de 2000: estarían prescritas a la entrada en vigor de nueva Ley.

(ii) Relaciones jurídicas nacidas entre el 7 de octubre de 2000 y el 7 de octubre de 2005: se les aplica el plazo de 15 años previsto en la redacción original del artículo 1964 del Código Civil.

(iii) Relaciones jurídicas nacidas entre el 7 de octubre de 2005 y el 7 de octubre de 2015: en aplicación de la regla de transitoriedad del artículo 1939 del Código Civil, no prescriben hasta el 7 de octubre de 2020.

(iv) Relaciones jurídicas nacidas después del 7 de octubre de 2015: se les aplica el nuevo plazo de cinco años, conforme a la vigente redacción del artículo 1964 del Código Civil».

[78] El plazo de caducidad de 5 años previsto en el artículo 518 LEC no se encuentra exento de criticas por parte de la doctrina procesalista. En este sentido, el autor MORENO CATENA ha criticado: en primer lugar, la brevedad de los plazos en comparación con los plazos previstos en el artículo 517 LEC; en segundo lugar, el autor critica que el plazo del artículo 518 LEC sea de caducidad y no de prescripción; y, por último, su colisión con el artículo 570 LEC. Véase CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. & MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil parte general* (9.ª ed). Tirant lo Blanch. 2017, 427.

[79] Según el artículo 1971 del Código Civil: «El tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia comienza desde que la sentencia quedó firme».

[80] STS (Sala de lo Penal, Sección Pleno) 607/2020 de 13 de noviembre *(RJ* 2020, 5361).

[81] Según el artículo 794 LECRIM: «Tan pronto como sea firme la sentencia, se procederá a su ejecución por el Juez o por la Audiencia que la hubiere dictado, conforme a las disposiciones generales de la Ley».

[82] Esta Ley introdujo en su artículo 518 el plazo de caducidad de 5 años de la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial firme (art. 518 LEC).

[83] Esta norma modificó el plazo general de prescripción de 15 a 5 años (art. 1964 CC).

[84] MIÑANA LLORENS, V., Análisis del artículo 518 LEC, caducidad de la instancia en la ejecución y prescripción de la acción en el seno de la ejecución. referencia a la doctrina del retraso desleal en el ejercicio del derecho, en *Revista Acta Judicial* núm. 5, enero-junio de 2020, 43 y 44.

[85] En este sentido, señala el procesalista MORENO CATENA que de la literalidad del artículo 570 LEC debe interpretarse que las actuaciones ejecutivas ni caducan ni prescriben. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. & MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil parte general*… 428.

[86] Que sustituye a su vez a la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

[87] BARONA VILAR, S., Mirada restaurativa de la justicia penal en España, una bocanada de aire en la sociedad global líquida del miedo y de la Securitización, en SOLETO MUÑOZ, H., *Justicia restaurativa una justicia para las víctimas*. Ed. Tirant lo Blanch. 2019. 68 y 69.

[88] BARONA VILAR, S., Mirada restaurativa de la justicia penal en España, una bocanada de aire en la sociedad global líquida del miedo y de la Securitización… 69.

[89] Esta tesis que en España ha sido expuesta por GALAIN PALERMO, véase GALAIN PALERMO, P., *La reparación del daño a la víctima del delito.* Editorial Tirant lo Blanch. 2010, 451; nace de la Teoría de la reparación como tercera vía formulada por el penalista alemán ROXIN en ROXIN, C., *Política criminal y estructura del delito: elementos del delito en base a la política criminal*. Promociones y publicaciones universitarias. Barcelona, 1992, 43.

1.7. Concursal

La jurisprudencia sobre el ejercicio de la compensación en el concurso: compensación de créditos no incluidos en la lista de acreedores

Case law on the exercise of set-off in insolvency proceedings: set-off of claims not included in the list of creditors

por

MARÍA LUISA SÁNCHEZ PAREDES
Prof.ª Dr.ª de Derecho mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN: La compensación de créditos y deudas del concursado constituye un tema clásico del Derecho concursal en el que se enfrentan la función solutoria y de garantía que puede desempeñar este instituto con los fines concursales. La interpretación jurisprudencial ha contribuido a delimitar los requisitos que deben concurrir para su ejercicio en el concurso de acreedores. La comunicación íntegra del crédito del acreedor-deudor *in bonis* en el concurso no constituye un requisito necesario para solicitar la compensación, ni puede entenderse como una renuncia a compensar.

ABSTRAC: The offsetting of credits and debts of the debtor is a classic topic in insolvency law, in which the claim-cancelling and guarantee function that this institute can perform is confronted with the purposes of the insolvency proceedings. Case-law interpretation has contributed to delimit the requirements that must be met for its exercise within the insolvency proceedings. The full communication of the claim of the creditor-debtor in bonis in the insolvency proceedings does not constitute a necessary requirement for the offsetting, nor can it be understood as a waiver to offset.

PALABRAS CLAVE: Compensación. Concurso de acreedores. Función solutoria. Función de garantía. Comunicación de créditos. Requisitos para compensar.

KEY WORDS: Set-off. Insolvency proceeding. Claim-cancelling function. Guarantee function. Credit communication. Requirement to request offsetting.

SUMARIO: I. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE ENERO DE 2022.—II. EL PROBLEMA DE LA COMPENSACIÓN EN EL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL: LA LEGISLACIÓN APLICABLE A LOS HE-

CHOS CONTROVERTIDOS.—III. EL EJERCICIO DE LA COMPENSACIÓN EN EL CONCURSO DE ACREEDORES: LA COMUNICACIÓN DEL CRÉDITO NO ES REQUISITO PARA COMPENSAR.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE ENERO DE 2022

La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2022 (Recurso 678/2019) se ocupa de un tema clásico en la confluencia entre el Derecho concursal y el Derecho de obligaciones y contratos, el de la posibilidad de que, tras la apertura del procedimiento concursal, el deudor compense con su acreedor los créditos y deudas recíprocos.

De los hechos se extrae que el deudor, posteriormente concursado, «Soluciones», reclama un crédito vía monitorio a «Comercial». Cuando «Comercial» presenta su oposición alegando la compensación, «Soluciones» se encuentra ya en concurso de acreedores. Ante la oposición de «Comercial», la concursada interpone demanda de juicio ordinario, a la que «Comercial» contesta con el argumento de la compensación, que rebate la concursada sobre la base de que no se podía estimar la existencia de ningún crédito compensable porque «Comercial» no había sido reconocido en el concurso y no había impugnado el informe de la administración concursal.

El Juzgado de Primera Instancia considera justificado el crédito que «Comercial» pretende compensar y declara la compensación. La Audiencia Provincial desestima el recurso y entiende acreditada la existencia de una deuda líquida, vencida y exigible, sin que la situación concursal de «Soluciones» suponga un obstáculo, ya que no operaría la prohibición de compensación del artículo 58 de la Ley Concursal (art. 153 TRLC), pues la deuda opuesta y los requisitos para la compensación existían con anterioridad a la declaración de concurso. A estos efectos considera que la normativa concursal no distingue ni condiciona el efecto de la compensación al reconocimiento y clasificación del crédito en sede concursal.

Se plantea entonces el recurso ante el Tribunal Supremo argumentando que la sentencia recurrida «infringe los artículos 1195 y 1196 del Código Civil, que regulan la compensación, y que recogen que para que opere la misma debe tratarse de una deuda vencida, líquida y exigible. Dado que, según el artículo 97.1 de la Ley Concursal, quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, la apreciación de la compensación de una deuda que no ha sido recogida en el informe de la administración concursal, sin que la demandada impugnara el informe, no es procedente, porque difícilmente se puede considerar que la deuda esté vencida, sea liquida y exigible. Según la recurrente, de aceptarse la tesis de la sentencia recurrida, el artículo 97.1 de la Ley Concursal quedaría vacío de contenido, y quedaría también vacía de contenido la facultad que el artículo 86 de la Ley Concursal da a la administración concursal para proceder a la inclusión o exclusión de los créditos. La infracción legal se produce cuando se aprecia la compensación pese a que el crédito que se compensa no está recogido en el informe de la administración concursal y tampoco ha impugnado la demandada la exclusión de su crédito a través del incidente concursal».

El Tribunal concreta la cuestión en «si el hecho de que el crédito de «Comercial» no aparezca reconocido en la lista de acreedores del concurso de «So-

luciones» impide que pueda ser «compensado» o, dicho de otro modo, si el reconocimiento concursal del crédito compensable es requisito necesario para que produzca sus efectos la compensación cuyos presupuestos concurrieron antes de la declaración de concurso.

Desde la perspectiva del Derecho de obligaciones y contratos, el Supremo recuerda, conforme a su propia doctrina, que la compensación es una forma de extinción de obligaciones (art. 1156 CC) que actúa *ope legis* cuando se dan los presupuestos de los artículos 1195 y 1196 del Código Civil, momento a partir del cual se produce el efecto extintivo (art. 1202 CC), al margen de cuándo se haga valer. Así, desde el punto de vista concursal, si los requisitos de la compensación concurren antes de la declaración de concurso, aunque la compensación sea alegada en un momento posterior, producirá efectos «como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas, esto es, antes de la declaración de concurso».

Por imperativo legal, los créditos frente al concursado anteriores a la declaración judicial de concurso formarán parte de la masa pasiva y para su cobro vía convenio o liquidación se precisa su reconocimiento y clasificación dentro del concurso. Ello responde al principio de paridad de trato —*par condicio creditorum*—, de modo que, si los acreedores no pueden ser satisfechos al margen del convenio o de la liquidación —salvo excepciones—, no podrá admitirse la compensación de créditos y deudas del concursado.

No obstante, la normativa concursal excepciona el régimen general y permite la compensación cuando los requisitos para compensar han concurrido antes de la declaración de concurso, aunque la resolución judicial o el acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a esa declaración. Alegada la compensación, su eficacia extintiva del crédito se retrotrae al momento en el que concurrieron los requisitos para compensar, antes de la declaración de concurso y de la formación de la masa pasiva.

En consecuencia, «el crédito compensado no precisa haber sido incluido en la lista de acreedores pues no se integra en la masa pasiva del concurso para someterse a la solución concursal que se adopte en el concurso, sea la del convenio, sea la de la liquidación». Ello se entiende sin perjuicio de que, «como prevé actualmente el último inciso del artículo 153 del Texto Refundido de la Ley Concursal, el hecho de que el acreedor haya comunicado al administrador concursal la existencia del crédito no impedirá la declaración de compensación cuando se cumpla lo previsto en la norma, esto es, que los requisitos de la compensación hubieran existido antes de la declaración de concurso».

A la luz de esta sentencia, en las páginas que siguen revisaremos la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a las cuestiones que suscita el ejercicio de la compensación en el concurso de acreedores.

II. EL PROBLEMA DE LA COMPENSACIÓN EN EL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL: LA LEGISLACIÓN APLICABLE A LOS HECHOS CONTROVERTIDOS

En el Derecho de quiebras español no existía una norma relativa a la posibilidad de que el deudor quebrado y el acreedor *in bonis* pudieran compensar los créditos y deudas recíprocos. No obstante, conforme a la doctrina de la compensación automática, podía pensarse que la compensación operaba, aunque no tuvieran conocimiento de ella los acreedores y los deudores (art. 1202 CC),

como consecuencia del vencimiento anticipado de los créditos que se producía «en virtud de la declaración de quiebra» (art. 883 C. de C.). Sin embargo, para que se diera esa compensación automática debían concurrir los requisitos para compensar previstos en el Código Civil (art. 1196), y no era posible entender que las deudas y créditos compensables estuvieran libres de contienda cuando «por virtud de la declaración de quiebra» se producía la indisponibilidad patrimonial del quebrado (art. 878 C. de C.). De ahí que la doctrina tradicional y dominante considerara que solo era posible la compensación en la quiebra cuando los presupuestos para compensar existían antes de la declaración judicial de quiebra. Si en el momento de la apertura del procedimiento de quiebra concurrían todos los requisitos previstos por el Derecho civil para la compensación, los créditos y deudas recíprocos se extinguirían en la cantidad concurrente, resultando un crédito o una deuda a favor o en contra del quebrado[1].

Esta tesis tradicional, que declaraba inadmisible la compensación después de la declaración de quiebra[2], será matizada en relación con el contrato de cuenta corriente, iniciándose una tendencia a la compensabilidad que encuentra acogida en la doctrina y la jurisprudencia en relación con los *créditos conexos* o créditos recíprocos *ex eadem causa*. Por esta vía, se llega a admitir la validez de los pactos de compensación en virtud de los cuales las partes acuerdan la compensación de créditos recíprocos nacidos de operaciones independientes cuando se hubiera establecido entre ellos una conexión generadora de un derecho de retención. De ahí que se dijera que la generalización de la compensación en la quiebra se debía a la necesidad de favorecer las relaciones de negocios recíprocas entre empresarios, y especialmente con los bancos[3].

El mecanismo jurídico de la compensación se ha fundado en una razón de utilidad, ya que se dirige a simplificar operaciones y evitar pagos repetidos, funcionando como un subrogado del pago. No obstante, también se ha atribuido a la compensación un fundamento de equidad, pues no parece muy leal y justo reclamar un crédito, cuando quien reclama es, a su vez, deudor del demandado. Y, finalmente, se ha reconocido a la compensación una eficacia de garantía y un alcance privilegiado, en la medida en que el que compensa deja de estar expuesto a la insolvencia del otro y a las consecuencias que acompañan la reclamación judicial del crédito[4].

En el ámbito mercantil, se justifica en «fortísimas razones de equidad» la compensación de las deudas recíprocas conexas, nacidas del mismo convenio o relación jurídica, y se llega a admitir, en línea con la evolución experimentada por otros ordenamientos, que no existen obstáculos en el Derecho español que impidan la compensación posterior al momento en que la quiebra se declara. De hecho, se entiende que para que la eficacia automática de la compensación no entre en juego por virtud del vencimiento anticipado de los créditos previsto en caso de quiebra sería necesario que una norma lo estableciese así expresamente. Y si, frente al automatismo con el que tradicionalmente se la concibe, se considerara que estamos ante una facultad que el ordenamiento atribuye a quien ostenta las condiciones de acreedor y deudor de otro, no parece que pueda privarse a los acreedores-deudores del quebrado de esa potestad en base únicamente a las exigencias del principio concursal de la paridad de trato. Sobre todo, si tenemos presente que la paridad de trato juega dentro de una regla de proporcionalidad[5], de manera que no puede impedirse la compensación, pues, al compensar, el deudor está eligiendo un instrumento de pago que el derecho pone a su disposición y no distrae en provecho de un acreedor el activo concursal. Por tanto, en ausencia de un precepto legal que prohíba el uso de esta facultad no se

podría privar de ella a quien la posea. Además, también parece poco equitativo que el acreedor y deudor recíproco deba satisfacer por entero su deuda en la quiebra, recibiendo solo a cambio un dividendo concursal. Así, del mismo modo que frente a las deudas recíprocas conexas *ex eadem causa* puede invocarse la excepción de incumplimiento contractual o de cumplimiento defectuoso, frente a las deudas *ex dispari causa* no parece imposible invocar la compensación[6]. Desde esta perspectiva, el acreedor-deudor obtiene mediante la facultad de compensar una tutela de su crédito semejante a la del retentor y, en definitiva, a la del acreedor en un contrato bilateral o con obligaciones recíprocas que, ante la falta de cumplimiento de la otra parte, puede suspender su propio cumplimiento mediante la excepción de contrato no cumplido o, incluso, liberarse de su propia obligación mediante la facultad resolutoria.

Ahora bien, una cosa es que todos estos mecanismos de tutela del crédito puedan desempeñar una función de garantía del cobro, y otra que el ordenamiento les reconozca un derecho de preferencia que los haga oponibles a los demás acreedores en el seno del procedimiento concursal. Sin ese reconocimiento, esas formas de tutela individual del crédito están llamadas a entrar en conflicto con la tutela concursal del crédito. Así, la tutela que proporciona el Derecho concursal opera un principio de preferencia, al margen del principio de proporcionalidad —que se aplica dentro de cada clase o categoría de acreedores concursales—, por el que solo determinadas formas de garantía son eficaces frente a los demás acreedores del deudor. Con la apertura del procedimiento concursal los créditos quedan reducidos al valor que se les atribuya en el concurso y al pago en base al dividendo resultante de la liquidación. Frente a ello, únicamente los créditos que entren dentro del sistema de preferencias reconocido por la norma serán compatibles con la tutela concursal. De admitir la compensación, no solo se está pagando a un acreedor, sino que se está afectando la esfera jurídico-patrimonial de otros acreedores, pues, si bien se reduce la masa pasiva, también lo hace paralelamente la garantía que todos los acreedores tienen para cobrar, el patrimonio sujeto al procedimiento, la masa activa[7]. Por razones de diversa índole —políticas, sociales o económicas— el legislador puede reconocer y hacer eficaz en el procedimiento concursal esa preferencia sobre el crédito, pero sin ese reconocimiento, la tutela, eficaz frente al deudor, no puede afectar a los demás acreedores de este inmersos en el procedimiento[8].

La Ley Concursal 22/2003 estableció por primera vez un precepto destinado a regular los efectos de la compensación en el concurso. La norma disponía que, declarado el concurso, no procedía la compensación de créditos y deudas del concursado, si bien produciría sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. Junto a esta regla sustantiva, otra regla procesal establecía que cualquier controversia al respecto debía resolverse por los cauces del incidente concursal[9].

Como señala la jurisprudencia, la Ley Concursal asume la postura de la doctrina mayoritaria sobre la compensación en la quiebra[10], de modo que la compensación se prohíbe con carácter general y solo sería posible compensar los créditos y deudas recíprocos entre el concursado y el acreedor-deudor *in bonis* cuando los presupuestos de la compensación ya concurrían al momento de la declaración de concurso. Pero la solución legal no resuelve todos los problemas que la compensación es susceptible de plantear en el ámbito concursal[11]. A estos efectos, la norma no distingue entre compensación legal y convencional, aunque de la literalidad del precepto podía deducirse que el legislador solo tenía presente la compensación legal[12]. Los requisitos previstos por el Derecho civil para la compensación debían concurrir antes de la declaración de concurso, sin que

fuera suficiente que se dieran *por virtud* del concurso. En consecuencia, la compensación exigía que, antes de la declaración judicial de concurso de acreedores, los créditos a compensar fueran homogéneos —del mismo género y calidad—, recíprocos, líquidos, vencidos y exigibles, sin que existiera contienda o retención sobre ninguno de ellos promovida por terceros. No obstante, se mantiene como excepción a la regla prohibitiva, la compensación de las obligaciones conexas o de los créditos *ex eadem causa*, así como de los créditos procedentes de un contrato de cuenta corriente mercantil[13], y se aclara que la prohibición de compensación afecta a los créditos concursales, pero no a los créditos contra la masa[14].

La reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, introdujo en el artículo 58 la precisión de que los efectos de la compensación cuyos requisitos concurrieron antes de la declaración de concurso debían producirse «aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella»[15].

Esta ha sido la regulación aplicable a los hechos controvertidos en la STS de 10 de enero de 2022, si bien, como revela la propia resolución, la normativa concursal vigente se encuentra contenida en el Texto Refundido de 5 de mayo de 2020[16].

Frente a la regulación anterior, el Texto Refundido clarifica la norma, pero también introduce una doctrina jurisprudencial acuñada al amparo de la práctica, que no parece exenta de problemas. Desde el punto de vista sistemático, el Texto Refundido de la Ley Concursal permite diferenciar entre: una compensación cuyos requisitos concurrieron antes de la declaración de concurso, que producirá plenos efectos, aunque la resolución o el acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad. Y una compensación posterior a la apertura del procedimiento. En este caso, la regla general es una regla prohibitiva: una vez declarado el concurso no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado. Ambas disposiciones son conformes con la doctrina tradicional y con la concepción civil de la compensación como medio de extinción de obligaciones que funciona como un subrogado del pago: allí donde el pago ya no es válido para satisfacer al acreedor, porque el concurso impone sus propios mecanismos de satisfacción del crédito, no puede admitirse con carácter general la compensación. Ahora bien, en el Texto Refundido se introduce un importante cambio sustantivo, la regla prohibitiva contiene una excepción originada en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo por la que, declarado el concurso, procederá la compensación de créditos y deudas que deriven de la misma relación jurídica[17]. La diversidad de supuestos que podrían acogerse a esta excepción puede ser tan amplia como impreciso es el concepto de «relación jurídica»[18].

En cualquier caso, parece que la excepción legal nos mantiene dentro de aquella tendencia a la compensabilidad criticada por la doctrina clásica, pero que se justifica por la utilidad práctica de la compensación en el ámbito del crédito[19]; si bien, para acoger otras «funcionalidades» de la compensación más allá de la puramente solutoria y, en concreto, la de instrumento para garantizar y asegurar el cumplimiento de las obligaciones, sería conveniente una construcción actualizada de la institución en el ámbito del Derecho civil[20].

III. EL EJERCICIO DE LA COMPENSACIÓN EN EL CONCURSO DE ACREEDORES: LA COMUNICACIÓN DEL CRÉDITO NO ES REQUISITO PARA COMPENSAR

En cuanto mecanismo de extinción de obligaciones (art. 1156 CC), la compensación puede ejercerse por el propio concurso, ya que no existe inconveniente

para que el pago de los créditos concursales durante la liquidación o en cumplimiento del convenio se haga mediante compensación de los créditos que el concursado tenga frente al acreedor concursal. De ahí que la compensación se haga con respecto a la parte del crédito concursal que resulte exigible en base a la cuota de liquidación o de acuerdo con el porcentaje que corresponda al acreedor según convenio. El acreedor consigue la satisfacción del crédito, pero solo en la medida en que sería satisfecho aplicando las reglas de pago en el concurso. Desde esta perspectiva, son compensables también los créditos contra la masa, en cuanto se contraponen legislativamente a los créditos concursales y su pago se realiza, salvo excepciones, a sus respectivos vencimientos (arts. 242 a 248 TRLC). Son créditos que no integran la masa pasiva (art. 251 TRLC), y por su propia naturaleza y finalidad se han considerado créditos *extraconcursales*, de modo que no sufren los efectos previstos para los créditos concursales como consecuencia de la declaración de concurso y pueden compensarse con créditos del concursado por toda su cuantía[21].

Por otro lado, el acreedor puede alegar la compensación frente al concurso, cuando los requisitos para compensar concurran antes de la declaración de concurso y no por virtud de los efectos del propio concurso, cualquiera que sea la naturaleza de la relación contractual existente entre las partes, y siempre y cuando estemos ante créditos compensables por homogéneos, sin que sea necesario que el acreedor conozca la situación y la alegue con anterioridad al concurso.

Ahora bien, declarado el concurso pueden plantearse distintas situaciones según que el acreedor *in bonis* comunique el saldo resultante de la compensación o su crédito frente al concursado, o bien permanezca inactivo.

Dado el automatismo de la compensación, puede ocurrir que el acreedor comunique en el concurso el saldo resultante de la compensación a su favor. La administración concursal podrá o no admitir la compensación: aceptará la compensación si no incluye en el inventario de bienes y derechos de la masa activa el derecho de crédito de la concursada contra el acreedor *in bonis* y, al mismo tiempo, incluye en la lista de acreedores de la masa pasiva el saldo resultante de la compensación. Pero, es posible que la administración concursal no acepte la compensación e incluya el crédito y la deuda recíprocos en la masa activa y en la masa pasiva. Ante el acreedor *in bonis*, parecen abrirse, entonces, dos posibilidades: de un lado, impugnar el inventario solicitando la exclusión del derecho de crédito en su contra y, paralelamente, la lista de acreedores reclamando la reducción de la cuantía del crédito a su favor frente al concurso[22]; de otro, promover un incidente concursal al objeto de que sea el juez del concurso quien decida sobre la compensación. En este sentido, frente al laconismo de la regla contenida en el artículo 58 de la Ley Concursal que, en caso de controversia, establecía que «esta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal», el apartado 3 del artículo 153 del Texto Refundido recoge con mayor claridad que «la controversia sobre el importe de los créditos y deudas a compensar y la concurrencia de los presupuestos de la compensación se resolverá por el juez del concurso por los cauces del incidente concursal». No obstante, algunas cuestiones subsisten, ya que, si bien se establece plazo para impugnar el inventario y la lista de acreedores (art. 297. 2 TRLC), no se establece plazo para interponer la demanda incidental. Vigente la Ley Concursal, se entendió que, si los efectos de la compensación deben trasladarse al inventario y la lista de acreedores, debía aplicarse a la demanda incidental el plazo previsto para la impugnación de esos documentos que acompañan el informe de la administración concursal[23]. En consecuencia, si dentro del plazo legalmente previsto para la impugnación del

inventario y de la lista de acreedores el acreedor ni impugna esos documentos ni plantea demanda de incidente concursal sobre la compensación pierde la posibilidad de hacerlo posteriormente[24].

Aún es posible que el acreedor comunique su crédito por la totalidad sin alegar la compensación ni por la vía de la impugnación de la lista de acreedores y del inventario, ni por la vía del incidente concursal; o bien que no haga nada, esto es, que ni siquiera haya comunicado su crédito en el concurso. Frente a la tesis expuesta que exige que el acreedor actúe en todo caso dentro del plazo previsto para la impugnación del inventario y de la lista de acreedores, se abre paso una posición minoritaria conforme a la cual la falta de alegación de la compensación no puede considerarse como una renuncia a la misma, ya que la renuncia a la facultad de compensar exigiría una declaración expresa en tal sentido[25]. Además, se admite que la compensación es viable también una vez finalizada la fase común, pues con la estimación de la compensación no se perjudica al resto de acreedores concursales más de lo que se les hubiera perjudicado de haberse producido la compensación en un momento anterior[26].

Frente a estas tesis, la solución legislativa no es del todo concluyente. El Texto Refundido de la Ley Concursal afirma que «[L]a compensación cuyos requisitos hubieran existido antes de la declaración de concurso producirá plenos efectos, aunque sea alegada después de esa declaración o aunque la resolución judicial o el acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella. *El hecho de que el acreedor haya comunicado al administrador concursal la existencia del crédito no impedirá la declaración de compensación*»[27]. La norma solo permite entender que la comunicación del crédito no impide que la compensación sea declarada posteriormente, siempre que los requisitos legales para compensar hubieran existido antes de la declaración de concurso. Y que el hecho de que el acreedor *in bonis* comunique en el concurso su crédito por la totalidad no puede considerarse como una renuncia a la facultad de compensar. Pero no está claro si la declaración de compensación podría producirse tanto a instancia del propio acreedor como a instancia de la administración concursal, ni si la compensación puede alegarse en cualquier momento, incluso una vez concluida la fase común. Y, sobre todo, la norma no aclara si la comunicación del crédito es necesaria para poder plantear la reclamación de compensación; cuestión objeto de controversia en la STS de 10 de enero de 2022.

Esta resolución, que tomamos como referencia, concluye que el crédito compensable no precisa haber sido incluido en la lista de acreedores, ya que no integra la masa pasiva del concurso ni se somete a la solución concursal. La concurrencia de los requisitos para compensar con anterioridad a la declaración de concurso y el automatismo de la compensación, que retrotrae sus efectos al momento en el que concurrieron aquellos presupuestos, antes de la apertura del procedimiento concursal, colocan al crédito compensable extramuros del concurso. Si el crédito al resultar compensable antes del concurso ha de extinguirse en la cantidad concurrente, no deberá comunicarse en el procedimiento. Lo que habrá que comunicar será el saldo resultante de la compensación a favor del acreedor *in bonis* cuya deuda frente al concurso se extinguió en la cantidad concurrente. Al mismo tiempo, la sentencia se refiere a la regulación vigente del Texto Refundido de la Ley Concursal y de todo ello puede extraerse que ni la comunicación ni la falta de comunicación del crédito compensable (no del saldo resultante de la compensación), pueden suponer un obstáculo para plantear la compensación cuando los requisitos para compensar concurran antes de la declaración de concurso.

Finalmente, debemos aludir a una cuestión que, aunque no se plantea en la resolución de referencia, llama la atención desde el primer momento: la controversia no se ha suscitado en el juzgado mercantil que está conociendo del concurso, sino ante los juzgados de primera instancia. En el supuesto planteado en la STS de 10 de enero de 2022, no se debate una cuestión sustantiva, sino de alcance procesal. Según se afirma, no se cuestiona que se trata de distintos créditos compensables y tampoco que los requisitos de la compensación de créditos concurrían antes de la declaración de concurso. Se plantea únicamente una cuestión procesal, la de determinar si la falta de reconocimiento del crédito del acreedor *in bonis* supone un obstáculo para compensar. No obstante, de la lectura de los hechos se deducen otros posibles óbices procesales.

El concursado o la administración concursal habían formulado demanda de juicio ordinario reclamando al deudor el pago de su crédito frente al concurso. Al tratarse de una acción civil con trascendencia patrimonial que no se dirige contra el patrimonio del concursado, sino contra el patrimonio del acreedor *in bonis*, tanto bajo la Ley Concursal (art. 8-1.º) cuanto según el vigente Texto Refundido de la Ley Concursal (art. 52-1.ª), la competencia la conserva el juez de primera instancia, y no se ve atraída por el carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción del juez que conoce del concurso de acreedores. Ahora bien, una vez que el acreedor alega la compensación y el juez debe pronunciarse sobre la misma, la decisión del juez estaría afectando a la composición de las masas activa y pasiva del concurso. A estos efectos, planteada la excepción de compensación, y puesto que técnicamente se estaría reconviniendo (art. 408.1 LEC)[28], podría cuestionarse si la competencia para conocer de la compensación no correspondería al juez del concurso, ya que el propio artículo 58 de la Ley Concursal remite al trámite del incidente concursal toda controversia sobre la compensación de créditos una vez abierto el concurso de acreedores. Frente a esta cuestión, al objeto de mantener la competencia del juez de primera instancia para resolver sobre la compensación alegada, se ha entendido que la norma concursal no tiene otro alcance que el de establecer el cauce procesal para dirimir la cuestión que ante el propio juez del concurso se suscite. Por tanto, no se trataría de una norma de delimitación de la competencia del juez del concurso que excluya la de otros tribunales del mismo grado ante los que se oponga, por quien tenga derecho a hacerlo, la compensación como hecho extintivo del derecho que la concursada o la administración concursal invocan como fundamento de su pretensión[29].

No obstante, debe reseñarse, al respecto, la STS de 21 de junio de 2013[30], en la que se recurre ante la decisión de la Audiencia Provincial de estimar la falta de competencia objetiva del juzgado de primera instancia para resolver sobre la reconvención interesada, que había conducido a la declaración de la nulidad de actuaciones tras la admisión a trámite de la reconvención y de los pronunciamientos realizados respecto de esta, así como de la compensación de créditos. En este caso, como en el de la Sentencia de 10 de enero de 2022, antes de la declaración de concurso se entabla demanda frente al acreedor-deudor en reclamación de la cantidad adeudada, y la contestación, en la que se plantea demanda reconvencional reclamando la compensación, ya es posterior a la declaración de concurso. Pues bien, el Tribunal Supremo considera que no existe inconveniente para que la compensación se haga valer por vía reconvencional aún después de la declaración de concurso, de modo que el juzgado de primera instancia era competente para conocer de la reconvención planteada y la Audiencia Provincial debió resolver sobre la compensación objeto de reconvención; y, sin perjuicio de que, cuando resulte un saldo a favor del acreedor *in bonis,* la

sentencia declarativa no altere la necesidad de comunicar el crédito en el concurso y este se satisfaga bajo alguna de las soluciones concursales, convenio o liquidación, dentro del concurso.

En esta línea, la cuestión parece haberse resuelto definitivamente por la STS de 15 de mayo de 2021[31], donde se afirma que, si bien la normativa concursal establece un cauce procesal expreso para las controversias sobre la compensación, el incidente concursal, del que solo puede conocer el juez del concurso, esta previsión legal no impide al acreedor *in bonis* oponer la excepción de compensación frente a la demanda de reclamación del crédito interpuesta contra él por la concursada ante el juzgado de instancia. En un supuesto en el que, como en la Sentencia de 10 de enero de 2022, no se discute que las deudas y créditos que la concursada tenía frente al acreedor-deudor *in bonis* provengan de relaciones contractuales distintas, el tribunal de instancia puede entrar a analizar si se cumplían los requisitos de la compensación antes de la declaración de concurso.

En consecuencia, del iter jurisprudencial que conduce a la STS de 10 de enero de 2022 puede deducirse, en primer lugar, que la norma concursal solo exige que los requisitos previstos para la compensación por el Derecho de obligaciones y contratos concurran con anterioridad a la declaración judicial de concurso de acreedores y no por mor del propio concurso, sin que el concurso conlleve requisitos adicionales para la eficacia de la compensación. En segundo lugar, que no solo no se precisa que el crédito compensable haya sido reconocido por la administración concursal, sino que, en principio, la compensación puede alegarse en cualquier momento con posterioridad a la declaración de concurso, ya que no se establece ni trámite para su alegación ni plazo procesal para solicitarla. En tercer lugar, que la declaración de compensación puede proceder tanto de la resolución del juez del concurso por la vía del incidente concursal, cuanto del juzgado de primera instancia competente para conocer de la reclamación del concursado frente al acreedor *in bonis*. Y, en cuarto lugar, que, declarada la compensación, su eficacia extintiva del crédito se retrotrae al momento en que concurrían los requisitos para compensar, antes de la declaración de concurso.

IV. CONCLUSIONES

I. Con arreglo a la función solutoria que el Código Civil atribuye a la compensación, el Derecho concursal español ha establecido como regla general la prohibición de compensar los créditos y deudas recíprocos entre el acreedor *in bonis* y el concursado una vez declarado el concurso.

II. La práctica empresarial mantiene una constante tendencia a la compensación dado que facilita la liquidación de las relaciones comerciales y, al mismo tiempo, permite asegurar el cumplimiento de la obligación. En la doctrina y la jurisprudencia se ha abierto paso esta función de garantía de la compensación, si bien su reconocimiento en sede concursal requeriría una construcción actualizada de la figura en el Derecho civil.

III. Cuando los requisitos para compensar concurran antes de la declaración de concurso, la compensación podrá ser alegada por el acreedor *in bonis* sin necesidad de que su crédito haya sido reconocido y clasificado en el procedimiento concursal y podrá ser declarada tanto por el juez del concurso como por el tribunal de instancia.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

Tribunal Supremo

- STS de 10 de diciembre de 1941
- STS de 11 de octubre de 1988
- STS de 20 de mayo de 1993
- STS de 19 de abril de 1997
- STS de 24 de septiembre de 1997
- STS de 18 de febrero de 2013
- STS de 21 de junio de 2013
- STS de 15 de abril de 2014
- STS de 30 de mayo de 2014
- STS de 24 de julio de 2014
- STS de 11 de enero de 2018.
- STS de 17 de octubre de 2018
- STS de 5 de marzo de 2019
- STS de 21 de marzo de 2019
- STS de 15 de mayo de 2021
- STS de 10 de enero de 2022

Tribunal de Conflictos de Jurisdicción

- STCJ de 28 de junio de 2004
- STCJ de 19 de octubre de 2005
- STCJ de 24 de abril de 2006
- STCJ de 22 de junio de 2009

Tribunal Económico Administrativo Central

- Resolución de 26 de febrero de 2019
- Resolución de 24 de septiembre de 2019

Audiencias Provinciales

- SAP de Barcelona de 23 de septiembre de 2008
- AAP de Córdoba de 11 de mayo de 2009
- SAP de Oviedo de 19 de octubre de 2009
- SAP de León de 10 de junio de 2010
- SAP de Pontevedra de 25 de noviembre de 2010
- SAP de Zaragoza de 11 de febrero de 2011
- SAP de Madrid de 9 de mayo de 2011
- SAP de Valencia de 20 de junio de 2011
- SAP de Barcelona de 23 de junio de 2011
- SAP de Salamanca de 27 de marzo de 2012

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- SJM núm. 1 de Santander de 28 de febrero de 2007
- AJM núm. 1 de Oviedo de 13 de marzo de 2007
- SJM núm. 1 de San Sebastián de 29 de octubre de 2008
- SJM núm. 1 de Pontevedra de 15 de febrero de 2010
- SJM núm. 1 de Alicante de 10 de junio de 2010
- SJM núm. 6 de Madrid de 18 de febrero de 2013

VI. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN, E. (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.

— (2012). Créditos contra la masa. En Beltrán/García-Cruces, *Enciclopedia de Derecho concursal,* T.I, Pamplona: Aranzadi, 877 a 899.

BELTRÁN, E y SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2009). *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, Cizur Menor: Civitas, 532 a 547.

BERMEJO, N. (2004). Prohibición de compensación (art. 58). En: Rojo/Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, T.I, Madrid: Civitas, 1084 a 1102.

CARRASCO, A. (2020). La «tela de Penélope» del texto refundido concursal: ahora, la compensación postconcursal, en https://www.ga-p.com/publicaciones/la-tela-de-penelope-del-texto-refundido-concursal-ahora-la-compensacion-postconcursal/, (última consulta 12 de abril de 2022).

CORDÓN MORENO, F. (1995). *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial*, Pamplona: Aranzadi.

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N. (2005). La compensación en la Ley Concursal. Régimen general y excepciones. Libro Homenaje a Manuel Olivencia: *Estudios sobre la Ley Concursal*, T. III, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2621 a 2653.

DÍEZ-PICAZO (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* vol. II, Cizur Menor: Civitas, 611 a 631.

GALÁN LÓPEZ, C. (2005). Algunas cuestiones en torno al régimen de compensación de créditos en la Ley Concursal de 2003. Libro Homenaje a Manuel Olivencia: *Estudios sobre la Ley Concursal*, T. III, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 22737 a 2763.

GARRIDO, J.M. (2000). *Tratado de las preferencias del crédito*. Madrid: Civitas.

— (1998). *Preferenza e proporzionalità nella tutela del crédito*, Milano: Giuffrè.

GÓNZALEZ-CARRERÓ FOJÓN, P. (2018). Los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos. En Campuzano/Sanjuán y Muñoz (dirs.), *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 477 a 494.

LACRUZ (2011). *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, Madrid: Dykinson, 289 a 299.

LÓPEZ ORTEGA, R. (2005). La compensación en el concurso. Libro Homenaje a Manuel Olivencia: *Estudios sobre la Ley Concursal*, T. III, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2841 a 2869.

ROJO/BELTRÁN (2013). *Legislación y jurisprudencia concursales*. Pamplona: Aranzadi, 177 a 183.

RUBIO, J. (1955). La declaración de quiebra y los créditos pendientes, en http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/paginas/TOMOS_ACADEMIA/010-09-RUBIO_GARCIA-MINA_JESUS_10_1959.pdf, 215 a 246.

SANCHO GARGALLO, I. (2012). Compensación de créditos. En Beltrán/García-Cruces, *Enciclopedia de Derecho concursal,* T.I, Pamplona: Aranzadi, 467 a 475.
SITJAR BURGUERA, B. (2001). La compensación en los procedimientos concursales, Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, en http://ibdigital.uib.es/greenstone/sites/localsite/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_2.dir/Bajlib_2001_t005_005.pdf, 5 a 15.
URÍA, R. (1950). Reaseguro, quiebra y compensación: (Consideraciones acerca de la posición del reasegurador-vida en la quiebra de la entidad cedente). *RDM*, núm. 30, 371 a 410.
URÍA/MENÉNDEZ/BELTRÁN (2001). Efectos de la declaración de quiebra. En el *Curso de Derecho mercantil*, T. II, Madrid: Civitas, 939 a 942.

NOTAS

[1] RUBIO, J. (1955), La declaración de quiebra y los créditos pendientes, en http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/paginas/TOMOS_ACADEMIA/010-09-RUBIO_GARCIA-MINA_JESUS_10_1959.pdf, 233 y 234.

[2] Procede de la influencia directa del Derecho francés, que concibe la compensación como un instrumento de pago abreviado; a diferencia del Derecho alemán, que había construido la teoría civil de la compensación como una variante del derecho de retención y, en definitiva, como un mecanismo de garantía, de modo que el legislador alemán dejaba fuera de la quiebra los créditos que gozaban de garantía especial y la compensación se admitía con carácter general (parágrafos 53 y 54 *Konkursordnung* de 1877). Por su parte, el Derecho italiano evoluciona desde posiciones que rechazan la compensación una vez declarada la quiebra, por la imposibilidad de disponer del patrimonio del quebrado para satisfacer a unos acreedores con perjuicio de otros, hasta admitir la compensación sin limitación en el artículo 56 de la *legge fallimentare* de 1942, v. URÍA, R. (1950), Reaseguro, quiebra y compensación: (Consideraciones acerca de la posición del reasegurador-vida en la quiebra de la entidad cedente), *RDM*, núm. 30, 393 a 399.

[3] Así lo deduce RUBIO de una jurisprudencia que dejaba abierta la posibilidad de extender la excepción prevista para la compensación propia de la cuenta corriente a determinadas «situaciones contractuales análogas que crean las prácticas bancarias», v. La declaración de quiebra y los créditos pendientes, *cit.,* 240. De hecho, tanto RUBIO como URÍA, Reaseguro, quiebra y compensación: (Consideraciones acerca de la posición del reasegurador-vida en la quiebra de la entidad cedente), *cit.,* 399, núm. 29] citan una STS de 10 de diciembre de 1941, en la que el Tribunal admitía la compensación a la fecha de la suspensión de pagos entre los saldos arrojados por *dos diferentes cuentas corrientes* abiertas en un mismo banco, fundándose en la existencia de un *pacto de comunicabilidad de cuentas y compensación de los respectivos saldos*.

Desde la práctica, Bartolomé SITJAR BURGUERA (2001) afirma que la compensación es más mercantil que civil, marcada por el uso de la cuenta corriente, tanto mercantil como bancaria, y ofrece una visión generalizada de las dos posiciones doctrinales, a favor y en contra de la compensación, y de la jurisprudencia, que a partir de dos Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de abril y 24 de septiembre de 1997 parece abrir el camino a la posibilidad de compensar créditos y deudas recíprocos en los procedimientos concursales, v. La compensación en los procedimientos concursales, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares*, en http://ibdigital.uib.es/greenstone/sites/localsite/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_2.dir/Bajlib_2001_t005_005.pdf, (última consulta 13 de abril de 2022).

En relación con la suspensión de pagos, CORDÓN (1995) señala dos Resoluciones del Tribunal Supremo, la de 20 de mayo de 1993, que rechaza la compensación en base a que frustraría el fin principal de la suspensión de pagos, que es conseguir la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados; y la de 11 de octubre de 1988, que la declara

admisible con fundamento en la equidad, v. *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial*, Pamplona: Aranzadi, 87.

[4] V. LACRUZ (2011), *Elementos de Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, Madrid: Dykinson, 289 y 290. Y, especialmente, DÍEZ-PICAZO (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* vol. II, Cizur Menor: Civitas, 612 y 613, quien señala su eficacia en la «práctica bancaria» del Derecho romano clásico, en la *bonorum venditio* romana y en los contratos de buena fe. También URÍA acude al origen y evolución histórica de la figura para admitir la compensación en la quiebra. Así, el *agere cum deductione* del *bonorum emptor* permitía al deudor, al que se le reclamaba la deuda, oponer el crédito contra el insolvente, como una aplicación específica del derecho de retención. Y en el mismo sentido Las Partidas, al tratar del depósito, equiparaban la compensación a la prenda, v. Reaseguro, quiebra y compensación: (Consideraciones acerca de la posición del reasegurador-vida en la quiebra de la entidad cedente), *ob. cit.,* 407 y 408.

[5] Aunque, como afirma GARRIDO (2000), [P]or razones que solo la evolución histórica y económica pueden explicar, el principio de preferencia ha desplazado de tal manera al principio de proporcionalidad que ha de dudarse, incluso, de su existencia real en la mayoría de los ordenamientos actuales, entre ellos el español, v. *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid: (Civitas), 33. Y, especialmente, del mismo autor, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del crédito*, Milano: Giuffrè, sobre todo, 279 y sigs. La satisfacción de los acreedores a prorrata solo existe dentro de cada clase o categoría de créditos, fuera lo que existen son privilegios o causas de preferencia.

[6] V. URÍA, R. (1950), Reaseguro, quiebra y compensación: (Consideraciones acerca de la posición del reasegurador-vida en la quiebra de la entidad cedente), *ob. cit.,* 401 a 408, quien esgrime importantes argumentos para «encajar en el marco legal español» la compensación de créditos y deudas del quebrado después de la declaración de quiebra. De un lado, en orden a la exigencia de que no concurra sobre ninguna de las deudas retención o contienda promovida por terceros y notificada oportunamente al deudor (art. 1196-5.º CC), considera que el requisito está pensado para los créditos litigiosos, pero no para la quiebra. De otro, con respecto al argumento de la indisponibilidad del quebrado, que se funda en la necesidad de destinar los bienes que integran la masa activa de la quiebra a la satisfacción de los acreedores conforme al principio de *par condicio creditorum*, se pone de manifiesto que el mismo principio rige en los sistemas de tipo germánico y ello no obsta para que se reconozca el juego de la compensación en la quiebra; como tampoco fue obstáculo para admitir la compensación en el Derecho de quiebras italiano.

V., también, URÍA/MENÉNDEZ /BELTRÁN (2001). Efectos de la declaración de quiebra. En el *Curso de Derecho mercantil*, T. II, Madrid: Civitas, 941 y 942.

[7] RUBIO, J. (1955), La declaración de quiebra y los créditos pendientes, en http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/paginas/TOMOS_ACADEMIA/010-09-RUBIO_GARCIA-MINA_JESUS_10_1959.pdf, 237 a 241.

[8] La compensación funcionaría, por tanto, como una «causa de preferencia atípica», que carecería de publicidad y que, además, favorecería a los acreedores profesionales. En consecuencia, no se podría admitir la compensación como regla general, no tanto porque atente contra el principio de igualdad de los acreedores, cuanto porque atenta contra el principio de tipicidad de las causas de preferencia, v. GARRIDO (2000), *Tratado de las preferencias del crédito*, *cit.*, 521 a 524.

En este sentido, también, DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N. (2005). La compensación en la Ley Concursal. Régimen general y excepciones. Libro Homenaje a Manuel Olivencia: *Estudios sobre la Ley Concursal*, T. III, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2637 y 2638.

[9] Artículo 58. Prohibición de compensación.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.

En caso de controversia en cuanto a este extremo, esta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.

[10] El hecho de que el procedimiento de concurso de acreedores presente diferencias sustanciales con la quiebra no impide adoptar igualmente una solución contraria al juego de

la compensación una vez abierto el procedimiento. A mayor abundamiento, la drástica poda de privilegios que caracteriza la Ley Concursal y la preeminencia que se da al principio de igualdad de tratamiento de los acreedores que, con arreglo a la propia exposición de motivos (epígrafe V), ha de constituir la regla general del concurso», de modo que «sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas, ponen de manifiesto la imposibilidad de admitir privilegios o preferencias no reconocidos por la norma, v. LÓPEZ ORTEGA, R. (2005). La compensación en el concurso. Libro Homenaje a Manuel Olivencia: *Estudios sobre la Ley Concursal*, T. III, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2841 a 2869.

[11] V. GALÁN LÓPEZ, C. (2005). Algunas cuestiones en torno al régimen de compensación de créditos en la Ley Concursal de 2003. Libro Homenaje a Manuel Olivencia: *Estudios sobre la Ley Concursal*, T. III, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2737 a 2763.

[12] En los tribunales, se mantiene por algunos que «la prohibición legal no podría quedar sin efecto por el hecho de que el contrato de descuento de efectos sea suscrito y autorizado por los administradores concursales, pues su intervención no puede suponer la derogación de una norma legal. Permitir la eficacia de los acuerdos de compensación al margen del concurso cuando este ya se ha iniciado supondría una infracción de la *par condicio creditorum*, al habilitar una vía de pago ajena al procedimiento concursal», v. SAP de Valencia de 20 de junio de 2011. En cambio, otros consideran que son válidas las operaciones de compensación de créditos realizadas con posterioridad a la declaración de concurso cuando existe un mandato otorgado por la concursada que ampara la compensación diaria de las deudas y créditos que esta ostentase contra determinado acreedor (compensación convencional), v. SAP de Zaragoza de 11 de febrero de 2011, si bien en el caso enjuiciado se cumplían los requisitos legales para la compensación antes de la declaración de concurso.

[13] V., por todas, la SJM núm. 6 de Madrid de 18 de febrero de 2013, [Autos 810/12; F.J. Vaquer Martín].

[14] V. BERMEJO, N. (2004). Prohibición de compensación (art. 58). En: Rojo/Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, T.I. Madrid: Civitas, 1084 a 1097.

Con el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que traspuso la Directiva 2002/47/CE, se introduce otra regla especial que excepciona la prohibición de compensación para los acuerdos marco de operaciones financieras y para las garantías financieras ligadas a esos acuerdos. Ante el contrato marco, se produce la sustitución de la pluralidad de deudas y créditos recíprocos procedentes de determinadas operaciones financieras por una única deuda o crédito cuyo importe será la suma neta de los importes de cada una de las deudas y créditos recíprocos derivados de esas operaciones financieras; operativa que tendrá plena vigencia aun en caso de concurso de cualquiera de las partes del acuerdo. De este modo, declarado el concurso de cualquiera de los partícipes del acuerdo, se incluirá como crédito o deuda, según corresponda, el importe neto de las operaciones financieras que integran el contenido del acuerdo, calculado conforme a las reglas establecidas en el mismo (arts. 5 y 16 RDL 5/2005). Junto a ello, al amparo de la regla especial, es posible pactar la compensación como mecanismo de garantía financiera constituida sobre efectivo, valores u otros instrumentos financieros y con el fin de garantizar operaciones financieras (arts. 6 y 15 RDL 5/2005), v. SANCHO GARGALLO, I. (2012) Compensación de créditos. En Beltrán/García-Cruces, *Enciclopedia de Derecho concursal,* T.I. Pamplona: Aranzadi, 470.

Para una visión jurisprudencial de la compensación en los primeros años de aplicación de la Ley Concursal, v. BELTRÁN/SÁNCHEZ PAREDES (2009). *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*. Cizur Menor: Civitas, 532 a 547. También, ROJO/BELTRÁN (2013). *Legislación y jurisprudencia concursales*. Pamplona: Aranzadi, 177 a 183.

[15] La reforma obedece a la pretensión de dejar sin efecto la doctrina del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (Resoluciones de 28 de junio de 2004, 19 de octubre de 2005, 24 de abril de 2006 y 22 de junio de 2009) que negaba efectos a la compensación de los créditos públicos concursales acordada por la Administración después de la declaración de concurso (en aplicación de esta doctrina puede citarse la SJM núm. 1 de San Sebastián de 29 de octubre de 2008 y la SAP de León de 10 de junio de 2010). En consecuencia, tras la reforma, no podrá ser obstáculo para la compensación que el acto administrativo que la declare sea posterior a la declaración de concurso, siempre que los requisitos para com-

pensar se hubieran cumplido con anterioridad a la declaración de concurso, v. SANCHO GARGALLO, I. (2012) Compensación de créditos, *cit.,* 470.

V. STS de 18 de febrero de 2013, en relación con las facturas rectificadas de IVA, en las que se deduce del IVA soportado, el IVA repercutido por los acreedores por las facturas no pagadas, en el *ADCo*., núm. 30, 433 y 434. Asimismo, la STS de 22 de julio de 2013, en el *ADCo.*, núm. 31, 577 a 582. Para que proceda la compensación los créditos y deudas han de corresponder a liquidaciones del mismo periodo de tiempo, v. STS de 11 de enero de 2018.

[16] Un texto que está sujeto a inminente reforma para la necesaria adaptación del Derecho concursal español a la Directiva 2019/1023, 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 2017/1132, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades. La labor de incorporación del Derecho europeo ha desembocado en el Proyecto de Ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal de 14 de enero de 2022, en el que, en principio, no se contemplan cambios en el régimen de los efectos del concurso sobre los créditos y, específicamente, en materia de compensación.

[17] V. STS de 21 de junio de 2013 [Recurso 449/11; ponente: F.J. ORDUÑA MORENO] en el *ADCo.*, núm. 33, 602 a 606, en la que el Tribunal entiende, en base a una «interpretación razonable» del artículo 58 de la Ley Concursal, que «la prohibición de compensación no alcanza a la que se produce como consecuencia misma de la liquidación de una misma relación contractual». También, en la sentencia de 15 de abril de 2014 [Recurso 877/12; ponente: S. SASTRE 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, en base a que 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 sentencia de 30 de mayo de 2014 [Recurso 724/2012; ponente: J.R. FERRÁNDIZ GABRIEL], no se aplica la prohibición de compensación al supuesto de compensación judicial cuando el proceso es necesario para resolver la relación contractual —contrato de obra— en la que una de las partes ha sido declarada en concurso, aunque el proceso en el que se liquidó el contrato concluyó con posterioridad a la apertura del procedimiento concursal, v. *ADCo*., núm. 34, 658 y 659. Y, en el mismo sentido, STS de 24 de julio de 2014 [Recurso 2912/2012; ponente: I. SANCHO GARGALLO], en *ADCo*., núm. 35, 337 a 340; STS de 17 de octubre de 2018 [Recurso 3099/2015; P. J. VELA TORRES], *ADCo*., núm. 46, 297 a 303; y STS de 5 de marzo de 2019 [Recurso 2334/2016; ponente: I. SANCHO GARGALLO], en *ADCo.*, núm. 48, 456 a 560. Finalmente, en la STS de 21 de marzo de 2019 [Recurso 1594/2016; ponente: I. SANCHO GARGALLO], *ADCo.*, núm. 48, 460 a 468, se recoge como *doctrina jurisprudencial* la de que queda excluida la prohibición de compensación cuando la compensación se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual de la que han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración de concurso de una de las partes.

[18] Así se ha puesto de manifiesto por CARRASCO, A. (2020). La «tela de Penélope» del texto refundido concursal: ahora, la compensación postconcursal, en https://www.ga-p.com/publicaciones/la-tela-de-penelope-del-texto-refundido-concursal-ahora-la-compensacion-postconcursal/, (última consulta 12 de abril de 2022).

[19] En BERMEJO (2004), encontramos ya una interpretación «superadora de la ley», derivada de aquellas excepciones a la prohibición de compensación que tradicionalmente se habían aceptado por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia relativas a las obligaciones conexas o *ex eadem causa*. Se trataría de obligaciones que procederían del mismo núcleo obligacional, y en las que resulta evidente la funcionalidad de la compensación como mecanismo de garantía, ya que, antes de la declaración de concurso, se genera entre las partes de la relación jurídica una expectativa de compensación que sería digna de protección, v. Prohibición de compensación, (art. 58), *cit.,* 1099 a 1102.

Posteriormente, SANCHO GARGALLO (2012) mantiene que «también es posible que, a pesar de faltar alguno de los requisitos legales, pueda acordarse la compensación por haberse pactado así entre las partes, ordinariamente como mecanismo de garantía: se con-

cede crédito teniendo en cuenta la existencia de deudas anteriores con las que se podría compensar», v. Compensación de créditos, *cit.,* 470.

[20] V., entre otros, DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N. (2005). La compensación en la Ley Concursal. Régimen general y excepciones, *cit.,* 2639 y 2640.

[21] V., por todos, BELTRÁN, E (2004). Créditos concursales y créditos contra la masa (art. 84). En: Rojo/Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, T. I. Madrid: Civitas, 1505; y de (2012). Créditos contra la masa. En Beltrán/García-Cruces, *Enciclopedia de Derecho concursal,* T.I, Pamplona: Aranzadi, 890. También, entre otras, la SAP de Barcelona de 23 de septiembre de 2008. Para que proceda la compensación habrán de cumplirse los requisitos civiles para compensar y las reglas concursales para el pago de créditos contra la masa, esto es, el criterio del pago al vencimiento, v., a estos efectos, la SAP de Oviedo de 19 de octubre de 2009.

Ahora bien, hay que tener presente que es doctrina consolidada del Tribunal Supremo la que establece que, una vez abierta la fase de liquidación del concurso, no cabe iniciar ejecuciones separadas de créditos contra la masa y no procede ni el embargo ni la compensación con este fin, v., las Resoluciones de 26 de febrero y 24 de septiembre de 2019 del Tribunal Económico Administrativo Central que recoge esa doctrina al objeto de delimitar la autotutela ejecutiva de la administración, en *ADCo.*, núm. 50, 493 a 521.

[22] No obstante, no han faltado juzgados que han considerado que «en relación a una eventual compensación de créditos y deudas del concursado, corresponderá a la parte que invoca la compensación acreditar la concurrencia de los requisitos del artículo 1195 del Código Civil antes de la declaración de concurso, no siendo, además, el cauce del incidente de impugnación de la lista de acreedores, el medio procesal oportuno, al igual que tampoco lo es para el reconocimiento de los créditos contra la masa», v. SJM núm. 1 de Alicante de 10 de junio de 2010.

[23] V. GÓNZALEZ-CARRERÓ FOJÓN, P. (2018). Los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos. En Campuzano/Sanjuán y Muñoz (dirs.), *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 481. Entre los juzgados y tribunales se impone esta tesis, así, entre otras, SJM núm. 1 de Pontevedra de 15 de febrero de 2010, SJM núm. 1 de Santander de 28 de febrero de 2007, AJM núm. 1 de Oviedo de 13 de marzo de 2007 y AAP de Córdoba de 11 de mayo de 2009.

[24] La consecuencia de esa preclusión sería que, si la concursada ejerce la acción ante el juzgado de primera instancia para reclamar el pago al acreedor, este ya no tendría la posibilidad de oponer la compensación, así lo recoge la SAP Oviedo de 28 de noviembre de 2008. Y, con carácter general, la SAP de Barcelona de 23 de junio de 2011 entiende que, aún en el supuesto de que los requisitos de la compensación concurrieran con anterioridad a la declaración de concurso, debe rechazarse dicha pretensión ya que ni la lista de acreedores ni el inventario elaborado por la administración concursal fueron impugnados por no haber operado la compensación.

[25] En la doctrina, BERMEJO (2004) consideraba que «si, por cualquier circunstancia —por ejemplo, por error— el acreedor comunicara la totalidad de su crédito al concurso, solamente podría compensar por la cuota que le corresponde en la liquidación. Esa comunicación habría de ser entendida como una renuncia a la facultad de compensar ya ganada», v. Prohibición de compensación (art. 58), *cit.,* 1098.

[26] V. SAP de Pontevedra de 25 de noviembre de 2010 y, sobre el supuesto de falta de comunicación del crédito, la SAP de Palencia de 11 de octubre de 2010, donde se dice que la falta de reclamación de un crédito no puede suponer que el acreedor pierda su derecho.

[27] En este sentido, se habían manifestado los tribunales, por ejemplo, la SAP de Vizcaya de 31 de marzo de 2011, en la que se afirma que la compensación podrá producirse aunque el acreedor haya insinuado su crédito, y que la renuncia a la compensación habrá de ser terminante, clara y precisa, sin que pueda deducirse del mero hecho de la comunicación del crédito. Dicha comunicación no altera, modifica o extingue otras relaciones jurídicas que pudieran existir entre las partes, por lo que al acudir a la compensación no se conculca la doctrina de los actos propios. Posteriormente, en la STS de 5 de marzo de 2019 [Recurso 2334/2016; ponente: I. SANCHO GARGALLO], se dice que la comunicación del crédito sin invocar la compensación no permite considerar precluido el derecho a compensar, v. *ADCo.*, núm. 48, 456 a 460.

[28] Procesalmente, la compensación podría alegarse de dos formas: mediante demanda reconvencional, en virtud de la cual se declare la existencia de una deuda del demandado reconvencional a favor del actor reconvencional y se produzca, en su caso, la compensación entre ambas deudas; y mediante una excepción perentoria, por la que se alega la existencia de una deuda del actor a favor del demandado, como hecho que impide la reclamación total del actor.

[29] V. GÓNZALEZ-CARRERÓ FOJÓN, P. (2018). Los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos, *cit*., 482.

No obstante, no faltan opiniones en contra, así, la SAP de Madrid de 9 de mayo de 2011, en la que se considera que el juez de primera instancia carece de competencia objetiva para decidir si un determinado crédito a favor o en contra de la concursada resulta compensable. La competencia pertenece al juez del concurso, que deberá resolver la cuestión por el cauce del incidente concursal. En el mismo sentido, la SAP de Barcelona de 23 de junio de 2011 y la SAP de Salamanca de 27 de marzo de 2012, que especifica: sin que de ello se derive la incompetencia del juzgado de primera instancia para conocer de la acción de reclamación de cantidad ejercitada por la entidad concursada.

[30] V., *supra*, núm. 17.

[31] [Recurso 4637/2018; ponente: I. SANCHO GARGALLO], en *ADCo.*, núm. 55, 329 a 333.

2. MERCANTIL

La legitimación en la acción de anulación por infracción del deber de lealtad

Legal standing in the annulment action for infringement of the duty of loyalty

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO
Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y abogado

RESUMEN: La infracción del deber de lealtad de la Ley de Sociedades de Capital puede tener consecuencias procesales que necesariamente han de tenerse en cuenta en función de la postura que se adopte, en especial en cuanto a la legitimación procesal.

ABSTRACT: The infringement of the duty of loyalty may have procedural consequences that must necessarily be taken into account depending of the position adopted, especially in terms of legal standing.

PALABRAS CLAVE: Acción de anulación. Consecuencias procesales

KEY WORDS: Action for annulment. Procedural consequences. Legal standing

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ACCIÓN DE *ANULACIÓN* DEL ARTÍCULO 232 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL.—III. LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA ACCIÓN DE *ANULACIÓN* DEL ARTÍCULO 232 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Resulta muy conocida la siguiente frase de IHERING: «*la posesión es el juguete que el hada del Derecho ha puesto en la cuna de la doctrina*» dada la discusión sobre el concepto, naturaleza, clases, efectos y protección de la posesión.

Evidentemente, no es comparable el análisis del artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital con la figura de la posesión, aunque sí que podemos afirmar de este último precepto que la inteligencia sobre el mismo dista también

lejos de ser sencilla y pacífica, aunque en el ámbito de la acción de *Anulación*, es cierto que el debate debería ser menor.

El último episodio que conocemos sobre esta norma jurídica nos lo ofrece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de febrero de 2021 (Id Cendoj: 08019370152021100195) que nos acerca, no de forma acertada en nuestra opinión, a la problemática consistente en dilucidar la legitimación activa y pasiva de la acción de nulidad (anulación) del artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital.

En otras ocasiones[1], ya hemos atendido a la naturaleza jurídica de la acción de *anulación* que nos ofrece el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital y no resulta nuestra intención volver a incidir sobre la mismo, más allá de lo estrictamente necesario, pero sí poner de manifiesto otro de los problemas que nos ofrece esta norma jurídica, a saber, el de la legitimación activa y pasiva, que no deja de estar conectado con la postura que se adopte en relación con la referida acción de *anulación*.

En el caso enjuiciado por la Audiencia Provincial de Barcelona, los demandantes, Petra y Octavio, socios de la sociedad BB6 S.L., ejercitan acción social de responsabilidad contra Pascual, administrador de la compañía hasta el 27 de octubre de 2015, y contra Pedro, administrador desde el 18 de noviembre de 2015. La acción se sustenta en dos causas concretas: (i) el otorgamiento en el año 2013 de un contrato de arrendamiento en condiciones muy favorables otorgado por Pascual (por entonces administrador) en favor de su hijo Pedro, contrato que se solicita sea anulado, y (ii) el haber percibido los demandados como remuneración durante los ejercicios 2015 a 2017 una cantidad superior a la contemplada en los Estatutos.

En relación con la nulidad contractual, la actora alegó en la demanda que el contrato de arrendamiento de la vivienda de Castelldefels se suscribió por Pascual incumpliendo el deber de lealtad, al haberse otorgado en favor de una persona vinculada y en condiciones muy favorables (renta inferior a la de mercado, con una duración de cincuenta años y reconociendo un derecho de subrogación a favor de sus herederos). Por ello, aparte de la acción social de responsabilidad, solicitó que se declarara la nulidad del contrato y se condenara a los demandados al pago de 123502,35 euros, esto es, la diferencia entre la renta pactada y la que correspondería a valor de mercado. De igual modo, al haber percibido una retribución superior a la prevista en los estatutos (el 2% de los ingresos de explotación), la actora solicitó que se condenara a los demandados al pago de la diferencia entre la cantidad percibida y la que resultaría de acuerdo con los estatutos (58920,64 euros abonados de más a Pascual y 95143,27 euros a Pedro).

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la Audiencia Provincial de Barcelona revoca dicha sentencia.

En lo que respecta a la anulación del contrato de arrendamiento y su legitimación (tras aclarar que nos encontramos ante un supuesto de nulidad por ilicitud de la causa, *ex*. artículo 1275 CC), en su FJ Sexto razona lo siguiente:

«*SEXTO.- De la anulación del contrato de arrendamiento.*

21. En la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital, se interesa igualmente la nulidad del contrato de arrendamiento de 1 de julio de 2013. Dicho precepto, introducido por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, bajo la rúbrica "acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad", dispone lo siguiente:

"El ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad".

22. Aunque la norma no estaba en vigor cuando se firmó el contrato (sí lo estaba cuando se ejercitó la acción), la posibilidad de anular los actos o contratos celebrados con infracción del deber de lealtad ya había sido admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 8 de abril de 2013, ECLI ES:TS:2013:3513, 23 de septiembre de 2014,ECLI:ES:TS:2014:3850 y 23 de mayo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:2042), que señala que el interés jurídico del socio demandante no se agota en la legitimación para una eventual acción de responsabilidad social contra la administradora por el perjuicio causado a la sociedad, al amparo del entonces vigente artículo 134 TRLSA (art. 238 de la vigente LSC), sino que alcanza también a la acción de nulidad por inexistencia de causa o por ilicitud de la causa. La última sentencia reseñada cita, además, el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital en su redacción dada por la Ley 31/2014.

23. Los contratos celebrados con infracción del deber de lealtad no son nulos de pleno derecho por la simple infracción de una norma imperativa (art. 6.3.º CC), dado que la Ley contempla un efecto jurídico distinto (la responsabilidad de los administradores o la "anulación" del acto). La anulación de los contratos tiene como fundamento la ilicitud de la causa (art. 1275 CC). De acuerdo con dicho precepto, los contratos sin causa o con causa ilícita "no producen efecto alguno", siendo ilícita la causa cuando se oponen a las leyes o a la moral. La doctrina, además, viene considerando que la lesión del patrimonio social es un presupuesto de la acción, lo que en el marco de la acción del vigente artículo 232 parece lógico en la medida que el daño también es presupuesto de la acción de responsabilidad.

24. En principio, en la acción de anulación deben ser parte quienes son parte en el contrato. En este caso, aunque formalmente la sociedad arrendadora BB6, S.L. no ha sido demandada, entendemos que la relación procesal está bien constituida. La acción está estrechamente ligada a la de responsabilidad de administradores y ha sido ejercitada por los socios demandantes, que litigan en sustitución de la sociedad y en defensa del interés social.

Si se les reconoce legitimación para recomponer el patrimonio social, parece razonable que la tengan también para anular los actos y contratos dañinos para la sociedad, como la tendrían para el ejercicio de otras acciones de cesación o de remoción de efectos. Sería un sinsentido que los socios intervinieran como demandantes en sustitución de la sociedad y esta necesariamente debiera figurar también como demandada como firmante del contrato. Además, en este caso intervienen en el litigio, junto al arrendatario, todos los socios de BB6 S.L. y quienes son o han sido los administradores sociales. Por último, los demandados no han objetado que la demanda no se dirigiera contra la sociedad.

25. En este caso, tal y como hemos concluido en el apartado anterior, el contrato resulta tan ventajoso para el arrendatario (renta muy inferior a la del mercado y plazo de duración de cincuenta años) como perjudicial para la sociedad. No podemos aceptar que no exista lesión al patrimonio social por el hecho de que el inmueble siempre haya sido objeto de uso familiar, como sostienen los demandados, y que por ese motivo deba mantenerse vigente en los términos —beneficiosos para el arrendatario— en los que se ha pactado durante cincuenta años.

26. La causa del contrato es ilícita por cuanto se ha celebrado contraviniendo normas imperativas relacionadas con el deber de lealtad y de abstención en transacciones celebradas con personas vinculadas en las que el administrador se encuentra

en situación de conflicto (arts. 226, 229.1 º y 231 de la LSC en su redacción anterior a la Reforma de 2014). El hecho de que el demandante, Octavio, hubiera disfrutado hasta el 2011 de una vivienda en condiciones similares no es relevante, pues ello ocurrió en un contexto de avenencia familiar que ya no existe. El demandante, que forma parte de la minoría, ni percibe remuneración como administrador ni ocupa actualmente vivienda alguna del patrimonio social. Tampoco la aprobación de la gestión social en la junta celebrada el 29 de julio de 2015 es un obstáculo para que pueda prosperar la acción, máxime cuando no es hasta el año 2018 cuando los demandantes conocieron las condiciones del nuevo contrato.

27. En consecuencia, debemos declarar la anulación del contrato de arrendamiento de 1 de julio de 2013 de la vivienda de la AVENIDA000, núm. NUM000, de Castelldefels. Como efecto de la nulidad, el demandado Pedro deberá restituir la vivienda a la sociedad (art. 1303 CC), sin derecho a obtener contraprestación alguna, dado que las rentas abonadas lo han sido en compensación al uso de la vivienda.

Por lo expuesto, debemos estimar el recurso».

En lo que respecta a la legitimación activa, acepta que la misma la tengan los socios de la sociedad sin atención a porcentaje alguno de capital social y en cuanto a la legitimación pasiva, se muestra conforme que no sea necesario traer a la *litis* como demandada a la sociedad contraparte del negocio de arrendamiento nulo respecto de la sociedad en la que se ha infringido el deber de lealtad.

A nuestro juicio, la argumentación efectuada al respecto no es correcta para ambos supuestos de legitimación, lo que implica que en esta sentencia tampoco podamos encontrar un claro referente interpretativo respecto de la legitimación procesal debatida en el ejercicio de la acción de anulación a la que hace referencia el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital.

II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ACCIÓN DE *ANULACIÓN* DEL ARTÍCULO 232 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.ª) Sentencia núm. 1144/2020 de 22 de junio *(JUR* 2020, 250791), nos introduce el debate —aunque tampoco de forma completa— sobre la confusión existente para la determinación de la legitimación activa que estamos tratando afirmando lo siguiente:

«*No aclara el artículo 232 LSC a quien corresponde la legitimación activa para ejercicio de estas acciones de anulación, existiendo un criterio que restringe su ejercicio tan solo a la sociedad, nunca directamente al socio, por cuanto el deber de lealtad del administrador lo es para la sociedad administrada, de manera que será esta última quien podrá ejercitar las acciones derivadas del incumplimiento de este deber (así SAP Barcelona, Secc 15.ª de 19 de enero de 2018). Frente a ello un sector autorizado de la doctrina mantiene la plena legitimación del socio toda vez que las acciones que contempla el artículo 232 LSC son complemento de la acción general de daños del artículo 236 LSC (estando el socio minoritario legitimado subsidiariamente para su ejercicio ex artículo 239 LSC, y directamente si se trata de la infracción del deber de lealtad), y así lo pone incluso de manifiesto la propia norma del artículo 232 LSC con el empleo del enunciado "no obsta" expresivo del carácter de remedio adicional que tienen estas acciones encaminadas a eliminar las consecuencias del acto infractor*».

Que conozcamos, a nivel judicial, existen hasta tres posturas sobre la legitimación activa en el ámbito de la acción de anulación del artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital, respecto de la cual citamos los siguientes exponentes:

(i) Solo la sociedad en cuyo seno se ha ocasionado la infracción del deber de lealtad, estaría legitimada al ser la acción de anulación un complemento de la acción social de responsabilidad, según da a entender la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc 15.ª de 19 de enero de 2018, Id Cendoj: 08019370152018100011.

Esta Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de enero de 2018, establece lo siguiente:

"(…) la infracción del deber de lealtad legitima a la sociedad para el ejercicio de las acciones de cesación y remoción, en tanto que son acciones de cumplimiento e incumplimiento de los deberes que pesan sobre los administradores en virtud del contrato de administración que les vincula con la sociedad y cuyo reconocimiento legal expreso contiene el vigente artículo 232 LSC (…). Por todo ello, procede desestimar la acción declarativa de prohibición de una concreta actuación que, a juicio de la demandante, viola el deber de lealtad y la acción declarativa de incumplimiento de los deberes de diligencia y de lealtad, ejercitadas en la demanda, por no posibilitar el incumplimiento de los deberes de diligencia y de lealtad esas pretensiones a favor del socio demandante"».

Esta postura fue la defendida en su día por MASSAGUER FUENTES para las acciones de cesación y remoción[2]: «En defecto de una disposición que se la atribuya directamente, como sucede en el caso de la acción de responsabilidad precisamente por incumplimiento del deber de lealtad —artículo 239.1 II—, o de forma subsidiaria, como sucede en general con la acción social de responsabilidad —artículo 239.1 I—, los socios carecen de legitimación para el ejercicio de esta acción de cesación. La atribución directa de legitimación a los socios para ejercitar la acción de responsabilidad por incumplimiento del deber de lealtad tiene un marcado carácter excepcional, no solo porque se separa de la regla general —artículo 11 LEC-EDL 2000/77463— y de la regla especial en materia de acción de responsabilidad —artículo 239.1 I—, sino también porque ni tan siquiera se extiende a la acción de enriquecimiento injusto, que como la acción de responsabilidad se corresponde con la otra sanción expresamente impuesta por la Ley a los administradores por el incumplimiento del deber de lealtad —artículo 227.2—. Aún más, y de nuevo a falta de norma que así lo prevea, tampoco se configura una legitimación de minoría para el ejercicio de la acción, ni directa ni subsidiaria respecto de la legitimación activa de la sociedad».

No obstante, no es menos cierto que el propio MASSAGUER y en relación con la acción de *Anulación*, sostenía la remisión al Derecho común cuando razonaba lo siguiente: «Los actos o contratos expuestos a la acción de anulación ahora considerada son singularmente los realizados por el administrador o administradores mediante el ejercicio de sus facultades con fines distintos de aquellos para los que se les concedieron, los que articulan las transacciones hechas con la sociedad que no estén excluidas de obligación general de abstenerse de realizarlas, los que sirvan de base para el uso de activos de la sociedad con fines privados, los que instrumenten el aprovechamiento de oportunidades de negocio de la sociedad, los que establezcan el derecho a obtener ventajas o remuneraciones de terceros indebidas, los que concreten el desarrollo de actividades que entrañen una competencia efectiva con la sociedad, etc. (cfr. artículos 228 y 229.1).

No existen especialidades en materia de legitimación activa, que corresponde a todo aquel que tenga un interés legítimo incluidos en este caso, por tanto, los socios de la compañía a título individual (SSTS de 8 de abril de 2013, 23 de septiembre de 2014), o pasiva, que corresponde a las partes del acto o contrato cuya anulación se interesa —una de las cuales con frecuencia será un testaferro o una sociedad pantalla del administrador o administradores desleales—, ni de caducidad o prescripción, a las que no está sometida la acción. A la liquidación de la relación anulada es aplicable el artículo 1306 1.ª del Código Civil, si la contraparte es un tercero, y el artículo 1306 2.ª del Código Civil, si lo es la sociedad».

(ii) Cualquier socio que tuviera una participación que le permitiera convocar Junta General (5%) JMerc de Gijón (Provincia de Asturias), Sentencia núm. 244/2019 de 30 de septiembre (AC, 2020, 193).

Esta sentencia razona que:

«*La cuestión relevante aquí es determinar si un socio puede ser considerado como un "tercero perjudicado" o no, y en mi humilde consideración jurídica, entiendo que sí, que la legitimación activa del socio no debe limitarse a su condición de tal y a los supuestos expresamente previstos en la normativa societaria, sino que también puede tenerla como titular de un interés legítimo, y no solo para impugnar acuerdos sociales o ejercitar acciones derivadas de su condición de socio, sino incluso, excepcionalmente, para impugnar negocios o contratos de la sociedad de la que es socio, por el interés legítimo que tal condición puede otorgarle respecto a negocios sobre activos sociales, pudiendo tener encaje normativo lo aquí afirmado en el artículo 239.1 párrafo 2.º del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que atribuye legitimación activa para ejercitar la acción de responsabilidad a los socios que individual o conjuntamente posean una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, y ello de forma inmediata, sin necesidad de someter la decisión a la Junta General, y en este caso el montante de las participaciones sociales que corresponden a D. Gines le avala para, al amparo de lo establecido en el artículo 168 párrafo primero en relación con el artículo 239.1 párrafo 2.º del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, ejercitar la acción de nulidad. En consecuencia, se desestima la causa de oposición planteada, considerando plenamente legitimado al actor para el ejercicio de la acción de anulabilidad*».

Haciéndose eco de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de enero de 2018 MASSAGUER[3] con crítica a la misma y cambio de postura al respecto, razona a su juicio que: «En efecto, las acciones del artículo 232 LSC son complemento de la acción de daños del artículo 236 LSC, que, no conviene pasar por alto, es también una acción de incumplimiento, dirigida en este caso a obtener el resarcimiento de la lesión patrimonial ocasionada por la infracción del deber de lealtad. Y así lo pone de manifiesto el empleo de la expresión "no obsta" como eje del artículo 232 LSC, esto es, referida tanto al "ejercicio" de la acción de daños como al de las acciones allí previstas: "El ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad".

Así pues, el artículo 232 LSC establece una regulación complementaria de la dispuesta en los artículos 236 y siguientes LSC en relación con la infracción del deber de lealtad de los administradores, que se concreta en el establecimiento de remedios adicionales encaminados, sea a evitar el incumplimiento del deber de lealtad o su continuación (acciones de impugnación y cesación), sea a eliminar

sus consecuencias prácticas y jurídicas (acciones de impugnación, remoción y anulación), fines estos que en cambio son ajenos a la acción de daños. Y esta regulación complementaria, como salta a la vista, se contrae al solo reconocimiento de esas acciones. En lo demás, son aplicables las normas reguladoras de la acción de daños derivados del incumplimiento del deber de lealtad y, entre ellas, el artículo 239.1 II LSC, que atribuye legitimación activa para ejercitarla a los socios que individual o conjuntamente posean una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, y ello de forma inmediata, sin necesidad de someter la decisión a la junta general. Excepción esta última que, precisamente por razones de coherencia sistemática y exigencias propias de la función de que cumplen las acciones complementarias de que se trata ahora, determina que su ejercicio por parte de la sociedad pueda ser promovido directamente por el órgano de administración».

Es decir, a juicio de este autor, las acciones de cesación y remoción del artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital no son más que una acción de daños a la que hay que aplicar la legitimación extraordinaria del socio que ostente el 5 % del capital social a la que se refiere el artículo 239 de la Ley de Sociedades de Capital, en conexión con el artículo 10.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque entendemos que el referido autor sigue tras dicha entrada opinando en la remisión al régimen de Derecho común en cuanto a la legitimación activa de la acción de *Anulación*.

(iii) Cualquier persona con interés legítimo (*vgr.* socio sin tener que alcanzar el 5% del capital social): Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), Sentencia núm. 415/2016 de 21 de julio *(JUR* 2016, 202728).

En el mismo sentido, *Vid.* MASSAGUER FUENTES (*Comentario…)*.

Al hilo de esta tesis y aún con la normativa anterior, conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo número 498/2014, de 23 de septiembre de 2014 *(RJ* 2014, 5044), dictada en el Recurso de Casación número 1079/2012, en la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael SARAZÁ JIMENA, que en su Fundamento de Derecho Quinto, expresa:

«1. La legitimación de los socios para pedir la nulidad de los contratos y demás negocios jurídicos concertados por la sociedad ha sido abordada en la reciente Sentencia num. 215/2013, de 8 de abril (RJ 2013, 4597) (recurso de casación núm. 190/2011). En dicha sentencia declaramos:

»Es cierto que la Sentencia de 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7933) (recurso núm. 2849/1993) entendió correctamente denegada a los socios de una sociedad la legitimación para pedir la nulidad de la compraventa realizada por la sociedad, en un supuesto en que la venta era atacada porque se aducía que el administrador "ha obrado en contra de los deberes que le incumben, derivándose un perjuicio para los accionistas, en otros términos, en beneficio de la sociedad compradora y sin requerirlo el fin social". Argumentaba que "ello no les da la condición de terceros perjudicados, sino la de socios perjudicados, que pueden accionar de acuerdo con el artículo 134 del TRLSA (RCL 1989, 2737y RCL 1990, 206) (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206), no fuera de las normas societarias. Solo cuando se diesen las circunstancias prevenidas en el apartado 4 del susodicho precepto podrán exigir ellos mismos la responsabilidad al administrador, pero en modo alguno poseen legitimación para atacar los negocios jurídicos llevados a cabo por el administrador en usos de sus poderes siempre que lo estimasen contrarios a sus intereses. El derecho societario sería un verdadero caos si se admitiese lo contrario, olvidando los efectos de toda actuación representativa en su ámbito".

»Por su parte, la Sentencia de 21 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8095) (recurso núm. 3030/1993), en un supuesto en que la ineficacia invocada era una "nulidad radical o de pleno derecho por haberse realizado las transmisiones patrimoniales de la sociedad anónima (...) con infracción de normas de obligado cumplimiento relativas a la liquidación de este tipo de sociedades", argumenta que "integrados los socios en la personalidad jurídica social, todos ellos son parte en los contratos así celebrados por el representante del ente social, y, por ello, no cabe reconocer a los socios actores-recurrentes la condición de terceros legitimados para instar la nulidad radical o de pleno derecho".

»Pero el hecho de que en dos casos, a la vista de las circunstancias concurrentes, el tribunal ratificara que los socios carecían de un legítimo interés para impugnar la nulidad de una compraventa realizada por la sociedad, no permite concluir que constituya jurisprudencia de esta Sala que los socios carecen, con carácter general, de esta legitimación para ejercitar la acción de nulidad de los contratos celebrados por quien ostenta la representación orgánica de la sociedad.

»En cualquier caso, para juzgar sobre su legitimación no puede obviarse la causa o el motivo de nulidad invocado. En nuestro caso, en la demanda se invocaron dos causas de nulidad, la inexistencia de causa y la ilicitud de la causa (art. 1276 del Código Civil [LEG 1889, 27]), porque la compraventa se realiza sin que conste el abono del precio y a favor de otra sociedad que se acababa de constituir por tres de los cuatro hermanos, socios de la entidad vendedora, siendo la otra socia la que pide la nulidad.

»Para el ejercicio de este tipo de acciones, la jurisprudencia reconoce «la legitimación de un tercero, que no haya sido parte en el contrato, (...) siempre que dicho tercero tenga un interés jurídico en ello o, lo que es lo mismo, se vea perjudicado o afectado en alguna manera por el referido contrato» (Sentencia 4/2013, de 16 de enero (RJ 2013, 2406), con cita de muchas otras anteriores, entre otras la 145/2004, de 28 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1447), 621/20 01, de 23 de junio de 2001 (RJ 2001, 5078) y 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9884)). En nuestro caso, la demandante, en cuanto socia titular de participaciones que representan el 25% del capital social de la sociedad vendedora tiene interés jurídico en instar la nulidad de la compraventa del principal activo inmobiliario de la sociedad, por los motivos invocados, pues se ve afectada como consecuencia del efecto reflejo que la enajenación del bien ha supuesto en la devaluación de sus participaciones.

»Este interés jurídico de la socia demandante no se agota en la legitimación para una eventual acción de responsabilidad social contra la administradora por el perjuicio causado a la sociedad, al amparo del entonces vigente artículo 134 TRLSA, sino que alcanza también a la acción de nulidad por inexistencia de causa o por ilicitud de la causa».

2. En el caso objeto de este recurso, se ha estimado la acción de nulidad por la existencia de causa ilícita, pues los negocios jurídicos impugnados se habrían celebrado para defraudar los derechos de los socios demandantes.

La aplicación de la doctrina contenida en la sentencia parcialmente transcrita lleva a considerar que los demandantes estaban legitimados para ejercitar la acción de nulidad que fue estimada, en tanto titulares de un interés directo al alegar la existencia de un perjuicio patrimonial causado por los negocios impugnados, razón por la cual el motivo debe desestimarse».

En nuestra opinión, si bien recalcando que en la mayoría de las situaciones nos encontraremos ante una ausencia de poder (*ex*. art. 1259 CC), no es menos cierto que para aquellos casos que hemos calificado de exceso o abuso de poder

dentro del ámbito de aplicación de la acción de Anulación del artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital[4], estimamos acertada la postura de considerar legitimado activamente cualquier tercero que acredite interés legítimo (vgr. los socios) sin que ninguna especialidad hemos de hallar en cuanto a la legitimación activa en esta materia, al tratar efectivamente de una acción de nulidad por causa ilícita (ar. 1275 del Código Civil con el reproche moral que ello conlleva y con las consecuencias anudadas al respecto que prevé el artículo 1306 CC), según reconocen las SSTS 8 de abril de 2013 y 23 de septiembre de 2014, antes mencionadas.

Resultando que el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F. 3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F. 3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F. 4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F. 4).

III. LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA ACCIÓN DE *ANULACIÓN* DEL ARTÍCULO 232 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Para poder atender a esta cuestión relativa a la legitimación pasiva de esta acción de *Anulación*, hemos de tener presente y partir que la excepción de litisconsorcio pasivo necesario fue creada por la jurisprudencia como la necesidad de que a una determinada relación jurídico-procesal sean llamados todos cuantos tengan vinculación con el negocio que determina aquella, a fin de que ninguno sea privado de ser oído en el proceso cuyo pronunciamiento le afecte y le interese, produciendo su omisión una infracción del principio de contradicción y una indefensión, siendo así que se viene sosteniendo que la excepción de litisconsorcio ha de apreciarse no solo en el caso de aquellas personas que tuvieran intervención en la relación jurídico-material, sino que basta con que tengan un interés que pueda verse afectado por la resolución judicial que se pronuncie en un proceso en el que no han sido oídos, tratando de evitarse con ello fallos contradictorios y el efecto de la cosa juzgada respecto de terceros no personados en el pleito.

Para que pueda decretarse la nulidad de un contrato es requisito procesal ineludible la intervención en el proceso (como demandantes o como demandados respectivamente) de todos los que en dicho contrato fueron partes contratantes.

Es doctrina reiterada y uniforme en materia de litisconsorcio pasivo necesario —afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1994 *(RJ* 1994, 4933)— que en las acciones de nulidad de relaciones contractuales o en que se demanden derechos que conlleven tal nulidad o la presupongan, han de estar presentes en el proceso los que fueron parte en el referido contrato *(Cfr. Tribunal Supremo 1.ª SS. 23 febrero, 4 de marzo y 22 y 26 de octubre de 1988 [RJ 1988, 1277, RJ 1988, 1554, RJ 1988, 7630 y RJ 1988, 7641], 1 y 16 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7461 y RJ 1990, 7872] y 2 de septiembre de 1991 [RJ 1991, 6042])*».

En todo caso y a pesar de que no hubiere sido propuesta por las partes, se trata de cuestión en la que resulta forzoso entrar. La doctrina jurisprudencial viene admitiendo la posibilidad de estimación de oficio, pues, como recordaba la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2001 *(RJ* 2001, 3983) , los tribunales han de cuidar que el litigio se ventile con presencia de todas aquellas personas que puedan resultar afectadas por el fallo, ya que de no ser así, además de poderse producir fallos contradictorios, se conculcaría el principio de que

nadie puede ser condenado sin ser oído, ni vencido en juicio, principio que ha sido elevado a derecho fundamental por el artículo 24 de la Constitución, que proscribe la indefensión. La apreciación del litisconsorcio pasivo necesario es, de este modo, cuestión de orden público, queda fuera del ámbito de rogación de parte y debe ser apreciado de oficio por los Tribunales *(Sentencias de 2 de junio (RJ 2000, 3998), 5 y 18 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10448), 22 de enero de 2004 (RJ 2004, 388), 1 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1623), entre otras muchas).*

En el caso de autos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, entendemos que hace caso omiso indebidamente a la doctrina jurisprudencial sobre la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

Argumenta que no es necesario demandar a la sociedad arrendadora (sociedad que sufre el conflicto de interés dado que es el administrador de la misma quien arrienda el inmueble en favor de su hijo), en función de los siguientes argumentos:

(i) «*Sería un sinsentido que los socios intervinieran como demandantes en sustitución de la sociedad y esta necesariamente debiera figurar también como demandada como firmante del contrato*».

No compartimos la anterior afirmación. En nuestra opinión, la acción de *Anulación* es una acción de Derecho común sin especialidad en cuanto a su legitimación.

(ii) «*Además, en este caso intervienen en el litigio, junto al arrendatario, todos los socios de BB6 S.L. y quienes son o han sido los administradores sociales*».

Tampoco comprendemos que lo anterior sirva como justificación, ya que no supone más que obviar sino negar de facto la personalidad jurídica de la sociedad arrendadora que sufre el conflicto de interés y su capacidad procesal.

Además, resulta completamente incoherente sostener que estamos ante una acción de nulidad por causa ilícita por infracción del deber de lealtad del administrador y a la vez prescindir de la intervención en el proceso a la sociedad que sufre la infracción del deber de lealtad, sin darle la oportunidad de sostener su propia pretensión incluso diferente a la de los administradores sociales, lo que si bien es difícil según los datos de este caso, no por ello ha de descartarse.

(iii) «*Por último, los demandados no han objetado que la demanda no se dirigiera contra la sociedad*».

Sobre este particular, nos remitimos a lo ya expresado sobre la posibilidad de apreciación de oficio de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

No obstante, los dos problemas más importantes que observamos de la falta de apreciación de oficio en este proceso de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, son:

a) Ausencia de cosa juzgada de la declaración de nulidad para la sociedad que ha sufrido el conflicto de interés.

Tradicionalmente en torno a las acciones de nulidad es donde el Tribunal Supremo ha puesto especial énfasis en este problema. Así recordamos, razonamientos jurisprudenciales como el siguiente:

«*entendiéndose que son interesados para estos efectos: los intervinientes en el negocio que se ataca de nulo; sus herederos; los que obtuvieron beneficios económicos de dicho negocio, y los causantes de la nulidad, pues si así no se exigiera, como la cosa juzgada perjudica únicamente a los que litigaron y sus causahabientes, se podría dar el contrasentido de que un negocio jurídico determinado podría ser nulo para uno de los interesados en él y válido para otro, si este no fue llamado al*

proceso en que se obtuvo la declaración de nulidad, lo que iría contra todo raciocinio lógico, que impide que un negocio jurídico sea válido y nulo al mismo tiempo» (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1961).

El vigente artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, prevé que: «*La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley*».

Es decir, podríamos incurrir en la ilógica situación de que el negocio jurídico cuya nulidad se declara lo fuere para unos (partes procesales) y no para otros (la sociedad no demandada) con lo que la indebida constitución de la *litis*, podría plantearle un serio problema a los demandantes que han obtenido la correspondiente sentencia declarativa de nulidad, ante la ausencia de cosa juzgada *ex*. artículos 222.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil[5].

b) Legitimación activa de los socios para pedir la ejecución de la sentencia de nulidad contractual relativas a la sociedad.

Con el mismo título anterior, destacamos al respecto la interesante entrada del Profesor CORDÓN MORENO[6], quien mostrándose a favor de la misma, no deja de poner de manifiesto la ausencia de una norma jurídica procesal específica que resuelva la cuestión, por lo que también entendemos que podría dar otro problema procesal a los socios que obtuvieran la declaración de nulidad.

CORDÓN MORENO, razona sobre el particular lo siguiente: «…Nada dice la LEC sobre la legitimación de los terceros para instar la ejecución, a diferencia de lo que ocurre con la legitimación para soportarla (legitimación pasiva), respecto de la cual el artículo 538 contempla diversos supuestos de extensión de la responsabilidad frente a terceros que no figuran como deudores en el título ejecutivo. No existe en la ley procesal civil una norma semejante a la contenida en el artículo 104.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que reconoce legitimación para instar la ejecución forzosa de las sentencias dictadas en el proceso contencioso-administrativo a «cualquiera de las partes y personas afectadas» y que ha servido de fundamento al Tribunal Constitucional para reconocer, en este orden jurisdiccional, el derecho de terceros interesados tanto a intervenir en el proceso de ejecución como parte codemandada (ver Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1985, de 18 de enero) como a promover la ejecución misma (ver Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2009, de 11 de mayo).

4) En mi opinión son dos las vías para defender la legitimación de estos terceros en el proceso civil: a) considerar, al amparo del artículo 521.1 LEC, que no se trata de un verdadero supuesto de ejecución forzosa, sino de «ejecución impropia» y, ya en esta sede, aplicar el artículo 522.2, que, con norma prevista para las sentencias constitutivas, pero aplicable, en mi opinión, también a las meramente declarativas, legitima a quienes hayan sido parte en el proceso o acrediten interés directo y legítimo para pedir al tribunal las actuaciones precisas para la eficacia de las sentencias constitutivas y para vencer eventuales resistencias a lo que dispongan; y b) en segundo lugar, partir de la eficacia ultra partes de las sentencias meramente declarativas y aplicar analógicamente la jurisprudencia (ver, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007, *RJ* 2007/1821), que admite la legitimación para recurrir de los terceros a los que alcancen los efectos de la cosa juzgada».

Si bien coincidiendo con la anterior argumentación procesal para sostener como parte ejecutante al socio que ejercitó la acción de nulidad que afectaba a la

sociedad por las razones antes apuntadas por CORDÓN MORENO, no podemos por menos que manifestar que el «sinsentido» del que habla la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en esta sentencia a la que hacemos referencia en cuanto a la innecesariedad de demandar a la sociedad por parte de los socios que ejercitan la acción de *Anulación ex*. artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital, realmente cobra sentido si efectivamente observamos cómo a través de dicha solución no solo se puede ver vulnerado el derecho de defensa de la sociedad que no ha sido parte en el proceso y era contraparte contractual del negocio nulo por haber sufrido la infracción del deber de lealtad, sino que incluso puede implicar un auténtico problema procesal en la ejecución de la sentencia declarativa de nulidad a los socios y sin que encima pudiera descartarse un ulterior proceso ante la ausencia de cosa juzgada para la sociedad que no ha sido parte procesal.

A nuestro modo de ver y para entender correctamente el alcance y dimensión del problema sería conveniente también tener presente que en el caso de ejercicio de la acción social de responsabilidad mediante la legitimación subsidiaria que el artículo 239 de la Ley de Sociedades de Capital confiere al socio en los términos del mismo, no implica que el vencimiento de dicha acción suponga automáticamente el cese del administrador, sino que el socio debería haber solicitado dicho cese en su demanda para lo que tendría que haber demandado, a nuestro juicio, no solo al administrador cuyo cese se pretende sino también a la sociedad administrada por el mismo, dada la relación orgánica que le une a la sociedad administrada con el referido administrador.

Pues bien, la conveniente demanda también frente a la sociedad en el proceso declarativo solicitando el cese del administrador infractor del deber de lealtad no solo supondría introducir claramente a la sociedad como parte legitimada en el proceso de ejecución en cuanto a la ejecución de la nulidad contractual ex. artículo 538 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al ser claramente acreedora del título ejecutivo (sentencia) en cuanto a los efectos de la acción social de responsabilidad y de la nulidad, sino que en el caso enjuiciado podría haberse incluso eliminado de plano el conflicto social orgánico, pudiendo por tanto haber sostenido la sociedad su propia iniciativa procesal con claridad en el proceso ejecutivo.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de octubre de 2000.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de marzo de 2004.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de octubre de 2004.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de marzo de 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1961.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1994.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2014.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 21 de julio de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de enero de 2018.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de febrero de 2021.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 22 de junio de 2022.
- Sentencia del Juzgado Mercantil de Gijón de 30 de septiembre de 2019.

V. BIBLIOGRAFÍA

CORDÓN MORENO. ¿Legitimación de los socios para pedir ejecución de sentencias de nulidad contractual relativas a la sociedad? https://www.ga-p.com/publicaciones/legitimacion-de-los-socios-para-pedir-ejecucion-de-sentencias-de-nulidad-contractual-relativas-a-la-sociedad/

MASSAGUER FUENTES. Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014). Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2015.

REDONDO TRIGO. De nuevo sobre el deber de infracción de lealtad y el ámbito de representación de los administradores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 97, núm. 786, 2021, 2619-2635.

— La ineficacia de la representación como consecuencia de la infracción del deber de lealtad de los administradores y las situaciones de conflicto de interés. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 759, 513-529.

REYNAL QUEROL. La extensión a terceros de la cosa juzgada positiva de la resolución judicial civil. INDRET 2.2021.

NOTAS

[1] REDONDO TRIGO. De nuevo sobre el deber de infracción de lealtad y el ámbito de representación de los administradores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 97, núm. 786, 2021, 2619-2635.

REDONDO TRIGO. La ineficacia de la representación como consecuencia de la infracción del deber de lealtad de los administradores y las situaciones de conflicto de interés. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 759, 513-529.

[2] MASSAGUER FUENTES. *Comentario de la Reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo -ley 31/2014*. Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2015.

[3] MASSAGUER FUENTES. A vueltas con el artículo 232 LSC, https://almacendederecho.org/vueltas-art-232-lsc

[4] *Vid.* REDONDO TRIGO. De nuevo sobre el deber de infracción de lealtad y el ámbito de representación de los administradores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año 97, núm. 786, 2021, 2619-2635.

[5] Sobre la extensión a terceros de la cosa juzgada, *Vid.* REYNAL QUEROL. La extensión a terceros de la cosa juzgada positiva de la resolución judicial civil. INDRET 2.2021.

[6] CORDÓN MORENO. ¿Legitimación de los socios para pedir ejecución de sentencias de nulidad contractual relativas a la sociedad? https://www.ga-p.com/publicaciones/legitimacion-de-los-socios-para-pedir-ejecucion-de-sentencias-de-nulidad-contractual-relativas-a-la-sociedad/, 17 de enero de 2019.

3. URBANISMO

Innecesariedad de la aportación de la escritura de constitución de la junta de compensación para la inscripción del proyecto de reparcelación y modificación del título reparcelatorio.

The unnecessary nature of the deed of constitution of the Compensation Board for the registration of the reparcelling project and amendment of the project title

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: El presente comentario trata sobre la insuficiencia de la escritura de constitución de la Junta de Compensación como documento que ha de acompañar al Proyecto de Reparcelación para su inscripción en el Registro de la Propiedad a fin de identificar a los propietarios de suelo que integran la comunidad reparcelatoria. Por otro lado, se trata también el supuesto de un nuevo proyecto de reparcelación cuando se produzcan modificaciones esenciales en uno previo ya aprobado o, en otro caso, cuando su objeto es la corrección de meros errores mediante las denominadas operaciones jurídicas complementarias.

ABSTRACT: The deed of incorporation of the Compensation Board is insufficient to identify all the land owners in the reparcelling process, which is why it is not justified to include it with the Reparcelling Project for its registration in the Land Registry. On the other hand, it also deals with the case of a new reparcelling project when essential modifications are made to a previous one that has already been approved or, in another case, when its purpose is the correction of mere errors through so-called complementary legal operations.

PALABRAS CLAVE: Escritura pública. Constitución. Junta de Compensación. Modificación. Proyecto. Reparcelación. Operación jurídica complementaria.

KEY WORDS: Public deed. Constitution of the compensation board. Modification. Reparcelling project. Complementary legal operation.

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN INICIAL.—II. LAS RESOLUCIONES DE 27 DE ENERO DE 2021 Y 18 DE ENERO DE 2022. 1. La aportación de la escritura de constitución de la Junta de Compensación para la inscripción de la reparcelación. 2. La insuficiencia de una mera instancia para la subsanación del título reparcelatorio. —III. SOBRE LA APORTACIÓN DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA REPARCELACIÓN. 1. La no exigencia de la unión de la escritura de constitución de la Junta de Compensación al título reparcelatorio para su inscripción. 2. La inoperativa justificación contenida en la Resolución de 27 de enero de 2021.—IV. SOBRE LA MODIFICACIÓN DEL TÍTULO REPARCELATORIO.

I. CONSIDERACIÓN INICIAL

Las dos resoluciones a las que seguidamente se hace referencia se ocupan de la inscripción de un mismo Proyecto de Reparcelación correspondiente a un concreto Sector de las Normas Subsidiarias de un municipio de la Comunidad de Madrid cuyo proceso de gestión tiene lugar bajo la aplicación del sistema de compensación, intento de inscripción ante el que se plantean dos defectos cuyo análisis resulta de interés.

Así, de un lado, a partir de los defectos observados en una primera resolución en relación con el título reparcelatorio que fue presentado para su inscripción, en una resolución posterior se plantea, a la vista de la instancia presentada para su subsanación, su suficiencia a tal fin.

De otro, en la primera Resolución de 27 de enero de 2021 se identifica como defecto la falta de aportación de la escritura de constitución de la Junta de Compensación acompañando al título reparcelatorio cuya inscripción se pretendía.

II. LAS RESOLUCIONES DE 27 DE ENERO DE 2021 Y 18 DE ENERO DE 2022

1. La aportación de la escritura de constitución de la Junta de Compensación para la inscripción de la reparcelación

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública se ha pronunciado en sus Resoluciones de 27 de enero de 2021 y 18 de enero de 2022 sobre la denegación de la inscripción de una certificación administrativa aprobatoria de un proyecto de reparcelación correspondiente a un concreto Sector de las Normas Subsidiarias de un municipio de la Comunidad de Madrid cuyo proceso de gestión tiene lugar bajo la aplicación del sistema de compensación.

En la primera de las resoluciones, en efecto, se da cuenta, entre otros y por lo que aquí interesa, de un concreto defecto observado en la nota de calificación consistente en la necesaria aportación de la escritura de constitución de la Junta de Compensación por ser el documento donde consta la comparecencia de todos los intervinientes en el Proyecto, ante lo cual el recurrente se limita a señalar el desconocimiento de su justificación toda vez que la escritura fue aportada por correo electrónico que fue dirigido a quien lo solicitó desde el Registro.

Al ocuparse de dicho defecto la resolución señala lo siguiente:

«*Conforme al artículo 108.2.a) de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, "la gestión de la actividad de ejecución podrá llevarse a cabo: 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".*

La Junta de Compensación, cuyo procedimiento de aprobación de estatutos y bases de actuación se regula en los artículos 161 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística, debe constituirse en escritura pública en la que se designen sus órganos rectores, añadiendo el artículo 163 que "(...) copia autorizada de la escritura de constitución y de las adhesiones, en su caso, se trasladará al órgano urbanístico actuante, quien adoptará, si procede, acuerdo aprobatorio en el plazo de treinta días.

(…) Aprobada la constitución, el órgano actuante elevará el acuerdo junto con la copia autorizada de la escritura a la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda para su inscripción en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras".

Es preciso, por tanto, que se aporte la mencionada escritura de constitución de la Junta de Compensación, cuya inscripción en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras adquiere carácter constitutivo, sin que pueda acogerse la alegación de la recurrente de que ya fue aportada al Registro por medio de correo electrónico por las razones expuestas en fundamentos anteriores».

Sucesivamente, la Resolución de 18 de enero de 2022 refleja en el relato de los Hechos que fue aportada al Registro de la Propiedad copia autorizada de la escritura de constitución y estatutos de la Junta de Compensación, lo que determinó que por la registradora se tuviera por subsanado el defecto en cuestión «*aun cuando no consta inscrita en el Registro de Entidades Urbanísticas*».

2. La insuficiencia de una mera instancia para la subsanación del título reparcelatorio

Los defectos opuestos por la registradora para la inscripción del Proyecto de Reparcelación cuya subsanación se pretendió a través de una mera instancia fueron los siguientes así reflejados en la Resolución de 27 de enero de 2021:

«*— La discordancia entre las superficies de las fincas de origen que constan en sus respectivos historiales registrales, la que resulta del Catastro (las tres fincas de origen conforman una única parcela catastral), y la superficie del ámbito incluido en el proyecto de equidistribución.*

— Los archivos GML que contienen la representación gráfica de las fincas de resultado fueron enviados por correo electrónico, no existiendo forma de autentificar su contenido con relación al documento inscribible, debiendo formar parte integrante del título inscribible y corresponderse totalmente el perímetro de las fincas que resulta de sus respectivas representaciones gráficas con el contenido del proyecto de reparcelación, por ser esta la ordenación aprobada por el Ayuntamiento.

— El número de archivos GML es superior a las fincas resultantes del proyecto; existen problemas de identificación que no permiten alcanzar una correcta vincula-

ción entre el archivo GML comprensivo de la representación gráfica y la concreta finca a que se refiere, estimando que el número de fincas resultantes y archivos GML deben coincidir y ser nombrados dichos archivos GML de forma que permitan la vinculación con la correspondiente descripción literaria.

— Igualmente se aprecian discrepancias entre las superficies que arrojan las representaciones gráficas y las que resultan de su descripción literaria en el título inscribible, entendiendo la registradora que ambas deben coincidir; sumando la superficie de las fincas resultantes del proyecto (205526,93 metros cuadrados), esta resulta ser inferior a la superficie del ámbito (217200 metros cuadrados), superficie esta última que también difiere de la superficie que arroja la suma de los archivos GML (217242,42 metros cuadrados); dos de las manzanas de parcelas aparecen georreferenciadas en algún lugar del Océano Atlántico, debiendo tratarse de un error de transcripción, a juicio de la registradora; la existencia de unas franjas de terreno libres en las partes Norte y Sur de la parcela catastral, las cuáles no se mencionan en la certificación ni están incluidas en ninguna de las fincas resultantes, sin que pueda ello entenderse como un «giro» o «desplazamiento» de la cartografía catastral».

III. SOBRE LA APORTACIÓN DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA REPARCELACIÓN

1. La no exigencia de la unión de la escritura de constitución de la Junta de Compensación al título reparcelatorio para su inscripción

La exigencia de aportación de la escritura de constitución de la Junta de Compensación como condición para la inscripción del Proyecto de Reparcelación se justifica en la primera de las Resoluciones, la de 27 de enero de 2021 «*por ser el documento donde consta la comparecencia de todos los intervinientes en el Proyecto*».

Dicha exigencia, sin embargo, más allá de ser insuficiente para alcanzar el objetivo expresamente señalado por la resolución según lo que se dirá, carece de cobertura legal y reglamentaria pues, en la diferenciación que efectúa la Resolución de 18 de enero de 2022 entre título inscribible en sentido formal y material, al tratar del primero queda claro que el título para la inscripción de la reorganización de la propiedad que siempre conlleva un instrumento reparcelatorio se corresponde con la certificación administrativa de la aprobación definitiva del correspondiente proyecto.

Así resulta, en efecto, del artículo 6 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, en el que, fuera del supuesto de la escritura pública como título igualmente inscribible cuando fuera otorgada por el conjunto de los titulares de suelo y aprovechamiento del ámbito reparcelatorio, se refiere como título inscribible «*la certificación de la Administración actuante acreditativa de la aprobación definitiva del proyecto*».

La certificación administrativa, a su vez, dice el anterior artículo 2.2 que deberá expedirse por el Secretario de la entidad u órgano actuante en ejemplar duplicado y con inserción literal del acuerdo adoptado, que deberá expresar, salvo en los casos en que así se especifique, que el acto ha puesto fin a la vía administrativa y, en fin, que deberá expresar las circunstancias sobre las personas, derechos y las fincas de las que, en el caso de la reparcelación, se ocupa detalladamente el artículo 7 siguiente.

Según lo anterior, por lo tanto, del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, no se desprende que, a la certificación acreditativa de la aprobación del proyecto de reparcelación expresiva, además, de las circunstancias que según su artículo 7 ha de contener para su inscripción, deba incorporarse la escritura de constitución de la Junta de Compensación.

2. La inoperativa justificación contenida en la Resolución de 27 de enero de 2021

Como se viene diciendo, la razón dada en la Resolución de 27 de enero de 2021 para exigir la aportación de la escritura de constitución de la Junta de Compensación en orden a la inscripción del Proyecto de Reparcelación es que es en dicho documento «*donde consta la comparecencia de todos los intervinientes*».

Frente a ello, sin embargo, es lo cierto que los intervinientes en un proceso reparcelatorio a través del sistema de compensación en el que, actuando conforme al sistema de compensación, fuera precisa la constitución de una Junta de Compensación, en modo alguno se corresponden necesariamente con aquellos propietarios que hubieran comparecido en el otorgamiento de la correspondiente escritura pública.

Así tiene lugar, en efecto, por las siguientes razones:

a) Por cuanto la formalización de la incorporación a una Junta de Compensación, además de articularse a través del otorgamiento de la escritura de constitución, habitualmente también tiene lugar mediante escritura de adhesión.

b) La posibilidad de adhesión separada, que se encuentra expresamente prevista en el artículo 163.5 del Reglamento de Gestión Urbanística, ordinariamente viene contemplada tanto en la propia escritura de constitución de la Junta de Compensación como en sus Estatutos en los que se concede un plazo concreto para el otorgamiento de la escritura y para su comunicación a los órganos de la Junta de Compensación. A estos efectos, si bien el referido artículo 163.5 deja abierta la definición del plazo, impone que pueda tener lugar la adhesión de modo separado («*los propietarios o interesados que no otorguen la escritura podrán consentir su incorporación en escritura de adhesión, dentro del plazo que al efecto se señale*»).

c) Si bien el sistema de compensación está legalmente configurado como un sistema de ejecución de carácter voluntario de tal modo que la incorporación a la Junta de Compensación no constituye un deber sino la manifestación de una facultad cuyo no ejercicio desencadena la aplicación de la expropiación forzosa, nada impide, y es también habitual que así tenga lugar, que dicha entidad deje abierta la posibilidad de la adhesión incluso una vez ya transcurrido el plazo inicialmente ofrecido para su formalización.

d) La anterior posibilidad encuentra una clara justificación ante los inconvenientes que inevitablemente están siempre ligados a la necesidad de tener que tramitar la expropiación de los propietarios no adheridos pues, como es notorio, en tanto no se le dé término mediante el levantamiento del acta de ocupación y pago, al propietario no adherido no se le puede ocupar su suelo, no puede asignar la Junta de Compensación finca de resultado alguno con el que se corresponda y no puede expulsársele del folio registral.

e) La presencia de propietarios no adheridos a una Junta de Compensación en el desarrollo del proceso reparcelatorio se puso de manifiesto en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de febrero

de 1999 que, al pronunciarse sobre la posibilidad de la reparcelación parcial en aquellos supuestos en los que los suelos de los propietarios no adheridos estuvieran todavía pendientes de expropiación, sostuvo lo siguiente: «*Una cuestión que se ha planteado en la doctrina y en la jurisprudencia es si cabe la posibilidad de la compensación parcial, esto es, la inscripción de la reparcelación derivada de la compensación urbanística, sin alterar la titularidad registral de los titulares no incorporados a la Junta, en tanto se solucione por vía de expropiación. La solución en el ámbito jurisprudencial ha sido negativa: así lo estimó la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1988, para la cual es necesaria la previa expropiación de los titulares no incorporados a la Junta de Compensación para inscribir la reparcelación derivada del proyecto. El mismo criterio de la necesidad de previa expropiación y por tanto de la imposibilidad de inscripción parcial, ha sido recogido por el artículo 21 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio (...)*».

f) La figura de la empresa urbanizadora en el ámbito de las Juntas de Compensación, que está igualmente llamada a formar parte de ellas como un miembro más, no presupone su necesaria incorporación desde el origen según se cuida de señalar el artículo 163.2 del Reglamento de Gestión Urbanística al decir que «*La Junta quedará integrada (...), en su caso, por las empresas urbanizadoras que se incorporen*», siendo igualmente habitual que los términos de su incorporación se definan en los Estatutos y que su materialización tenga lugar una vez aquella ya estuviera constituida.

g) De igual modo, el mismo apartado 2 del artículo 163 refiere que en la Junta de Compensación quedarán integradas las entidades públicas titulares de bienes incluidos en el ámbito objeto de desarrollo ya fueran de carácter demanial o patrimonial, lo cual opera en relación con las Administraciones municipal y autonómica en tanto que autoras del planeamiento objeto de gestión y ejecución, mas no de la Administración General del Estado o sus organismos públicos toda vez que en ambos casos la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas prevé en su artículo 139.1 que la incorporación tenga lugar «*previa adhesión expresa*».

h) Es notorio que la relación de propietarios incorporados a la Junta de Compensación no queda cerrada de una vez y para siempre en el momento del otorgamiento de la escritura de constitución pues nada puede impedir que sus suelos sean objeto de transmisión, situación a la que precisamente busca dar respuesta el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio mediante el desenvolvimiento de los efectos derivados de la práctica de la nota marginal de iniciación del procedimiento reparcelatorio por la atribución a favor de la Junta de Compensación de una *perpetuatio legitimationis* que la releva de tener que indagar la suerte de las fincas ante la posibilidad de su transmisión, siendo por ello los adquirentes quienes han de comunicar su nueva condición de propietarios con el alcance que resulta de los artículos 14 a 17 siguientes.

i) Por lo demás, no puede pasarse por alto tampoco la variedad de situaciones que pueden darse a lo largo de la vida de una Junta de Compensación en orden a la determinación de las titularidades afectadas, lo que se hace patente por la posible presencia de dobles o múltiples inmatriculaciones, de propietarios desconocidos o en ignorado paradero con la consiguiente participación del Ministerio Fiscal y la eventual integración de la Administración General del Estado en aquella conforme a los artículos 17 y 139 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, de resoluciones judiciales declarativas del dominio a favor de un nuevo titular no considerado en el origen, etc.

Es por todo ello, en fin, que lejos de ser relevante la escritura de constitución de las Juntas de Compensación para permitir la identificación de «*todos los intervinientes*» según dice la Resolución de 27 de enero de 2021, su otorgamiento lo que realmente supone es una manifestación previa sobre la presencia del *quorum* de superficie legalmente requerido para tal constitución teniendo en todo caso presente su posterior sometimiento a la Administración para su aprobación[1].

Para la identificación de los intervinientes, por lo tanto, deberá acudirse al título reparcelatorio, en el cual habrán de constar el conjunto de circunstancias a las que se refiere el artículo 7 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, en particular la especificación de la titularidad de las fincas incluidas en el ámbito de actuación así como de las cargas y gravámenes inscritos sobre ellas, la especificación de las modificaciones producidas en la titularidad de las fincas de origen cuando no hubiera una coincidencia entre los datos del Registro y del Proyecto, la relación de los propietarios de fincas y aprovechamiento y de los titulares de cargas y gravámenes y, en fin, la expresa indicación de haber sido notificados en el expediente.

Por lo demás, llama la atención que, así como en la Resolución de 27 de enero de 2021 se dejara constancia de la observación contenida en la nota de calificación sobre la falta de aportación de la escritura de constitución de la Junta de Compensación en la que se destacó que su inscripción en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras «*adquiere carácter constitutivo*», en la posterior Resolución de 18 de enero de 2022 se reproduzca el informe de la registradora remitido al Centro Directivo en el que se considera subsanado el defecto de la falta de aportación de la escritura de constitución de la Junta de Compensación «*aun cuando no consta inscrita en el Registro de Entidades Urbanísticas*».

IV. SOBRE LA MODIFICACIÓN DEL TÍTULO REPARCELATORIO

Presentada una instancia privada para la subsanación de los defectos advertidos en el Proyecto de Reparcelación y confirmados en la Resolución de 27 de enero de 2021, la sucesiva Resolución de 18 de enero de 2022, acogiendo la doctrina sentada, entre otras, en la Resolución de 15 de junio de 2013, confirma su previa insuficiencia observada en la nota de calificación.

Así lo hace a partir de la distinción entre título inscribible en sentido formal y en sentido material considerando, en el caso de los proyectos de reparcelación, que en el primer caso se trata de la certificación administrativa acreditativa de su aprobación definitiva (arts. 2 y 6 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio) y en el segundo del acto administrativo de aprobación del proyecto (arts. 1 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio y 65.1.a del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015).

Tal exigencia, dice la resolución, debe también predicarse respecto de los actos posteriores de modificación del Proyecto de Reparcelación, lo que debe contemplarse desde los siguientes criterios:

a) Se resalta que la alteración del título reparcelatorio puede tener lugar tanto de modo directo como por medio de las llamadas operaciones jurídicas complementarias[2] a que se refieren los artículos 113.3 y 174.5 con una regulación notoriamente escueta en cuanto a su alcance pues tan solo impone de modo genérico la necesidad de que no se opongan al proyecto de reparcelación ni al plan objeto de ejecución.

b) No obstante la escasa regulación sobre las operaciones jurídicas complementarias, se las cataloga como figura eficaz para corregir errores o defectos del proyecto de reparcelación siempre y cuando no supongan una alteración general o esencial, lo que ha de entenderse en el sentido de que no pueden reemplazar una reparcelación previamente aprobada[3] ni incidir en sus determinaciones fundamentales.

c) Siendo posible que, cuanto menos, la modificación de un Proyecto de Reparcelación a través de una operación jurídica complementaria se extienda a la rectificación de errores materiales, la superación de su límite máximo ya señalado determina la necesaria elaboración «*de un nuevo, íntegro y distinto proyecto de reparcelación*», lo que así tiene lugar cuando se trate de «*variaciones de carácter tan sustancial como puede ser la situación, el cambio de titularidades en fincas aportadas y adjudicadas, la forma de adjudicación y en el reparto de beneficios y cargas*», único modo de respetar los derechos de todos los afectados.

d) Desde el punto de vista procedimental se destaca la necesaria intervención del titular afectado y, en su caso, su conformidad, requisito, este último, que puede cobrar sentido en aquellos casos en los que los términos de las adjudicaciones objeto de alteración vienen prefigurados legalmente o cuando se incide sobre terceros adquirentes.

En el caso considerado en la Resolución de 18 de enero de 2022 a partir de la previa de 27 de enero de 2021 la objeción a la inscripción consistió en la existencia de determinadas segregaciones que si bien se habrían consignado en el proyecto aprobado, no quedaron formalizadas en la certificación presentada como trámite previo a la inscripción de las fincas resultantes, ante lo cual «*debe considerarse que el cauce procedimental adecuado es el de la operación jurídica complementaria de modo que complete el contenido del proyecto aprobado mediante el correspondiente procedimiento administrativo con intervención del titular afectado y que quede reflejado en certificación municipal que contenga las circunstancias que exige el artículo 7 del Real Decreto 1093/1997, en particular en cuanto a la descripción de las fincas aportadas previa segregación, en su caso, y su correspondencia con las de resultado*».

Por el contrario, cuando no hubiera lugar a la segregación por encontrarse la finca íntegramente incluida en el ámbito reparcelatorio, afirma la resolución que «*el título podrá rectificarse aclarando que se trata de una mera rectificación superficial amparada en el artículo 8 del citado Real Decreto lo que podrá hacerse mediante la simple emisión de certificación en tal sentido con la correcta descripción y expresando que se trata de una rectificación descriptiva de la finca aportada*».

CONCLUSIONES

I. Las Resoluciones de 27 de enero de 2021 y 18 de enero de 2022 plantean, entre otras cuestiones, dos circunstancias relevantes en orden a la inscripción en el Registro de la Propiedad de los instrumentos reparcelatorios en aquellos casos en los que se actúa de acuerdo con el sistema de compensación.

II. La primera de ellas se refiere a la necesidad de aportar, junto al título reparcelatorio, la escritura de constitución de la Junta de Compensación para permitir la identificación de todos los intervinientes, lo cual plantea la doble interrogante de si tal exigencia cuenta con cobertura legal suficiente y, a su vez, si realmente dicha escritura de constitución está en condiciones de cumplir con la finalidad que se le atribuye.

III. De acuerdo con el artículo 6 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, fuera del supuesto de la escritura pública como título igualmente inscribible cuando fuera otorgada por el conjunto de los titulares de suelo y aprovechamiento del ámbito reparcelatorio, el título inscribible se corresponde con la certificación de la Administración actuante acreditativa de la aprobación definitiva del proyecto dando cumplimiento a lo dispuesto en el precedente artículo 2.2, no refiriéndose en punto alguno la necesidad de aportar la escritura de constitución de la Junta de Compensación.

IV. A su vez, el objetivo perseguido al advertir el defecto, esto es, la aportación de la escritura de constitución de la Junta de Compensación como medio para identificar a los intervinientes, resulta claramente inalcanzable con ese medio pues en la escritura se refleja un cuadro fijo de propietarios que queda al albur, entre otras eventualidades, de las adhesiones posteriores, las transmisiones de terrenos durante la vida de la Junta, la incorporación sobrevenida de empresas urbanizadoras, la situación de propietarios no adheridos a los que se permite la incorporación antes de dar inicio al expediente expropiatorio por facilitar la tramitación de la reparcelación, etc.

V. Las alteraciones de instrumentos reparcelatorios ya aprobados es también analizada en la Resolución de 18 de enero de 2022, a cuyo fin, de acuerdo con una doctrina ya recogida en resoluciones precedentes, se considera necesaria la redacción y tramitación de un nuevo proyecto cuando se produzcan modificaciones esenciales, considerando que, en otro caso, cabe abordarla a través de las denominadas operaciones jurídicas complementarias justamente por referirse a meros errores materiales o cuando no impliquen una alteración general o esencial, es decir, que no conlleven un reemplazamiento de una reparcelación previamente aprobada o una incidencia en determinaciones fundamentales de ella.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 26 de abril de 1988
- STS de 20 de junio de 1998
- STS de 13 de noviembre de 2002
- RDGRN de 12 de febrero de 1999
- RDGRN de 14 de abril de 2003
- RDGRN de 15 de junio de 2013
- RDGSJFP de 27 de enero de 2021
- RDGSJFP de 18 de enero de 2022

BIBLIOGRAFÍA

LASO BAEZA, V., La situación de los propietarios no adheridos a una Junta de Compensación respecto de la confección e inscripción de un Proyecto de compensación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 684, 2005 a 2018.

LASO MARTÍNEZ, J.L., 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, 393 a 426;

LANZAS MARTÍN, E.P., La alteración de la reparcelación a través de las llamadas operaciones jurídicas complementarias: contenido, requisitos y límites

de dichas operaciones, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 768, 2367 a 2381.

— El requisito de firmeza de los actos administrativos de naturaleza urbanística, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 762, 2092 a 2106.

NOTAS

[1] El artículo 163.5 del Reglamento de Gestión Urbanística establece que «*Copia autorizada de la escritura y de las adhesiones, en su caso, se trasladará, al órgano urbanístico actuante, quien adoptará, si procede, acuerdo aprobatorio en plazo de treinta días*».

[2] LANZAS MARTÍN, E.P., La alteración de la reparcelación a través de las llamadas operaciones jurídicas complementarias: contenido, requisitos y límites de dichas operaciones, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 768, 2367 a 2381.

[3] La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2002 afirma, al ocuparse del artículo 113.3 del Reglamento de Gestión Urbanística, que «*El precepto exige que las operaciones complementarias "no se opongan al proyecto de reparcelación", y no se puede decir que unas operaciones de las que resultan 75 fincas cuando del proyecto de reparcelación solo habían resultado 39 fincas (casi un 100% más) no se oponga al proyecto de reparcelación. Según el artículo 72-1-b) del Reglamento de Gestión Urbanística, la reparcelación tiene por objeto, entre otros, «la regularización de las fincas para adaptar su configuración a las exigencias del Planeamiento», y cuando de una configuración de la que resultan 39 fincas se pasa a otra de 75 fincas, se ha realizado sin duda una nueva configuración de fincas (aunque se mantenga el dibujo estructural de la primera reparcelación) y, consecuentemente, se ha variado de raíz una de las finalidades de este procedimiento de distribución de beneficios y cargas*».

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

El «pacto sucesorio» derecho foral o autonómico civil y derecho de la Unión Europea

por

JOSU J. SAGASTI AURREKOETXEA
Profesor titular de Universidad de Derecho mercantil
Profesor Jean Monnet de la Unión Europea

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. DETERMINACIÓN MATERIAL DEL SUPUESTO DE HECHO.—III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA RESOLUCIÓN: 1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA CONTEXTUAL Y ESPECÍFICA REFERIDA A LOS PACTOS SUCESORIOS. 2. SUPUESTO DE HECHO DE LA RESOLUCIÓN. 3. «*PROFESSIO IURIS*». 4. INTERRELACIÓN ENTRE EL DERECHO NACIONAL Y EL DERECHO COMUNITARIO. «*RATIO DECIDENDI*».—IV. PROPUESTA DE «*LEGE FERENDA*».

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La relación entre el Derecho foral o Autonómico civil y los Reglamentos europeos sobre la ley aplicable es una cuestión que se plantea con cierta frecuencia en diferentes ámbitos materiales de aplicación en el contexto de la justicia civil, que puede conllevar notables disfunciones. Ello se debe a la vocación de uniformidad en sus soluciones que presenta el Derecho europeo, máxime tratándose de reglamentos, auténticas leyes europeas obligatorias en todos sus extremos. Esta es la forma que revisten la totalidad de los instrumentos relativos a la ley aplicable en el dominio de la justicia civil.

Esta breve recensión aborda la cuestión, en materia de pacto sucesorio, planteada entre el Derecho gallego y el Reglamento (EU) núm. 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones «mortis causa» y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Dicha cuestión ha sido tratada en la Resolución de 20 de enero de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública [en lo sucesivo, Resolución], en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Pontevedra, núm. 2, a inscribir una escritura de pacto sucesorio de mejora en el contexto del mencionado Reglamento (UE) núm. 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio. Ello, no obstante, en la Resolución existe también una mención expresa de la troncalidad del Derecho Civil Vasco.[1]

La institución del pacto sucesorio ha sido tratada, asimismo, por otras Resoluciones del mismo Centro Directivo,[2] así como por pronunciamientos del Tribunal Supremo[3] y de la administración tributaria[4] y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[5].

II. DETERMINACIÓN MATERIAL DEL SUPUESTO DE HECHO.

El supuesto de hecho comprende los siguientes hitos y contenidos:

1.- Mediante escritura autorizada el día 2 de agosto de 2021 por notario de Pontevedra, se otorgaba por un ciudadano francés un pacto sucesorio de mejora de los comprendidos en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia.

2.- Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Pontevedra número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación negativa:

«…Se han apreciado los siguientes defectos que impiden acceder a practicar las operaciones registrales solicitadas»:

a) «Hechos: Don M.A.R.M. carece de nacionalidad española…y, por tanto, no es posible considerar que posea vecindad civil gallega como se hace constar, por cuanto es una cualidad reservada a españoles…».

b) «La ley de Derecho Civil de Galicia establece en su artículo 4 que "1. La sujeción al derecho civil de Galicia se determinará por la vecindad civil, con arreglo a lo dispuesto en el derecho civil común"».

c) «Así, siendo por tanto necesario ostentar vecindad civil gallega para que el otorgante se sujete a la ley gallega, y siendo la vecindad civil una cualidad reservada a españoles, siendo extranjero el otorgante, no procede el otorgamiento de pacto sucesorio de mejora conforme a la ley gallega».

d) «Ninguna referencia se hace a si el disponente extranjero ha otorgado "professio iuris", pero…la "professio iuris" se limita en el Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, a la elección entre cualquiera de las leyes nacionales del causante en el momento de la elección o en el momento del fallecimiento, y en su caso, esta elección conduciría a la ley española, nunca a una concreta ley foral, de suerte que obtenida la nacionalidad en un momento posterior por el disponente, las legítimas se ajustarían a la legislación sucesoria interna que correspondiera aplicar, ya sea la gallega, si fuera al obtener la nacionalidad su elección, ya otra, aplicable en tal momento, a cuyo sistema legitimario debería adaptarse en tal caso (de ser válida su celebración) el pacto sucesorio realizado. Por ello no es posible elección en disposición "mortis causa" si no es condicionada en los términos expresados».

e) «Conforme a la ley española —a la que conducen las restantes conexiones—, no existe una norma interna de conflicto aplicable al supuesto —artículo 36.3 del Reglamento—, en cuanto la norma del artículo 9, párrafo 8, apartado 2, del Código Civil, regirá solo en el ámbito de los conflictos internos, entre distintas unidades territoriales y sin elemento internacional.».

f) «En este ámbito internacional, en el caso de que la ley designada por el Reglamento de Sucesiones fuera la de un Estado que comprenda varias unidades

territoriales, serán preferidas las normas internas sobre conflictos de leyes de dicho Estado. Tratándose de un causante no español, a cuya sucesión se aplique la ley española se estará a la normativa que resulte aplicable en la ley de la unidad territorial en que tenga su residencia habitual, o en su defecto la de vínculos más estrechos. Será de aplicación el artículo 36.3 del Reglamento, que, a falta de norma de conflicto, toma como referencia a la unidad territorial con la que el testador las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio hubieran tenido un vínculo más estrecho. Vínculo que referido al momento del otorgamiento del pacto queda reflejado en la residencia habitual en la unidad territorial, y a esa unidad debe venir referida la validez formal de dicho pacto».

g) «La ley gallega, como se ha visto, determina que la sujeción al derecho civil foral se determina por la vecindad civil».

h) «Asimismo, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión del dominio queda fuera del ámbito del Reglamento, por lo que la calificación del título presentado es conforme a la ley española. Y conforme a los artículos 53 y 27.3 del Reglamento 650/2012, la cuestión de la exigencia de vecindad civil gallega del disponente impuesta por la ley gallega —lo que lleva consigo la necesidad de ostentar nacionalidad española—, es una cuestión de validez formal que conduce a la circunstancia personal del disponente».

3. La calificación otorgada fue negativa, por cuanto que «*siendo por tanto necesario ostentar vecindad civil gallega para que el otorgante se sujete a la ley gallega, y siendo la vecindad civil una cualidad reservada a españoles, siendo extranjero el otorgante, no procede el otorgamiento de pacto sucesorio de mejora conforme a la ley gallega*».

III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA RESOLUCIÓN

En la fundamentación jurídica empleada por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública cabe desglosar diferentes ámbitos de pronunciamiento.

1. Configuración jurídica contextual y específica referida a los pactos sucesorios

En la Resolución se pone de manifiesto «*la singularidad de nuestro sistema de Derecho civil y la inmovilidad del Derecho interregional —hubiera sido deseable una evolución normativa tras la entrada en aplicación de los reglamentos o ante la incorporación del Derecho internacional convencional, (por ejemplo el artículo 12 de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 en la Ley 8/2021)— crea problemas de aplicación y de hermenéutica, de los que es claro ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares núm. 1/2021, de 14 de mayo (corrección de errores por auto núm. 1/2021, de 1 de junio), en casación foral*»[6].

La materia en controversia «*se refiere a un pacto de mejora con entrega de bienes de presente sujeto al Derecho gallego, que habida cuenta de la concurrencia de un disponente extranjero determina nuevamente el análisis del Reglamento (UE) núm. 650/2012…», el cual «…concede una gran importancia a la previsibilidad de la sucesión y por tanto al tratamiento de las disposiciones "mortis causa" (arts. 3.1.b), 25 a 27 y 83.2 y.3 y considerando 80)*»[7]. «*Concretamente, entre otras*

definiciones, el artículo 3.1.b) del Reglamento (UE) 650/2012 define el pacto sucesorio como "todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo"».

Sin embargo, es preciso destacar que «*las normas europeas presentan entre sus características, la autonomía de los conceptos de las materias que abordan, autonomía conceptual sancionada por la interpretación al efecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En sede de pactos sucesorios, la interpretación del Tribunal es especialmente relevante, habida cuenta de la inexistencia de antecedentes convencionales ya que, recordemos, el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre conflictos de leyes en materia de forma de disposiciones testamentarias excluye la sucesión pactada de las disposiciones sucesorias cuyas normas conflictuales aborda*».

En este sentido, «*constituye…un hito de especial relevancia…la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2021 ECLI:EU:C:2021:708 UM v. HW en tanto administrador de la sucesión de ZL (Asunto C-277/20)*»[8]. «*El Tribunal partiendo del carácter autónomo de los conceptos de las normas europeas, define a los efectos del Reglamento el pacto sucesorio de manera general, como un acuerdo que confiera derechos relativos a "la sucesión o las sucesiones" futuras y que por "sucesión" debe entenderse "cualquier forma de transmisión mortis causa de bienes (…), ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición mortis causa o de una sucesión abintestato". Concluye que la exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento de los bienes transmitidos por título distinto de la sucesión, por ejemplo, mediante liberalidades, debe interpretarse de manera estricta*[9]*. Responde a la primera cuestión prejudicial planteada señalando que el artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 650/2012, debe interpretarse en el sentido de que un contrato en virtud del cual una persona dispone que, a su muerte, la propiedad de un bien inmueble que le pertenece se transmita a otras partes contratantes constituye un pacto sucesorio a los efectos de ese precepto*». «*En base a ello, a sensu contrario, un pacto con entrega de presente de bienes difícilmente puede ser considerado un pacto sucesorio a los efectos de los artículos 3.1.b) y 25 a 27 del Reglamento*».

2. Supuesto de hecho de la resolución

«*En el caso que se aborda ahora, la transmisión del bien concreto es de presente, con el efecto de mejora al hijo si se dan los requisitos que establecen los artículos 214 a 218 de la ley 2/2006, de derecho civil de Galicia tras la apertura de la sucesión de los disponentes y ello, aunque el concepto mejora como tal ya no esté recogido tras la reforma de las legítimas por la misma Ley 2/2006, que cambia la naturaleza de estas y su cuantificación. Por ello señala el título que tendrá la condición de legado no respondiendo el mejorado por las deudas de la sucesión*».

Así, «*pese al "nomem ius" de la mejora con entrega de bienes en Derecho gallego, al referirse a una entrega de presente, cuyo régimen se ha de regular por este propio Derecho según la reciente interpretación del Tribunal de Justicia citada, cabe dudar seriamente que pueda dar lugar a pacto de los incluidos en el Reglamento, pudiendo discutirse, además, dado que se refiere a un bien concreto, si la previsión sobre el efecto sucesorio de la mejora supone o no "professio iuris", si bien no expresa o tácita (art. 22 del Reglamento)*».

3. «*Professio iuris*»

«*La "professio iuris" se limita en el Reglamento a la elección entre cualquiera de las leyes nacionales del causante en el momento de la elección o en el momento del fallecimiento (art. 22.1 segundo inciso). Conforme al artículo 22.2 del Reglamento la elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición mortis causa o habrá de resultar de los términos de una disposición de este tipo*.

Podría haberse entendido que, al realizar el pacto, la parte disponente francesa hizo una "professio iuris" no expresa o tácita a favor de la ley española —no a su ley nacional actualmente—, para el caso de esta fuera adquirida por ella en el futuro en cualquier momento antes de su muerte (art. 22.2). Mas esta elección conduciría a la ley española, nunca a una concreta ley foral, de suerte que obtenida la nacionalidad en un momento posterior por la donante o disponente, las legítimas se ajustarían a la legislación sucesoria interna que correspondiera aplicar, como la gallega, si fuera al obtener la nacionalidad su elección, ya otra, aplicable en tal momento, a cuyo sistema legitimario debería adaptarse.

Por ello, dado que no es posible una efectiva elección en disposición "mortis causa" —sino es condicionada en los términos expresados—, de una de las siete normativas sucesorias que contempla el Derecho español, la unidad cuya legislación resulte aplicable vendrá necesariamente establecida por la ley española a la apertura de la sucesión.

En el mismo sentido el tribunal, en la segunda cuestión prejudicial, que aborda en la sentencia citada, se refiere a la imposibilidad de realizar «professio iuris» en la disposición de un bien concreto (como ocurrió en el supuesto analizado por la Resolución de este Centro Directivo de 24 de mayo de 2019) pues conduciría a una fragmentación de la sucesión indeseada y contraria a los principios y objetivos del Reglamento (arts. 21 y 22 y, a contrario, considerando 80). Señala el Tribunal, en relación a los artículos 21 y 22 del Reglamento que regulan la validez de la elección de la ley aplicable a la totalidad de la sucesión que, no es posible la elección de ley para regir solamente un pacto sucesorio, a los efectos del artículo 3, apartado 1, letra b), de este Reglamento, referido a un bien concreto del "de cuius", y no a la totalidad de su sucesión. El Tribunal decidió sobre el caso concreto, referido al Derecho transitorio, rechazar la "professio iuris" pero admitir conceptualmente el pacto (donación "mortis causa", muy discutida en la negociación, que no encuentra reflejo a favor ni en contra en el Reglamento) en cuanto se transmitiría el bien a la apertura de la sucesión y no de presente.

En el caso que nos ocupa, el bien se transmite de presente y se realiza una "professio iuris" no expresa sobre el bien concreto (se dice en el título que será un legado, en concepto de mejora "ad hoc" y en cuanto tal no responderá el beneficiario de las deudas hereditarias). Si fuera considerado, como hipótesis, un pacto de los incluidos en el Reglamento debe abordarse —calificación impugnada— si es posible que el disponente no español disponga de la forma que lo ha hecho sin poseer vecindad civil, cualidad reservada exclusivamente a los nacionales españoles.

«*…La ley civil gallega exige la cualidad subjetiva de gallego, pero también presenta, un elemento de extraterritoriedad, por el contrario a lo señalado por el recurrente, pues el gallego mantendrá su vecindad civil fuera de Galicia, de acuerdo con el Derecho estatal*».

4. Interrelación entre el derecho nacional y el derecho comunitario. «*Ratio decidendi*».

«*Existe, en efecto, un delicado equilibrio entre las competencias de la Unión Europea y de los Estados miembros que se refleja en los principios de subsidiariedad*

y de proporcionalidad, por cuya virtud el Reglamento se limita a lo estrictamente necesario para alcanzar sus objetivos (véase su considerando 80, ya citado); y no es uno de ellos, precisamente, entrar a dirimir cuestiones que atañen a la competencia exclusiva de los Estados miembros (siendo este un elemento fundamental para una interpretación teleológica de este instrumento). Máxime habida cuenta que el Reino de España no se ha acogido a lo establecido en su artículo 38, que ofrece a los Estados miembros esta posibilidad. De esta manera sí se hubiera obviado la exigencia de vecindad civil gallega del donante para aplicarle directamente la Ley de derecho civil de Galicia. Pero nuestro Reino no lo ha hecho para este ni para ningún otro Reglamento de la Unión Europea en la materia por diversas razones: el respeto a la tradición histórica de nuestros derechos civiles (véase el considerando 6 «in fine» del Reglamento), sus instituciones (así, el pacto sucesorio de mejora con entrega de bienes de presente de la Ley gallega), sus respectivos ámbitos de aplicación y el mecanismo de solución de sus conflictos territoriales (arts. 13 siguientes del CC).

El artículo 36 del Reglamento relativo a los Estados con más de un sistema jurídico —conflictos territoriales de leyes—, en su apartado primero establece que en el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión». Además, se ha de analizar «…la interpretación de los artículos 25 a 27 del Reglamento, validez formal y material de la disposición "mortis causa"».

En base a ello, «*se aplica la normativa de la Comunidad Autónoma con legislación foral, directamente. Sin intermediación del Derecho interregional que no puede ser de aplicación en cuanto no ha lugar —en esta materia— la vecindad civil respecto del disponente extranjero y no discutiéndose que la única unidad territorial relevante es Galicia. Por lo tanto, se aplica (si fuere un pacto a los efectos del Reglamento) la normativa de la unidad territorial. Si bien esta normativa es de aplicación directa en caso de sucesiones abiertas cuyo causante es un residente extranjero, para el caso de las disposiciones "mortis causa", será necesario que estas cumplan los requisitos de validez material y formal conforme a la ley de la residencia habitual del disponente*».

«*Los problemas de aplicación de esa normativa no nacen del Derecho europeo que se aplica correctamente. Nacen de los propios requisitos exigidos por la ley autonómica aplicable*». Así, «*…conforme al Derecho Civil de Galicia, artículo 4 de su compilación, se exige la cualidad de gallego para realizar ese pacto. Por lo tanto —de ser un pacto contemplado en el Reglamento—, habría que analizar el artículo 25 que determina que la existencia y validez de la disposición "mortis causa" se referirá al ordenamiento aplicable, que por mor de la interpretación (aun extendida) del artículo 36 conduce a la normativa gallega que no permite tal pacto por faltar el requisito subjetivo de su condición de gallego. No puede pretenderse como hace el recurrente, que la residencia habitual modifica el Derecho interregional español, específicamente tenido en cuenta por el legislador europeo en este Reglamento (como en todos los de ley aplicable posteriores)*».

«*Debe observarse que la falta de validez material no produce —solo— una discriminación para el ciudadano europeo —o de cualquier otro Estado, por la aplicación universal del Reglamento frente al local, gallego en este caso—, sino también para cualquier ciudadano español. La concepción estatutaria del Derecho foral sí tiene presente la singularidad objetiva de bienes, aunque esta entrañe a su vez una específica cualidad subjetiva (interpretación del artículo 30 del Reglamento (UE) 650/2012, en relación al principio territorial de instituciones forales como la troncalidad)*».

«*Por lo tanto, el extranjero o el español que no posea la vecindad civil no podrá concertar determinados pactos forales por no ser válidos material y formalmente en la unidad territorial cuyo ordenamiento es directamente aplicable (art. 36. 2)*».

IV. PROPUESTA DE «*LEGE FERENDA*»

La Resolución formula diversas consideraciones de «lege ferenda». Así, entiende que «*el legislador civil autonómico, deberá adaptar su normativa a la nueva realidad de los Reglamentos europeos, como ha hecho ya el legislador balear en relación a las parejas registradas*»[10].

De igual modo, entiende que «*se hace necesaria una reflexión sobre el criterio de la vecindad civil y su ajuste con los reglamentos europeos. La intersección del Derecho europeo con la normativa estatal de la vecindad civil, debe ser uniformemente entendida, como corresponde a la correcta aplicación de los instrumentos europeos, sin ser posible su análisis desde la exclusiva perspectiva autonómica, al resultar aplicables además, la normativa estatal (art. 149.1.8.ª de la Constitución y Título Preliminar del CC) así como la normativa europea de aplicación general y uniforme bajo el criterio jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*».

MATE SATUÉ, L. C., *La configuración del daño y su relación con el nexo causal en la responsabilidad civil del abogado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO
Profesora de Derecho civil (acreditada a Profesora titular de Universidad)
Universidad de La Rioja

La monografía objeto de la presente recensión es obra de la doctora Loreto MATE SATUÉ y trae causa de su tesis doctoral.

Responde a un estudio con un interesante, serio, riguroso y profundo análisis teórico y práctico de la cuestión abordada en esta obra, que se centra en uno de los aspectos más relevantes, complejos y controvertidos en el ámbito de la responsabilidad civil y su exigencia: la configuración del daño y el nexo causal.

Se aborda esta cuestión con gran claridad expositiva a lo largo de siete capítulos, además de la introducción, unas oportunas e interesantes conclusiones y una muy extensa relación de fuentes bibliográficas y jurisprudenciales que, junto con las cuatrocientas páginas en que se desarrolla el trabajo, pone de manifiesto el detalle y profundidad del estudio realizado, de gran relevancia práctica.

En primer lugar, la autora analiza las distintas dimensiones de la responsabilidad que pueden llegar a aplicarse a los abogados: penal (especialmente sobre el delito de deslealtad profesional), disciplinaria (tanto colegial como jurisdiccional) y civil; siendo en esta última en la que se centra fundamentalmente en este primer capítulo y en los siguientes capítulos, caracterizando la responsabilidad civil del abogado como una responsabilidad fundamentalmente contractual (ya que los supuestos de responsabilidad extracontractual son excepcionales) y de corte subjetivo.

Partiendo de esa contractualidad, la autora dedica el segundo capítulo de esta monografía al estudio de la relación jurídica entre abogado y cliente, tradicionalmente amparada bajo la figura del contrato de servicios, si bien, como apunta la doctora MATE, en algunos supuestos hay matizaciones o aspectos que pueden llevar a la configuración contractual de esta relación bajo otras modalidades de contrato. En todo caso, atendiendo a la escasa e incompleta regulación del contrato de servicios en el Código Civil, la autora, tras precisar los requisitos y modalidades del ejercicio de la profesión de abogado, concreta y analiza el contenido del contrato de servicios jurídicos, es decir, las obligaciones principales de las partes (desarrollo del encargo por el abogado conforme a su *lex artis* y pago del precio por el cliente, con un interesante análisis del deber de colaboración del cliente atendiendo a las propuestas comunitarias y nacionales de modernización del contrato de servicios), así como la perfección y forma (también la electrónica) del contrato a partir de las diversas fuentes de reglamentación del contrato de servicios jurídicos, en la que tiene un papel relevante la hoja de encargo (pues sirve como medio de prueba de la existencia y objeto del encargo, de su contenido obligacional y, por ende, del cumplimiento del abogado, y también permite determinar el acuerdo económico respecto a los servicios que se presten).

Es a partir del capítulo tercero donde la doctora MATE estudia el incumplimiento de ese contrato de servicios jurídicos; incumplimiento fundamentalmente por parte del abogado, generador de esa responsabilidad civil contractual objeto principal de esta monografía.

En el capítulo tercero examina los remedios ante ese incumplimiento contractual del abogado, centrando el estudio en la acción de cumplimiento prevista en los artículos 1096 y sigs. y 1124 del Código Civil, la acción de resolución *ex* artículo 1124 del Código Civil y la acción resarcitoria del artículo 1101 CC.

Con respecto a la acción de cumplimiento se analizan sus dos modalidades: el cumplimiento *in natura* y el cumplimiento por equivalente; y cabe destacar cómo la autora en relación con el cumplimiento forzoso *in natura* en el caso del contrato de servicios jurídicos advierte de que no es un mecanismo adecuado para la solución y satisfacción del cliente en caso del incumplimiento contractual del abogado, como consecuencia del carácter personalísimo de la obligación asumida por este profesional (esa infungibilidad de la prestación de servicios es un límite tradicionalmente predicable de todo cumplimiento forzoso), así como por entender que *a priori* con la actuación negligente del abogado, especialmente cuando tiene lugar en el seno de un proceso judicial, se produce ya una imposibilidad legal de ejecutar la obligación y reiterar la pretensión procesal del cliente.

Por ello, la doctora MATE estudia otras vías de satisfacción del cliente: a) la acción de resolución *ex* artículo 1124 del Código Civil, concluyendo que en este ámbito tiene escasa virtualidad práctica, centrada sobre todo en la imposibilidad del abogado de reclamar sus honorarios; y b) la acción resarcitoria del artículo 1101 del Código Civil, que es compatible con las anteriores acciones indicadas, pero que en este ámbito jurídico, por las razones antedichas, se torna, a juicio de la autora de esta monografía, como la vía más idónea de satisfacción ante el incumplimiento del abogado, si bien exige que tal incumplimiento sea fruto de la negligencia de este profesional y, asimismo, que tal actuación negligente haya causado un daño al cliente (interés contractual positivo y negativo); presupuestos estos que son objeto de análisis detallado en los capítulos siguientes.

Así, en el capítulo cuarto estudia las obligaciones del abogado y su incumplimiento negligente. Se examina tanto la obligación principal, es decir, el cumplimiento de la prestación procesal y extraprocesal de servicios conforme a su

lex artis, condicionado por el concreto objeto del encargo profesional (articulado sobre el doble parámetro del deber asumido por el profesional y la realización del interés del cliente) que determinará la calificación de su obligación como una obligación de medios o de resultado, como también los distintos deberes accesorios que se asumen al aceptar el encargo (deber de conocimiento del Derecho aplicable al caso, de información, de custodia de documentación, de secreto y confidencialidad y de uso adecuado de la tecnología en el desarrollo de la prestación) y que se integran junto con esa obligación principal para conformar el contenido de la prestación contractual debida por el abogado, por lo que el incumplimiento de cualquiera de ellos generará la responsabilidad contractual del profesional.

El extenso capítulo quinto lo dedica la autora al análisis del daño como presupuesto de la responsabilidad civil en general y, particularmente, de la responsabilidad civil del abogado; un presupuesto cuya configuración resulta especialmente controvertida como consecuencia de las dificultades que en ocasiones existen para concretar si efectivamente la actuación del abogado ha provocado la frustración de la pretensión del cliente en el proceso. Y este análisis se lleva a cabo estudiando exhaustivamente las distintas normas y posturas doctrinales existentes al respecto, así como la profusa jurisprudencia recaída sobre la cuestión. En un primer momento estudia la actual articulación del daño en la responsabilidad civil del abogado desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, distinguiendo entre el daño patrimonial puro y el daño patrimonial como pérdida de oportunidad y los daños morales. Y de tal estudio la autora posteriormente deriva la determinación de tres factores que necesariamente influyen en la articulación del daño en este ámbito jurídico y que, en su caso, condicionarán la reconfiguración que pueda hacerse del daño como presupuesto de la responsabilidad civil del abogado: a) la configuración de la obligación del letrado como una obligación de medios y el resultado siempre incierto del proceso; b) la no manifestación exterior del resultado dañoso; y c) la dificultad de su reparación, atendiendo particularmente al instituto de la «cosa juzgada».

Tras ello, la doctora MATE revisa las distintas teorías sobre el concepto de daño, los requisitos del «daño jurídicamente relevante» en la responsabilidad civil del abogado y la previsibilidad del daño como criterio de delimitación del alcance de esa responsabilidad contractual, para, en último lugar, reexaminar las distintas clases de daño: el lucro cesante y el daño emergente como modalidades de daños patrimoniales; y los daños morales que pueden derivarse de ese incumplimiento del abogado, con especial atención a la privación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al *pretium doloris*. Y a este último respecto, cabe destacar cómo la autora, tras un minucioso estudio y análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial, discrepa de la tradicional apreciación jurisprudencial y doctrinal de que la actuación negligente del abogado puede implicar un daño moral por privación de la tutela judicial efectiva, debiendo deducirse esa responsabilidad al margen del ámbito de los derechos fundamentales; considerala doctora MATE, por el contrario, que debe darse un reconocimiento restrictivo al daño moral en este ámbito y por ello el *pretium doloris* (el daño por la afectación psíquica del cliente) sería el único daño moral resarcible por el abogado negligente, siempre bajo la premisa de que tanto el incumplimiento como esa afectación psíquica tengan cierta entidad o relevancia.

En el capítulo sexto de esta monografía se procede a estudiar el presupuesto al que tradicionalmente menos atención se le ha prestado en el marco de la responsabilidad civil del abogado: el nexo causal. Concretamente sobre ello la autora analiza

con minuciosidad y claridad las siguientes cuestiones, con profusa cita de doctrina y jurisprudencia relevante: la causalidad material y la jurídica; el nexo causal en las omisiones; la relación de causalidad y la responsabilidad objetiva; las principales teorías sobre la relación de causalidad; la teoría de la imputación objetiva; la prueba de la relación de causalidad; y otros factores que influyen en la determinación de la relación de causalidad (como son la concurrencia de culpa del cliente o del procurador, la causación del daño por un miembro indeterminado de un grupo, el caso fortuito o la fuerza mayor).

Una vez examinados los tres presupuestos de la responsabilidad civil contractual y de la acción resarcitoria, en el capítulo séptimo la doctora MATE centra su estudio en la controvertida cuestión de la configuración del daño causado por el abogado fundamento de su responsabilidad civil: el daño como pérdida de oportunidad o el daño como privación de la pretensión; y, aun advirtiendo de la dificultad de identificar el daño indemnizable, la autora de esta obra fundamenta y argumenta su rechazo a la articulación de ese daño en este ámbito bajo la teoría de la pérdida de oportunidad procesal y se inclina por identificar el perjuicio sufrido por el cliente con la pretensión que este tiene en el proceso o, si nos encontramos en el ámbito extrajudicial, con el objeto del encargo profesional realizado al abogado. Y a continuación procede a aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad como manifestación de la teoría de la causalidad probabilística, que considera el mecanismo idóneo para la constatación, no del daño, sino precisamente del nexo causal como presupuesto de la responsabilidad civil del abogado.

Finaliza la monografía con unas conclusiones precisas y claras, fruto del exhaustivo y detallado estudio desarrollado con anterioridad.

Un estudio que pone de manifiesto, como ya indiqué al comienzo de esta breve recensión o reseña, que se trata de una obra seria, rigurosa, profunda y fundamentada sobre una cuestión de gran relevancia e interés, no solo para los teóricos del Derecho, sino especialmente para los prácticos. Cabe felicitar a la autora por su investigación y su trabajo en esta monografía; una obra que, sin duda, va a ser de fundamental referencia en el ámbito de la responsabilidad civil por sus valiosas aportaciones y el avance que supone en el conocimiento de esta materia.

AA.VV. (MORENO UBRIC, R., Dir y Coord*). *Manual de Derecho inmobiliario*. Aranzadi, Cizur menor 2021. 714 páginas.

por

DIEGO VIGIL DE QUIÑONES OTERO
Registrador de Bienes y Mercantil, Doctor en Derecho.
Universidad Complutense de Madrid.

§ 1. En sus primeras *Lecciones de Derecho inmobiliario registral* de 1955, el insigne maestro civilista José Luis LACRUZ decía, tras aclarar el objeto más modesto de sus lecciones (referidas al Derecho hipotecario español) que «indiscutiblemente, cabría construir un Derecho inmobiliario total con las normas referentes a los bienes inmuebles. Nótese que en tal caso, como señala WIEACKER, se estudiarían materias externas al Derecho civil y que pertenecerían al «Derecho

espacial público»: expropiación de bienes inmuebles, concentración parcelaria, colonización, construcción de viviendas protegidas, regulación de solares de diversas clases, Derecho fiscal, juntamente con la regulación de los arrendamientos rústicos y urbanos, el acceso a la propiedad de las fincas arrendadas, y otras materias pertenecientes en principio al Derecho de obligaciones».

Dicho Derecho inmobiliario total nunca se llegó a escribir en España (salvo error u omisión). Ha habido mementos, manuales sobre aspectos concretos como la edificación, el urbanismo, las comunidades de vecinos, o los arrendamientos, pero nunca un manual pedagógico y práctico que ofreciese ese Derecho inmobiliario total.

A esa carencia editorial hay que sumar que, a nivel pedagógico, el Derecho inmobiliario ha tendido a identificarse con el registral inmobiliario o hipotecario[11]. Identificación tildada de «superficial equivalencia»[12] pero que sin duda se debe a la idea de que el Derecho hipotecario «en su acepción amplia, no es más que el Derecho Inmobiliario funcionando a través del Registro de la Propiedad Inmueble» (ROCA[13]).

La identificación inmobiliario-hipotecario, ha tenido dos consecuencias. La primera, que las presentaciones doctrinales sobre el Derecho inmobiliario se centren exclusivamente en lo registral. La segunda, que la acepción inmobiliario se refiera entonces a aspectos meramente civiles reales, eludiendo los aspectos administrativos, fiscales, o incluso civiles pertenecientes al Derecho de obligaciones que señalaba LACRUZ.

El resultado de esta evolución ha generado decepciones y confusiones. Se ven decepciones y confusiones en los alumnos que, al escoger la optativa de «Derecho inmobiliario» que ofrecen algunas Facultades de Derecho en sus planes de estudio, se topan solo con el hipotecario. Se ven también confusiones y decepciones en los profesionales cuya búsqueda incesante de fuentes de las que disponer da lugar al indicado florecer de publicaciones prácticas y cursos varios referidos a Derecho inmobiliario, pero siempre con una absoluta desconexión con lo estrictamente académico (que con frecuencia discurre como un río paralelo a las necesidades de la práctica).

Las confusiones a las que me refiero llegan incluso al contenido de la revista en la que estamos, la cual no termina de ser inmobiliaria, viéndose constantemente invadida de toda una variedad de cuestiones civiles felizmente aceptadas por sus responsables so pretexto de la tradición de la misma (en la que siempre ha cabido lo civil y lo mercantil aunque no tuviese nada de inmobiliario).

§ 2. En este contexto, llamó mi atención la presentación reciente de un *Manual de Derecho inmobiliario* realizado por varios autores, casi todos profesionales, bajo la dirección y coordinación de Rafael Moreno Ubric.

El *Manual* no me ha decepcionado en absoluto, pues procura un planteamiento integral como el descrito por LACRUZ hace más de medio siglo, abordando aspectos civiles, fiscales, registrales, administrativos y procesales con enorme solvencia pero con un apreciable rigor dogmático y pedagógico.

§ 3. Un planteamiento que queda claro desde el primer capítulo, escrito por el director del Manual, el cual parte de la realidad (sector inmobiliario) y establece una presentación en el espacio (determinación de los bienes inmuebles) y el tiempo (secuencia de la transformación y aprovechamiento de los inmuebles) que fija el camino a los capítulos siguientes. Camino que viene sin duda determinado por la variedad de las normas aplicables a la materia, que no por estar

invadida por el Derecho administrativo o fiscal, deja de presentarse como una rama del Derecho civil[14].

§ 4. Así, el capítulo 2 (obra de Jorge ORTIZ RAMÍREZ) aborda la gestión urbanística para la formación del solar y las formas de intervención municipal para el control de legalidad de las obras, instalaciones y actividades. El capítulo 3 (a cargo de Amparo CABEZA PÉREZ-MANGLANO) trata el marco legal de la edificación, analizando tanto su objeto como los sujetos intervinientes y el proceso de la misma, incidiendo en las cuestiones técnicas. En el capítulo 4, Santiago MARCO MENCHÓN desarrolla el contrato de arrendamiento de obra de un modo muy claro y en un orden muy pedagógico, y a un nivel que ofrece sin duda más de lo que es frecuente en los manuales de Derecho de obligaciones.

§ 5. Continuando con aspectos civiles, en el capítulo 5 Vanessa RUBIRAS VALENZUELA realiza una exposición en cincuenta páginas del régimen de la propiedad horizontal sumamente clara y sintética. Es *de destacar* que dedica un epígrafe final a reseñar el régimen especial de la propiedad horizontal en Cataluña.

§ 6. A continuación, comienzan una serie de capítulos (6 a 9) dedicados a los contratos que permiten el aprovechamiento de los inmuebles (compraventa —obra del director del *Manual*—, permuta de solar por obra futura —Rocío MARTÍNEZ MAGALLANES— y arrendamientos urbanos —Vanessa RUBIRAS—), precedidos por un interesante capítulo sobre un contrato fundamental en la práctica inmobiliaria cual es la mediación (a cargo, de nuevo, del director de la obra).

§ 7. El aprovechamiento y la transmisión de los inmuebles, sin embargo, no se agota en los contratos dichos, sino que puede producirse a título lucrativo. Ello hace necesario tratar también la donación y la sucesión. A ellas les dedica Alexandra GÓMEZ PÉREZ el capítulo 10. Un capítulo que, evidentemente, no puede desarrollar la problemática sucesoria al nivel de un manual de Derecho de sucesiones. Pero realiza una labor de síntesis admirable, en la que no falta la necesaria referencia la fiscalidad.

§ 8. Si importantes son los contratos que ceden el aprovechamiento, no lo son menos los derechos reales que constituyen normalmente el objeto de dichos contratos. Ello propicia un generoso capítulo 11 de noventa páginas en el que Mario SIGNES PASCUAL desarrolla las ideas fundamentales, con acentos especiales en cuestiones de gran interés práctico relacionadas con el derecho de propiedad como las limitaciones urbanísticas, las prohibiciones de disponer, o las reglas especiales de la propiedad cuando este derecho recae sobre montes, aguas, costas o minas. No falta una referencia a los derechos reales limitados[15].

§ 9. Como hemos dicho al comienzo, es común equiparar Derecho inmobiliario con Derecho hipotecario. No podía faltar, por tanto, el Derecho inmobiliario registral. Sin embargo, el planteamiento es diferente y novedoso respecto de otros libros sobre la materia, pues en lugar de centrarse en los derechos y lo que el Registro les aporta, se centra propiamente en el inmueble. Así, a lo largo de casi cien páginas, la registradora María TENZA LLORENTE realiza (capítulo 12) un tratamiento muy riguroso del reflejo de las fincas en el Registro

de la Propiedad y en el Catastro, ofreciendo una explicación difícil de mejorar del tema con estricta observancia de la Ley 13/2015 que tanto ha transformado la cuestión. Una explicación que no olvida las esencias del sistema, realizando una sucinta pero fiel exposición de los llamados principios hipotecarios y cómo operan respecto de fincas cuya inscripción registral ha sido coordinada con la catalogación catastral.

§ 10. El capítulo 13 (de José María GARCÍA GUIRAO) se dedica a otra cuestión fundamental en los inmuebles y que el Derecho civil no suele atender: la fiscalidad. Una fiscalidad en la que no se deja sin explicación ninguno de los abundantes impuestos de un sistema fiscal que es más inmobiliario y menos progresivo de lo que la propaganda suele contar y de lo que parecería derivarse de la Constitución.

§ 11. Finalmente, el capítulo 14 (a cargo de las profesoras de Derecho Procesal Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ y Tamara FUNES BELTRÁN) recoge los procesos judiciales en materia inmobiliaria, abarcando desde la tutela posesoria (interdictal, registral y desahucios), hasta los procesos hipotecarios, pasando por los arrendaticios y los derivados de los deberes de los vecinos en los edificios en régimen de propiedad horizontal.

§ 12. En la presentación del libro tenida lugar en Barcelona, decía el Decano de los Registradores de Cataluña que se trataba de una obra complementaria del *Tratado de Derecho inmobiliario registral* aparecido en el mismo año con motivo de los 160 años de la Ley Hipotecaria. Sin duda es así, pues el tratamiento conjunto de materias tanto reales como obligacionales, tanto civiles como administrativas o fiscales, tanto del Derecho público como del Derecho privado, hacen sin duda de este *Manual de Derecho inmobiliario* un complemento imprescindible en el que se abordan esas otras cuestiones que, faltándole a las obras de Derecho hipotecario, hacían carecer a estas de la condición de Derecho inmobiliario integral que planteaba LACRUZ.

§ 13. Una última nota que debemos destacar del libro es que es un Derecho inmobiliario fundamentalmente privado (orientado al aprovechamiento de los inmuebles por los particulares o empresas) y urbano. No es por tanto, exactamente, ese Derecho inmobiliario integral que hemos dicho. A un Derecho inmobiliario integral se le podría haber añadido más Derecho urbanístico, un tratamiento completo de la expropiación, un mayor desarrollo del régimen de los inmuebles de titularidad estatal, o un tratamiento de las cuestiones relativas a los inmuebles rústicos (si bien el Derecho agrario va camino de especializarse en orden a lo agroalimentario). Esas materias tal vez propicien un tomo II algún día. Pero integrarlas en esta obra la habría hecho inabarcable, y abordaría temas alejados de la práctica inmobiliaria urbana-privatista que demanda un material como el libro que ahora reseñamos. Siendo que lo bueno si breve dos veces bueno, el hecho de poder disponer de un solo tomo de setecientas páginas como el descrito augura una utilidad de la obra que hace pensar que estará en muchas estanterías de muchos tipos de despachos donde se trabaja, de un modo u otro, sobre los inmuebles. Despachos y agencias que, sirviendo sobre todo al interés particular en las ciudades, es lógico que demanden un material privado y urbano. Una acotación que señalamos por si alguien tiene mayores expectativas.

Refiriéndose a las transformaciones que han experimentado las publicaciones de la civilística española y sus retos, dijo hace más de diez años DELGADO ECHEVERRÍA que «empieza a poder formularse la pregunta de para quién escribimos y a vislumbrarse la distinción entre artículos dirigidos a orientar a los profesionales del Derecho en su práctica diaria y escritos de investigación»[16]. Aunque el mismo autor concluye que «ni la pregunta ni la distinción son hoy todavía de clara respuesta o aplicación», es evidente que este libro responde al primer tipo. Las posibles limitaciones que al mismo se le quieran ver desde el segundo seguramente sean una virtud para la utilidad que la obra está llamada a proporcionar.

NOTAS

[1] Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco: artículos 61 a 87.

[2] *Vide*, a este respecto, las Resoluciones de 24 de mayo de 2019 y de 10 de agosto de 2020.

[3] Vide STS de 9 de febrero de 2016-Rec.325/2015.

[4] *Vide* Consultas Vinculantes de la Dirección General de Tributos, de 20 de agosto de 2019 y de 5 de junio de 2020; la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 2 de marzo de 2016.

[5] STJUE. Sala Primera, de 9 de septiembre de 2021: Asunto C-277/20.

[6] «*La sentencia dictada en instancia autonómica —al destacarse el Derecho civil autonómico sobre la aplicación del Reglamento (UE) 650/2012— revoca la Resolución de este Centro Directivo de 24 de mayo de 2019 (confirmada posteriormente por la de 10 de agosto del 2020) aun en base a una interpretación directa de la norma europea (arts. 22, 27 y 36.2 del Reglamento (UE) 650/2012) y no de la civil autonómica*».

[7] Ello fue confirmado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 12 de octubre de 2017, ECLI:EU:C:2017:755 Kubicka (Asunto C 218/16).

[8] «*Fundamento de derecho 29: Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta no solo el tenor de la disposición, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forme parte (sentencia de 1 de marzo de 2018, Mahnkopf, C-558/16, EU:C:2018:138, apartado 32 y jurisprudencia citada)*».

[9] «*Los fundamentos de derecho 35 y 36 señalan: De ello se deduce que, cuando una estipulación contenida en un acuerdo relativo a una sucesión consiste, a semejanza de una liberalidad, en el sentido del referido artículo 1, apartado 2, letra g), en una donación, pero no surte efectos hasta el fallecimiento del de cuius, está comprendida en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento*».

[10] «*En efecto, la misma inadecuación se planteaba en las Islas Baleares respecto al Reglamento (UE) 2016/1104 (parejas registradas), pues la ley vigente en las Islas conducía a que allí solo pudiera ser registrada una pareja no casada cuando uno de sus miembros poseyere vecindad balear.*

Este tema dio lugar a un procedimiento escrito por parte la Comisión Europea. Como solución, la Ley 18/2001 de Parejas Estables de Baleares que impedía a las parejas, incluso las españolas cumplir el requisito del Registro de Parejas necesario para la aplicación del Reglamento (UE) 2016/1104, fue modificado por la Ley 9/2019, de 19 de febrero, por la que se permiten dos modalidades de inscripción, evitando con ello la infracción del Derecho europeo».

[11] Identificación que surgió pese a la «falta de correspondencia del Derecho inmobiliario con la denominación y contenido de la Ley Hipotecaria» denunciada por Bienvenido OLIVER finales del siglo XIX. Falta de correspondencia de la cual decía que «han nacido,

no solo entre el vulgo, sino entre personas peritas, conceptos falsos e incompletos acerca de la naturaleza e importancia de las instituciones jurídicas regidas y ordenadas por la misma» (OLIVER ESTELLER, B. *Derecho Inmobiliario español*. 2.º Edición. Civitas, Cizur Menor 2009, 15).

[12] SANZ FERNÁNDEZ señala abiertamente que en la doctrina científica se emplean los conceptos hipotecario e inmobiliario como sinónimos (SANZ FERNÁNDEZ, A. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Reus, Madrid 1947. 14) y justifica la equivalencia, criticando a quienes (como MORELL, CAMPUZANO o GONZÁLEZ) hacían diferencias, pues «el Derecho Inmobiliario, concebido en sentido amplio, se confunde con las normas del Derecho civil. Solo cuando, a través del Registro, se refiere a los derechos reales sobre inmuebles permite una cierta agrupación o sistematización de las normas que justifique la denominación especial (*Ob. cit.* 13)».

[13] ROCA SASTRE señaló que el Derecho inmobiliario «no abarca toda la materia jurídica relativa a inmuebles, pues tan solo desenvuelve una parte de la misma: la referente a la movilidad, cambio o dinamismo de los derechos reales inmobiliarios. Al Derecho inmobiliario no le interesa la estructura y contenido del derecho real, sino su dinámica, o sea, su adquisición, transmisión y pérdida. Podemos decir que, más que su anatomía le preocupa su biología, es decir, todos los problemas de su constitución, declaración, reconocimiento, transmisión, modificación y extinción». Partiendo de que desde la Edad Media se observaba la existencia de un sistema propio y diferenciado de Derecho Inmobiliario al que en los últimos siglos se le añadió el Registro de Bienes como instrumento afirmaba que, al relacionarse el Registro con el sistema inmobiliario, se ocasiona una fusión de denominaciones. ROCA SASTRE, R.M. *Derecho Hipotecario*, Tomo I. 5.ª Ed. Bosch, Barcelona 1954. 9 y 10.

[14] Planteamiento este que resultaría de enorme interés, recogiendo todo lo relativo al Derecho de cosas pero también al de obligaciones, en el diseño de una asignatura de «Derecho inmobiliario» impartida desde los Departamentos de Derecho civil.

[15] Comparado con un manual de derechos reales puede parecer poco. Pero en mi experiencia reciente he tenido que impartir sendos cursos de derechos reales para estudiantes en cuyo plan de Grado los reales quedaban reducidos a un tercio de una cuatrimestral titulada «Derecho civil I: persona y bienes». Lo que en este capítulo se contiene mejora bastante lo que recibían aquellos chicos (¡en 1.º!), y no dejará insatisfecho a ningún profesional que nunca haya estudiado con detalle los derechos reales.

[16] DELGADO ECHVERRÍA, J. y RAMS ALBESA, J. *Retos de la dogmática civil española*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2011, 38.

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 CINDOC (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 recesiones bibliográficas, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 (salvo las Notas, cuyo tamaño será 10).
- Interlineado: Sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Alineación de los párrafos: justificado a derecha e izquierda.

1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un Sumario al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I. EN VERSALES
- II.1. EN VERSALITAS
- III.1.A. *En cursiva*
- IV.1.A.a) En redondo
- V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo

El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

I.- […]
II.- […]
III.- […]

Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas a lo largo del trabajo siempre en conexión con el tema. Dicha cita se hará con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

Por último, contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado y para las Notas al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato

APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association,* disponibles en *www.apastyle.org*.

- Libro:
  APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

  Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

- Capítulo de Libro:
  APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial del nombre y apellido/s (ed./dir./coord.). Título de Libro (en cursiva). Cuidad: 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