

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO  
INMOBILIARIO



Año XCVIII • Enero-Febrero • Núm. 789

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 • Enero-Febrero 2022 • Núm. 789

---

REVISTA BIMESTRAL



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

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

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

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

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

## CONSEJO DE REDACCIÓN

### Presidente

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

### Comisión ejecutiva

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

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

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

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

**Celestino Pardo Núñez**  
Registrador de la Propiedad

### Secretario

**Basilio Aguirre Fernández**  
Registrador de la Propiedad

## Consejeros

**Fernando Muñoz Cariñanos**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**José Manuel García García**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

**Juan Pablo Ruano Borrella**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Juan Sarmiento Ramos**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Carlos Lasarte Álvarez**  
Catedrático de Derecho Civil  
UNED Madrid

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

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

**Fernando Curiel Lorente**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

**Vicente Domínguez Calatayud**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Celestino Pardo Núñez**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

**Juan José Pretel Serrano**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

**Luis Fernández del Pozo**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

**Basilio Aguirre Fernández**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

**Joaquín Delgado Ramos**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

**María Paz García Rubio**  
Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Santiago

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

**Vicente Guilarte Gutiérrez**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Valladolid

**Guillermo Jiménez Sánchez**  
Catedrático Emérito de Derecho Mercantil  
Universidad de Sevilla

**Francisco Marín Castán**  
Presidente de la Sala Primera del Tribunal  
Supremo

**Cristina Martínez Ruiz**  
Registradora de la Propiedad y Mercantil

**Fernando Pantaleón Prieto**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

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

**Juana Pulgar Ezquerro**  
Catedrática de Derecho Mercantil  
Universidad Complutense de Madrid

**Encarnación Roca Trías**  
Magistrada del Tribunal Constitucional

**Ignacio Sancho Gargallo**  
Magistrado de la Sala Primera  
del Tribunal Supremo

**Ignacio Tirado Martí**  
Profesor de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Ángel Valero Fernández-Reyes**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Fátima Yáñez Vivero**  
Catedrática de Derecho Civil  
UNED Madrid

**Manuel Ballesteros Alonso**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

**Pilar Palazón Valentín**  
Registradora de la Propiedad y Mercantil

**Juan Luis Gimeno Gómez Lafuente**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil



## SUMARIO / SUMMARY

Págs.

### ESTUDIOS / STUDIES

- JIMÉNEZ GÓMEZ, Briseida Sofía: «La hipoteca mobiliaria sobre los derechos de propiedad industrial» / *Chattel Mortgage over Intellectual Property Rights*..... 13
- MATEO VILLA, Íñigo: «Del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria: la conciliación tramitada por el registrador» / *Article 103 bis of the Spanish Land Registry Act: alternative dispute resolution guided by the Land registrar (Part One)*..... 55
- REY MUÑOZ, Francisco Javier: «Las aportaciones no dinerarias y el derecho de retracto en los arrendamientos urbanos: estado de la cuestión y necesidad de su clarificación» / *Non-money contributions and the right of retract in urban leases: state of the art and the need for clarification*..... 113

### ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

- GARCÍA TERUEL, Rosa María y NASARRE AZNAR, Sergio: «Quince años sin solución para la vivienda. La innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda» / *Fifteen years without a housing solution. Legal innovation and data science in housing policy*..... 183



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

CARPI MARTÍN, Rebeca: «La tasación de inmuebles hipotecados: el sistema español en el contexto europeo» / <i>Valuation of properties for lending purposes: the Spanish system in the European context</i> .....	227
---	-----

**DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW**

MARCHETTI, Giovanna: «Contratos pendientes de ejecución y el COVID-19: los remedios ofrecidos por el Código civil italiano en clave comparada» / <i>Contrats and COVID-19: the remedies offered by the Italian civil Code in a comparative perspective</i> .....	259
MENESES GÓMEZ, Alberto: «Antinomias en la posesión de bienes inmuebles privados del Estado peruano» / <i>Antinomies in the possession of private real estate of the State Peruvian</i> .....	293

**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 .....	321
--	-----

**ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES**

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «La prevalencia del interés superior del menor en el otorgamiento de la custodia compartida aun tras la sentencia firme recaída sobre el progenitor por actos de violencia familiar o machista» / <i>The prevalence of the best interest of the child in the granting of shared custody even after the final judgment received on the parent for acts of family or machist violence</i> , por Isabel DE LA IGLESIA MONJE .....	421
--	-----

1.2. Derecho de familia:		
— «¿Es la ocultación de la paternidad biológica un daño indemnizable?» / <i>Is concealment of biological fatherhood a compensable damage?</i> , por Mercedes TORRES MARCO.....		440
1.3. Derechos reales:		
— «La derogación de la suspensión de efectos de la fe pública registral, a propósito del artículo 28 LH» / <i>The repeal of the suspension of effects of the registered public faith. Concerning the article 28 LH</i> , por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.....		478
1.4. Sucesiones:		
— «Fundamentos jurídicos del maltrato psicológico <i>ex iusta causa</i> para desheredar en la reciente doctrina jurisprudencial» / <i>Legal grounds for psychological abuse ex iusta causa for disinheritance in recent jurisprudential doctrine</i> , por Elisa MUÑOZ CATALÁN.....		491
1.5. Obligaciones		
— «Regímen jurídico y efectos del pago o cumplimiento en la cofianza. El derecho de reintegro entre cofiadores» / <i>Legal regime and effects of payment on co-guarantee. The right to reimbursement between co-guarantor</i> , por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT.		505
1.6. Responsabilidad civil:		
— «Responsabilidad civil de plataformas de mediación electrónica. Dificultades en su determinación» / <i>Civil responsibility of mediation platforms. Difficulties in their determination</i> , por Pastora DE ARTINANO MARRA..		569
1.7. Concursal:		
— «La institución del concurso de acreedores y la realización de la justicia. Un análisis histórico-jurisprudencial» / <i>The Institution of Insolvency and the enforcement of the justice. A historical analysis of judgments</i> , por Juan PALAO UCEDA.....		587

2. MERCANTIL:

- «Legitimación activa y titulización. ¿Cotitularidad fiduciaria?» / *Active legitimation and Securitization. Fiduciary joint ownership?*, por Francisco REDONDO TRIGO ..... 604

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

- «Definición de la unidad de ejecución y de las fincas de origen y de resultado en los proyectos de reparcelación tras la Ley 13/2015» / *Definition by plot-redivision files of the original and new plots and of the implementation unit after the 13/2015 Act*, por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN ..... 619

**RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY  
INFORMATION**

- «Jurisprudencia y doctrina en torno a las obligaciones de medios», de M<sup>a</sup> Dolores CERVILLA GARZÓN, por Fátima YÁÑEZ VIVERO..... 635
- «Régimen jurídico de la producción ecológica en España», de I. DE LA VILLA BRIONGOS, por Francisco MILLÁN SALAS..... 638
- «Abusividad y transparencia en la contratación predispuesta con consumidores y, también, con autónomos y empresarios (pymes)» de Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, por Javier GÓMEZ GÁLLIGO ..... 640

# ESTUDIOS



# La hipoteca mobiliaria sobre los derechos de propiedad industrial

## *Chattel Mortgage over Intellectual Property Rights*

por

BRISEIDA SOFÍA JIMÉNEZ GÓMEZ

*Profesora ayudante Doctor de Derecho mercantil, LLM  
Universidad Complutense de Madrid*

*RESUMEN:* En este artículo se examina la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento en lo relativo a la propiedad industrial. En primer lugar, se argumenta la importancia de los diferentes registros que intervienen en la vida de una hipoteca mobiliaria sobre propiedad industrial y se estudian las particularidades que presenta el objeto de la garantía real, incluidas las cuestiones de la valoración. En segundo lugar, se analiza la situación en Derecho comparado y en el marco de las organizaciones internacionales como UNCITRAL y los Principios CLIP para plantear cómo podría modernizarse el sistema a través del régimen jurídico. Finalmente, se detectan insuficiencias de orden legislativo en el sistema español de la hipoteca mobiliaria sobre derechos de propiedad industrial que deberían ser objeto de reforma.

*ABSTRACT:* This article examines the law of chattel mortgage and pledge without possession in relation to industrial property. First, the importance of the different registries that intervene in the life of a chattel mortgage over intellectual property is argued and the particularities presented by the object of the security right are studied, including some questions of valuation. Second,

*the situation in comparative law and under the framework of international organizations such as UNCITRAL and the CLIP Principles is analyzed in order to propose how the system could be modernized through the governing law. Finally, some deficiencies of legislative nature are detected in the Spanish system of chattel mortgage over intellectual property rights that should be subject to reform.*

**PALABRAS CLAVE:** Hipoteca mobiliaria. Propiedad Industrial. UNCITRAL. Operaciones garantizadas.

**KEY WORDS:** *Security interest. Intellectual Property. UNCITRAL. Secured transactions.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PAPEL DEL REGISTRO: 1. INFLUENCIA DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL NACIONAL. 2. EL CASO DE LA EUIPO. 3. EL REGISTRO DE GARANTÍAS ESPAÑOL. 4. LA OFICINA EUROPEA DE PATENTES.—III. LA PARTICULARIDAD DEL OBJETO DE LA HIPOTECA MOBILIARIA: 1. EXIGENCIA DE UN REGISTRO PREVIO A LA OBTENCIÓN DE LA GARANTÍA REAL. 2. AMPLIACIÓN DE LOS SUJETOS LEGITIMADOS.—IV. CUESTIONES DE VALORACIÓN: 1. MÉTODOS DE VALORACIÓN. 2. RECOMENDACIONES.—V. CONSTITUCIÓN, Oponibilidad y EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA REAL: 1. LA HIPOTECA MOBILIARIA EN CLAVE COMPARADA. 2. RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL DERECHO ESTADOUNIDENSE. 3. LAS APORTACIONES DE UNCITRAL.—VI. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA: MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA A TRAVÉS DE LA LEY APLICABLE. 1. ESTADO DE LA CUESTIÓN. 2. LA PROPUESTA.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Las garantías sobre derechos de propiedad industrial suponen una oportunidad de financiación para las empresas que carecen de otros bienes. Aunque la legislación española permite desde el siglo pasado tal posibilidad, su utilidad podría crecer en la actualidad donde los activos de las sociedades se desplazan hacia los bienes inmateriales. Varios argumentos podrían ser la razón para una falta de despegue de las garantías sobre propiedad industrial en nuestro país, donde el régimen jurídico no es el único factor. En la doctrina comparada el legislador no había atendido a las diferencias

que la propiedad industrial posee con respecto a los bienes tangibles e incluso no había regulado la posibilidad de las garantías sobre estos derechos. Por ejemplo, la reforma belga que incluye las garantías sobre derechos de propiedad industrial data del año 2013. En cambio, el legislador español fue pionero en comparación con el contexto continental europeo. La Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda de Desplazamiento data del año 1954 (en adelante LHMPSD)<sup>1</sup>. De hecho, el legislador español eligió la forma jurídica de la hipoteca mobiliaria por ser la forma que mejor se adapta a los derechos de propiedad industrial, pudiendo hoy ser calificada como una garantía de segunda generación por no implicar un desplazamiento posesorio<sup>2</sup>. A tenor del artículo 12 de la LHMPSD, tanto la propiedad industrial como la propiedad intelectual podrán ser hipotecados. Entiende la Dirección General de los Registros y el Notariado, en su resolución de 2 de abril de 2013<sup>3</sup>, que la hipoteca mobiliaria solo se reserva a ciertos bienes cuya identificación es más perfecta, pudiendo garantizar así la reipersecutoriedad. La reipersecutoriedad consiste en que la hipoteca mobiliaria, sujeta, directa e inmediatamente, los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (art. 16 de la LHMPSD).

La LHMPSD también se refiere a los derechos de propiedad intelectual, pero en este artículo estudiaremos la cuestión específica de la propiedad industrial, sin perjuicio de referencias a la propiedad intelectual para examinar la coherencia del sistema español. Debe destacarse que la propiedad industrial tiene una mayor relevancia desde el punto de vista económico<sup>4</sup> y que la hipoteca mobiliaria no se adapta tan adecuadamente a los derechos de propiedad intelectual en sentido estricto. No obstante, debe observarse que la propiedad industrial forma parte de la propiedad intelectual en el ámbito internacional.

Si bien se ha afirmado que la LHMPSD nació muerta<sup>5</sup>, los obstáculos para que los derechos de propiedad industrial puedan ser utilizados como garantía son, entre otros, las incertidumbres acerca de la titularidad, los riesgos de obsolescencia de los productos o servicios que se protegen con derechos de propiedad industrial, el poco conocimiento del funcionamiento de los mercados de los bienes inmateriales, los riesgos de pérdida de derechos con independencia de la actuación del otorgante o titular de la garantía debido al ejercicio de acciones de nulidad o caducidad que afecten a los derechos gravados, así como problemas de técnica relativa a la valoración de los derechos de propiedad industrial. A pesar de estos inconvenientes, en las sociedades digitalizadas los derechos de propiedad industrial no solo se convierten en un importante activo empresarial de nuestro siglo, sino que ofrecen una alternativa a una financiación sin garantías, que suele resultar más cara en el mercado crediticio.



Las características que diferencian los derechos de propiedad industrial del resto de bienes es su intangibilidad y su limitación territorial. Los límites de la territorialidad pueden analizarse desde tres puntos de vista. En primer lugar, la garantía real que se establece, la cual se encuentra dentro de un sistema jurídico con sus propias previsiones para la constitución, oponibilidad y ejecución con efectos frente a terceros. En segundo lugar, con respecto al objeto de la garantía, ya que los derechos de propiedad industrial pueden tener alcance nacional o supranacional. Por último, estos dos límites hacen que el régimen jurídico de las operaciones internacionales sea complejo, en particular si se prevé otorgar en garantía derechos de propiedad industrial protegidos en diversos Estados. Este último supuesto entraña la necesidad de un enfoque abierto no solo por parte del Estado donde se constituyen las garantías, sino también por parte del Estado donde se encuentran protegidos los derechos de propiedad industrial. Si ambos Estados no tienen un sistema moderno de garantías es previsible que surjan problemas de reconocimiento y que impliquen mayores costes para hacer efectivas las garantías reales que se pretenden constituir.

Con respecto al objeto de la garantía, el territorio de protección de los derechos de propiedad industrial se limita a un Estado o a un determinado ámbito geográfico como la Unión Europea. Los derechos de propiedad industrial registrados más valiosos suelen ser las patentes y las marcas. Las patentes son títulos conferidos al inventor o beneficiarios legales que otorgan un derecho temporal de explotación exclusiva de la invención con la facultad de impedir esa explotación a los no autorizados por el titular de las patentes<sup>6</sup>. En cambio, las marcas son signos que sirven para distinguir en el mercado los productos o los servicios de una persona de los de otra<sup>7</sup>. Las marcas nacen en virtud de la inscripción registral o en virtud de la prioridad de uso y notoriedad del signo<sup>8</sup>. Las marcas renombradas pueden protegerse al margen del registro, no obstante, para que los negocios jurídicos de las marcas renombradas sean oponibles a terceros deben estar registradas, incluyendo las garantías<sup>9</sup>. Sin embargo, existen más derechos de propiedad industrial cuyo valor no es despreciable y deben ser tenidos en cuenta para una eventual financiación crediticia con garantías reales, tal es el caso de los modelos de utilidad y los diseños industriales. Los modelos de utilidad son títulos que protegen innovaciones pequeñas y medianas por un proceso más sencillo y tradicionalmente más rápido y barato<sup>10</sup>, mientras que los diseños industriales conllevan un *ius prohibendi* respecto del uso en relación con la apariencia de un producto, en concreto las líneas, contornos, colores, forma, textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación<sup>11</sup>.

Además, la independencia de los derechos entre Estados afecta a la creación de garantías reales sobre derechos de propiedad industrial. En el ordenamiento español, las bases jurídicas pueden encontrarse dispersas en

legislaciones especiales, pues la legislación en materia de garantías no hace una referencia exhaustiva de los derechos de propiedad industrial que pueden otorgarse en garantía. Por ejemplo, no existe una referencia al modelo de utilidad en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, pero es claramente objeto de garantía por estar regulado en la Ley de Patentes. Quizá el modelo de utilidad pudiera ser más utilizado como objeto de garantía, dada la posibilidad en nuestro ordenamiento y teniendo en cuenta que no somos un país exportador de patentes.

El fundamento jurídico para el otorgamiento de hipoteca mobiliaria sobre derechos de propiedad industrial en el Derecho español se encuentra en los siguientes artículos: el artículo 82.1 de la Ley 24/2015 de 24 de julio, de Patentes, el artículo 46.2 de la Ley 17/2001 de 7 de diciembre de Marcas y el artículo 59 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño industrial (LDI). Además, pueden otorgarse en garantía, aunque su ley especial no lo especifica, los modelos de utilidad<sup>12</sup>, las topografías de productos semiconductores<sup>13</sup> y los derechos sobre las obtenciones vegetales<sup>14</sup>.

Dado que las garantías se otorgan sobre derechos que son un producto jurídico, los cambios regulatorios introducidos a raíz de la Directiva (UE) 2015/2434 de 16 de diciembre de 2015<sup>15</sup> con respecto a la ampliación del registro de marcas no convencionales amplían el eventual objeto de la garantía. Es posible registrar marcas de color, marcas sonoras, marcas de movimiento, de forma y posición y hologramas, lo cual extiende el objeto de la garantía a aquellas marcas que no necesitan de representación gráfica, sino de representación siempre que puedan reproducirse de forma clara y precisa. Una mayor protección de las marcas se traduce en una mejor protección para los acreedores de las garantías sobre marcas. Por ejemplo, la reforma de la Directiva 2015 establece un sistema de legitimación abierta en contraste con la legislación precedente sin que haya limitaciones por razón de nacionalidad o residencia en España. También se hace referencia a que los titulares de marcas registradas pueden impedir la introducción en España de mercancías procedentes de terceros países que contengan un signo virtualmente idéntico al registro sin que se requiera que los productos vayan a comercializarse en España.

Este trabajo se estructura de la siguiente manera. En el epígrafe segundo se abordará el papel del registro, ya que su rol no solo puede ser importante en la constitución de la garantía, sino que puede tener relevancia con carácter previo e incluso afectar a la efectividad de la garantía. Se estudia la Oficina Española de Patentes y Marcas, el Registro europeo de Propiedad intelectual en la EUIPO, el Registro de Bienes Muebles y la Oficina Europea de Patentes. En el epígrafe tercero se analizará y criticará las particularidades que presenta el objeto de la garantía desde un plano comparado. En el epígrafe cuarto se atenderá a las problemáticas cuestiones

de valoración de los derechos de propiedad industrial y se recomendarán varias soluciones. El epígrafe quinto abordará los aspectos jurídico-reales de las garantías sobre derechos de propiedad industrial, teniendo en cuenta el sistema estadounidense y las propuestas de UNCITRAL, organización bajo los auspicios de las Naciones Unidas. El epígrafe sexto examinará las desventajas de la regulación española desde el punto de vista de la ley aplicable, proponiendo reformas. Finalmente, se cierra el artículo con una conclusión animando a modernizar la ley española de hipoteca mobiliaria sobre derechos de propiedad industrial.

## II. EL PAPEL DEL REGISTRO

### 1. INFLUENCIA DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL NACIONAL

El Registro de la Propiedad Industrial lleva a cabo la inscripción de los derechos de propiedad industrial a los que se otorga protección legal<sup>16</sup>. Dependiendo del sistema jurídico, el alcance de sus inscripciones puede variar, lo que repercute también en las operaciones del tráfico que se realizan con los derechos de propiedad industrial. En España la Oficina de Patentes y Marcas no solo publicita y ofrece información sobre la existencia de los derechos de propiedad industrial, sino que también condiciona las operaciones que se realicen con los derechos de propiedad industrial. Por esa dualidad de funciones que ejerce la Oficina de Patentes y Marcas se le considera no solo un registro administrativo, sino también un registro de la propiedad. Esta situación es similar a varios países de nuestro entorno como pueden ser Italia, Reino Unido o Francia, pero contrasta con Alemania o Dinamarca. Mientras un primer grupo de ordenamientos jurídicos, donde se encuentra el español, pueden convertir a la inscripción registral de la garantía sobre el derecho de propiedad industrial en un requisito de validez o de oponibilidad frente a terceros, otro grupo de ordenamientos no sancionan la falta de registro de una garantía sobre derechos de propiedad industrial con la nulidad o inoponibilidad de la garantía. Sin embargo, no es fácil encuadrar a los últimos ordenamientos jurídicos en un mismo marco, ya que el tipo de derecho de propiedad industrial puede incluso determinar que su garantía tenga efectos constitutivos o meramente declarativos. Por ejemplo, en Austria la inscripción de una garantía sobre una marca solo tiene efectos declarativos<sup>17</sup>, pero sobre una patente tiene efectos constitutivos de manera similar a los que se establecen por la legislación española.

La distinción de base es la construcción del Registro de la Propiedad Industrial teniendo en mente el funcionamiento del Registro de la Propiedad inmobiliaria o con características radicalmente opuestas. La Oficina

Española de Patentes y Marcas tiene varios registros de propiedad industrial en función de la categoría de los derechos; pero su funcionamiento es el mismo para todos los derechos con respecto a que existe un sistema ampliamente inspirado en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria, como ejemplifica el sistema de folio real y los principios ordenadores del sistema registral, entre ellos, el principio de inscripción, el principio de calificación, el principio de tracto sucesivo, el de prioridad, el de fe pública o el principio de legitimación<sup>18</sup>. Para modificar la titularidad o los gravámenes de las patentes y marcas inscritas en la OEPM se realizan exámenes de los documentos, pudiendo denegarse una inscripción. Por ejemplo, cuando se intenta limitar o revocar una patente y sobre ella existe una garantía real, el titular debe aportar el consentimiento del acreedor garantizado<sup>19</sup>. Nuestro sistema registral es superior a los sistemas que no informan a los terceros sobre la existencia de garantías, lo cual es relevante para un adquirente de derechos de propiedad industrial, pues determina que el tercer adquirente del derecho de propiedad industrial lo adquiera con o sin gravamen. Estas diferenciaciones en un contexto europeo limitan un futuro enfoque unitario con respecto a las garantías que se establecen sobre los derechos de propiedad industrial.

## 2. EL CASO DE LA EUIPO

Destaca la labor de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, conocida por sus siglas en inglés EUIPO (*European Union Intellectual Property Office*) desde la reforma legislativa de 2015<sup>20</sup>. Debe matizarse que «intellectual property» en Derecho anglosajón cubre tanto la propiedad industrial como la propiedad intelectual en sentido estricto en la terminología española. Sin embargo, actualmente en la EUIPO solo pueden inscribirse los títulos europeos, marcas y diseños de la Unión Europea y las operaciones que les afecten, es decir, propiedad industrial en la terminología legal española. La gran particularidad de la EUIPO es que en su registro se inscriben marcas y diseños con validez unitaria para todo el territorio de la Unión Europea y donde también se pueden inscribir las operaciones que se realizan en el tráfico comercial, incluyendo las garantías sobre estos derechos de la Unión. Sin embargo, existe una constelación de legislaciones aplicables a las garantías sobre la marca o el diseño de la Unión cuando los reglamentos de la UE se remiten al Derecho nacional.

El registro de la EUIPO es un modelo de naturaleza mixta. Por un lado, establece reglas taxativas con respecto a los efectos de la publicidad de la garantía en este registro, donde rige el principio de la publicidad negativa y de la prioridad con respecto a las operaciones sucesivas de las marcas y

diseños de la Unión<sup>21</sup>. Pero por otro, cuestiones tan básicas como el tipo o forma de garantía<sup>22</sup> no vienen establecidas por el Derecho de la Unión Europea, sino que se permite la utilización de un tipo de garantía en función del domicilio o sede del titular inscrito en la EUIPO a tenor del artículo 19 del Reglamento de la Marca de la Unión Europea (en adelante RMUE)<sup>23</sup>. Ya el título del artículo 19 del RMUE es muy descriptivo «asimilación de la marca de la Unión a la marca nacional» y se encuentra dentro de la sección 4 que se dedica a la marca de la Unión como objeto de propiedad. Por tanto, el Derecho aplicable a la marca de la Unión Europea como objeto de propiedad no se encuentra armonizado. La posibilidad de constituir de una garantía real, el tipo de garantía real y los efectos de esa garantía real sobre la marca de la Unión Europea se remite a la legislación del Estado miembro en el cual el titular tenga su sede o su domicilio en la fecha considerada; en su defecto, un establecimiento; o subsidiariamente, se aplica el Derecho español, por situarse la EUIPO en España.

A pesar de la carencia de una armonización de las garantías que se pueden otorgar sobre derechos unitarios, se han establecido los efectos de la publicidad registral de cara a la oponibilidad frente a terceros. Según el artículo 27 del RMUE, la inscripción de la garantía es necesaria para adquirir oponibilidad de la misma frente a terceros de buena fe, ya que a los terceros que conozcan la garantía, aún antes de su inscripción, puede oponérsele la misma. Sin embargo, la ejecución de una garantía de forma forzosa necesita tanto de las autoridades nacionales, que tienen competencia exclusiva, como de la aplicación del Derecho nacional del Estado miembro que resulte competente de acuerdo con los artículos 19 y 23 del RMUE. En consonancia con lo anterior, el apartado 3 del artículo 27 del RMUE establece una excepción para la oponibilidad frente a terceros de la ejecución forzosa de marcas, desplazando el Derecho del Reglamento por el Derecho nacional que resulte aplicable.

Por tanto, el registro de garantías sobre derechos de propiedad industrial unitarios no es constituyente ni determinante de las ejecuciones de una garantía, lo cual comporta una serie de dificultades cuando exista disparidad entre el registro y la realidad extrarregistral. Por ejemplo, puede ocurrir que aparezcan marcas de la Unión gravadas con garantías, que no existen, pero no se ha cambiado su estatus en el registro, por el simple hecho de ahorrarse la tasa de cancelación del gravamen. Por ello, el diferente régimen jurídico que rige las garantías en el Estado donde se encuentra la sede o domicilio del titular de la marca o diseño de la Unión es el determinante a los efectos de la oponibilidad frente a terceros. La falta de armonización europea hace que no todos los problemas puedan resolverse de una forma registral, en tanto en cuanto se ha renunciado a la inscripción constitutiva de la garantía en la EUIPO. Esta característica es una de las grandes

diferencias entre el sistema de garantías de marcas de la Unión Europea y las marcas españolas.

### 3. EL REGISTRO DE GARANTÍAS ESPAÑOL

La Guía Legislativa de operaciones garantizadas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) se refiere a la creación de registros de garantías en aquellos países donde no existan<sup>24</sup>. En España resulta muy destacable el Registro de Bienes Muebles, ya que se trata de un registro con caracteres propios y que va en muchas ocasiones más allá de lo que pide la Guía de UNCITRAL. El Registro de Bienes Muebles se llamaba originariamente Registro de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento y en 1999 se le cambia el nombre a Registro de Bienes Muebles al convertirse en un registro de titularidades de buques y aeronaves<sup>25</sup>. Sin embargo, desde el punto de vista de la propiedad industrial, el Registro de Bienes Muebles no ha cambiado su función desde que se preveía su constitución en 1954, y desde luego, era y sigue siendo el lugar donde se inscriben las hipotecas mobiliarias sobre derechos de propiedad industrial, concretamente en la sección cuarta. En los países que han reformado su sistema de garantías siguiendo el modelo de UNCITRAL tenían claramente un problema de falta de publicidad de las garantías<sup>26</sup>. Por tanto, puede ser esta una razón de peso para que en España no haya intención legislativa por seguir una reforma tipo UNCITRAL, porque en nuestro Derecho ni el principio de publicidad está en retroceso ni hay un problema de falta de trazabilidad como se predica de otros Derechos continentales<sup>27</sup>.

Sin embargo, destacaremos dos aspectos del Registro de Bienes Muebles que son una realidad. El primero es que no resulta fácil acceder al registro; porque se requiere una calificación por parte del registrador de forma y contenido de la escritura pública, piénsese en supuestos de un conjunto de bienes donde se incluyen patentes y marcas. La forma de estructuración del Registro de Bienes Muebles es de folio real, ya que cada garantía abre folio registral y el documento contiene tanto el hecho inscribible como el contrato de garantía, pues no se trata de una simple notificación ni de datos ni de extractos de la operación. Con las nuevas tecnologías, todo el archivo está digitalizado<sup>28</sup>. Este sistema aporta mucha seguridad jurídica porque, además, la inscripción es de naturaleza constitutiva para la hipoteca mobiliaria sobre el derecho de propiedad industrial<sup>29</sup>.

El segundo aspecto destacable es que resulta controvertida la posibilidad de que en el Registro de Bienes Muebles Central se puedan inscribir garantías extranjeras sobre derechos de propiedad industrial en tanto en cuanto se configure la *lex loci protectionis* o ley del Estado para el que se reclama la

protección de los derechos como ley que rige la constitución de las garantías<sup>30</sup>. Una aplicación estricta de la *lex loci protectionis* no haría posible la inscripción de una garantía extranjera en el Registro de Bienes Muebles por ser extranjera. A nuestro entender el Registro de Bienes Muebles debería ser competente para inscribir garantías extranjeras sobre derechos de propiedad industrial españoles, especialmente cuando el domicilio del titular garantizado se encuentre en el extranjero. Sería posible si se aplica un concepto funcional a la garantía extranjera compatible con el Derecho español<sup>31</sup>.

#### 4. LA OFICINA EUROPEA DE PATENTES

La Oficina Europea de Patentes se encarga de las inscripciones de patentes europeas y tiene su sede en Múnich. La primera matización es que la patente europea no es un derecho para toda la Unión Europea, sino una forma de denominar a las patentes cuyo procedimiento de concesión se encuentra unificado. Los Estados parte del Convenio Europeo de Patentes (Convenio de Múnich de 1973) pueden beneficiarse del mecanismo de concesión, incluyendo Estados no pertenecientes a la Unión Europea como Suiza o Turquía. La solicitud de patente europea puede ser objeto de una garantía real e inscribirse en la Oficina Europea de Patentes, sin embargo, el régimen jurídico se fragmenta en función de los Estados para los que se conceda la protección de la patente. Por tanto, existirán tantas garantías reales como Estados designados en la solicitud de patente europea. La ausencia de un título uniforme obliga a fragmentar la garantía y cuestiones tan relevantes como la forma de la garantía solo podrá contestarse a la luz del concreto Derecho del Estado designado en la solicitud. A pesar de estos inconvenientes, la Oficina Europea de Patentes puede publicitar la garantía establecida, si bien los efectos de dicha publicidad son muy limitados al no existir controles de legitimación. Una vez concedida la patente europea en el Estado designado, la continuación de la garantía en la patente nacional solo estaría asegurada siguiendo los requisitos del Estado de concesión, que en el caso del Derecho español debería inscribirse en el registro nacional para considerarse válida.

Finalmente, mencionaremos la patente europea con efecto unitario; porque su concesión también la lleva a cabo la Oficina Europea de Patentes. Sin embargo, su regulación jurídica como objeto de propiedad y de garantías se establece en el Reglamento (UE) 1257/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2012<sup>32</sup>, por el que se establece una cooperación reforzada. La patente europea con efecto unitario se considera en todos los Estados miembros participantes, donde destaca la ausencia de España, una patente del Estado miembro participante. La información que se en-



cuentre inscrita en la Oficina Europea de Patentes de Múnich con respecto al domicilio o centro principal de actividad del solicitante en la fecha de cumplimentación de la solicitud de patente europea es la que determina el régimen jurídico de la patente europea con efecto unitario<sup>33</sup>. En su defecto, se debe considerar el Estado del centro de actividad del solicitante en la fecha de cumplimentación de la solicitud de la patente europea<sup>34</sup> y subsidiariamente, cuando ni el domicilio ni el centro de actividad del solicitante se encuentren en un Estado miembro participante, la patente europea con efecto unitario se considera localizada en Alemania, por ser Múnich la sede de la Oficina Europea de Patentes<sup>35</sup>. En caso de cotitularidad se atiende a los mismos criterios que se aplican al orden de inscripción de los cosolicitantes<sup>36</sup>.

### III. LA PARTICULARIDAD DEL OBJETO DE LA HIPOTECA MOBILIARIA

#### 1. EXIGENCIA DE UN REGISTRO PREVIO A LA OBTENCIÓN DE LA GARANTÍA REAL

Dada la territorialidad que rige las garantías reales sobre derechos de propiedad industrial, no resulta sorprendente que los Estados impongan reglas de previo registro de los derechos de propiedad industrial para la obtención de la garantía. En primer lugar, una regla de inscripción previa de los derechos de propiedad industrial simplemente para que puedan ser objeto de garantía choca con la regla general aplicable a bienes muebles que no necesitan tal inscripción del dominio<sup>37</sup>.

En segundo lugar, limita el otorgamiento de garantía sobre derechos que no están registrados, tales como secretos industriales<sup>38</sup> o know-how. Aunque la ley española no se refiere explícitamente a los derechos de explotación que surgen a raíz de los secretos industriales o el know-how, podemos deducir que el legislador no ve con buenos ojos la posibilidad de constituir garantías sobre derechos que no han sido previamente registrados. En el caso de los derechos de propiedad intelectual en sentido estricto, el artículo 45 de la LHMPSD en su redacción original no hacía referencia a un previo registro.

Sin embargo, el legislador con motivo de la reforma del sistema de patentes del año 2015 no hace distinción entre la propiedad industrial e intelectual y considera tajantemente que los derechos registrables, pero no registrados no son susceptibles de hipoteca mobiliaria (art. 45.3 y art. 46.3 LHMPSD). Se entiende que los derechos deben aparecer inscritos en el Registro de Patentes o Marcas español y que tratándose de derechos de propiedad intelectual deben ser inscritos previamente en el Registro de Propiedad Intelectual<sup>39</sup>. Esta decisión de inscripción previa de derechos también



afecta a los derechos de autor y podría cuestionarse si implica una violación de los tratados internacionales, en concreto el Convenio de Berna de 1886<sup>40</sup>. Sin embargo, las formas de constitución de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual pertenecen al ámbito de competencia estatal. Por tanto, una regulación de inscripción previa no es más que una opción de política-económica nacional, ya que no ha sido regulado a nivel internacional.

Por una parte, resulta entendible que un derecho que carece de contenido patrimonial o bien se trate de un derecho personalísimo como el caso de los derechos morales en el derecho de autor quede fuera de una garantía. Pero no está tan claro por qué los derechos por el simple hecho de no estar inscritos en un registro específico tienen vedado su uso como bien en garantía. Esta decisión legislativa repercute en los derechos de propiedad industrial extranjera que difícilmente podrán entrar a un registro de garantías español si previamente no lo han hecho en un registro de propiedad intelectual o específico. En concreto, también se afecta a los derechos sobre los softwares cuya protección dista de ser homogénea, pudiendo patentarse en los Estados Unidos o protegerse mediante propiedad intelectual y, por tanto, sin necesidad de registro. Los softwares se modifican y actualizan de manera frecuente y la inscripción obligatoria no parece compatible con la confidencialidad en las fases de desarrollo o revisiones de los programas de ordenador. Esta situación ha experimentado una evolución en Derecho estadounidense. En una primera fase se necesitaba inscribir previamente el copyright en la Oficina de Copyright estadounidense para que la garantía real creada pudiera ser oponible frente a terceros<sup>41</sup>. Posteriormente, se consideró que el registro de los códigos fuentes de los programas de ordenador era un impedimento para el progreso de la ciencia a causa de la pérdida de tiempo que tenían que invertir los desarrolladores en tramitar la inscripción del software<sup>42</sup>. De forma que con el objetivo de posibilitar a los prestamistas conceder crédito garantizado sobre derechos no registrados, se superó en los Estados Unidos la primera jurisprudencia teniendo presente las características de la industria del software.

Este avance estadounidense contrasta con la legislación española que, aunque separa formalmente la propiedad industrial e intelectual en dos artículos distintos, prevé reglas comunes para las hipotecas mobiliarias sobre derechos de propiedad industrial y para los derechos protegidos por la legislación de propiedad intelectual<sup>43</sup>. Sin ninguna referencia a modo de preámbulo de qué intención tiene el legislador que modifica, a través de la disposición final primera de la Ley de Patentes del año 2015, dos artículos en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento es difícil conocer por qué separa formalmente los derechos de propiedad industrial e intelectual, cuando en el aspecto más relevante que es el referente a su

inscripción previa, se aplica la misma filosofía, siendo no obstante, los derechos de distinta naturaleza. La única excepción para la constitución de una hipoteca mobiliaria sin previo registro existe para la hipoteca de obra cinematográfica bajo el artículo 2 del Decreto 3837/1970, de 31 de diciembre<sup>44</sup>. Sin embargo, esta legislación no es aplicable a la propiedad industrial.

Además, el artículo 47 de la LHMPSD referencia el contenido del documento público que puede entrar al Registro de Bienes Muebles con respecto a la hipoteca mobiliaria sobre los derechos de propiedad industrial. En particular, la escritura pública tiene que contener especificidades que quizá solo pueda obtener en un registro español, por ejemplo: la fecha y el número de inscripción, renovación, rehabilitación o prórroga en el Registro especial, licencias, autorización o concesiones otorgadas por su titular a terceras personas y justificación de hallarse al corriente en el pago del canon, si lo hubiere.

El avance más significativo de la legislación española resulta ser que pueden volver a hipotecarse los derechos de propiedad industrial a raíz de la reforma introducida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre<sup>45</sup>. Con anterioridad, se enfatizaba que no se permitían segundas hipotecas<sup>46</sup>. Sin embargo, se produjo una nueva redacción del artículo segundo de la LHMPSD, por el cual «carecerá de eficacia el pacto de no volver a hipotecar o pignorar los bienes ya hipotecados, por lo que podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuviesen hipotecados o pignorados, aunque lo estén con el pacto de no volver a hipotecar o pignorar». Aunque el apartado carece de efectos retroactivos, resulta un cambio radical al modelo anterior. La prohibición de volver a hipotecar se estimó por el legislador por razones prácticas<sup>47</sup>. Sin embargo, lo cierto es que tal prohibición no responde a las exigencias de un sistema de garantías eficiente y no está justificada<sup>48</sup>. Aunque parece que ciertos autores siguen exigiendo tal requisito<sup>49</sup>, tal confusión puede ser debida a que la disposición tercera del artículo 13 de la LHMPSD sigue exigiendo la declaración del hipotecante de que no estén hipotecados, pignorados ni embargados. Sin embargo, una interpretación sistemática de la Ley hace entender que esa declaración no sea necesaria en la escritura notarial para que la hipoteca mobiliaria sea válida.

## 2. AMPLIACIÓN DE LOS SUJETOS LEGITIMADOS

El otorgante de la garantía debe ser propietario o tener la potestad de enajenar y la facultad de establecer gravámenes sobre los bienes que pretende otorgar en garantía<sup>50</sup>. En el caso de una marca, el otorgante debe ser titular de la marca sin que sea necesario que sea titular de un negocio<sup>51</sup>.

Si la propiedad industrial se encuentra en régimen de copropiedad, todos los copropietarios tienen que estar de acuerdo para hipotecar las patentes o marcas correspondientes. Aunque la LHMPSD es muy clara acerca del consentimiento de todos los derechohabientes para constituir una hipoteca sobre los derechos de explotación (art. 1.2 de la LHMPSD), el titular puede hipotecar la cuota que le corresponda. Sin embargo, ello no ha estado siempre claro como ilustra la Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado del 29 de noviembre de 1995, la cual denegó la inscripción de la hipoteca de cuota indivisa sobre la marca. El razonamiento del DGRN se basaba en que la marca era un bien indivisible, lo cual no solo no es correcto, sino que impedía económicamente el uso de las cuotas de marca como garantía<sup>52</sup>.

El cesionario de la propiedad industrial adquiere la titularidad de los derechos patrimoniales de conformidad al negocio jurídico, por lo que si es cesionario exclusivo puede disponer de los derechos cedidos y también puede gravarlos<sup>53</sup>. La reforma de 2015 aclaró que los licenciatarios tanto en su condición de licencia exclusiva como no exclusiva pueden dar en garantía los respectivos derechos de los que son titulares. No se hace alusión a que deba existir un acuerdo de los licenciatarios como requisito para la constitución de la garantía sobre la licencia, y, de hecho, se prevé que los licenciatarios puedan constituir una hipoteca mobiliaria sobre las respectivas licencias, resultando indiferente que el licenciatario sea titular de todas las facultades o de algunas de las facultades que integran el derecho de exclusiva con respecto al territorio nacional o para una parte del mismo, a tenor del nuevo artículo 45.2 de la LHMPSD. No obstante, la garantía hipotecaria no podrá cubrir más derechos de los que el licenciatario no sea titular. En el caso de las garantías sobre las licencias suele requerirse el acuerdo de los licenciatarios.

#### IV. CUESTIONES DE VALORACIÓN

##### 1. MÉTODOS DE VALORACIÓN

Dada la intangibilidad de los derechos de propiedad industrial se aprecian dificultades para valorar los mismos en el momento de otorgamiento de la garantía real. Desde el punto de vista de la valoración existen dos tipos de métodos de valoración: los métodos cualitativos y los métodos cuantitativos. Los métodos cualitativos tratan de asignar una puntuación a los derechos de propiedad industrial. Con respecto a las patentes, los factores que se suelen tener en cuenta para calcular su valor según la sentencia de *George Pacific Corp. v. U.S. Plywood Corp* (S.D.N.Y. 1970<sup>54</sup>)

son los siguientes: los royalties o regalías percibidos por el titular de la patente, los royalties pagados por el potencial licenciatario por otras patentes comparables a la patente infringida, la naturaleza y alcance de la licencias (exclusiva o simple), la política de licencias establecida por el titular o licenciante de la patente, las relaciones comerciales previas establecidas entre el titular y el potencial licenciatario, los efectos de la venta del producto patentado en la promoción o comercialización de otros productos, la duración de la patente o el periodo de licencia, la rentabilidad media del producto, su éxito comercial y popularidad actual, la utilidad y ventajas de la patente frente a otros modelos y patentes previas, la naturaleza de la invención patentada, la proporción de beneficios o precio de venta que es común en el sector o en la industria. La casuística tendrá en cuenta los acuerdos contractuales, tales como contratos de licencia mixtos donde existen patentes y derechos de know-how, siendo estos últimos necesarios para explotar la patente de una forma determinada, por ejemplo, el acceso a determinadas bases de datos o datos de investigación. El valor de la licencia que incluye un conocimiento de experto suele ser superior al de la simple licencia de patente.

Sin embargo, en la industria financiera los métodos más utilizados son los cuantitativos, siendo más predecibles desde el punto de vista del acreedor. Existen distintas variantes cuantitativas que pueden agruparse en tres enfoques: el enfoque del coste, el enfoque del mercado y el enfoque de los ingresos.

Siguiendo el enfoque del coste, el valor de un derecho de propiedad industrial depende del coste a soportar para el desarrollo o compra del derecho, incluyendo su protección jurídica a efectos registrales<sup>55</sup>. Se trata de una estimación del coste de desarrollar un derecho de propiedad industrial idéntico o alternativamente con utilidad o servicio potencialmente similar. Por ejemplo, el precio de adquisición de una patente. Este enfoque lleva consigo determinadas desventajas cuando el valor se ha creado internamente, ya que puede no coincidir el coste interno de la patente con su valor real en el mercado. La valoración no es útil para la venta de la patente, pues subestima o sobreestima el valor de la patente en función de un coste bajo o excesivo a nivel interno. Tampoco tiene en cuenta los beneficios esperados que puedan generarse en un futuro. Por tanto, se trata de una perspectiva más apta a efectos contables que económicos.

Según el enfoque de mercado, el valor de un derecho de propiedad industrial se calcula a partir de transacciones reales del mercado, de modo que el valor es percibido por terceros y no solamente por el propietario del derecho. Resulta necesario que exista un mercado dinámico, un número suficiente de transacciones de propiedad industrial e información contractual de los mismos, ya que solo así se pueden estimar los precios del concreto

derecho de propiedad industrial en función de precios de transacciones de mercado de activos comparables. Existen especiales dificultades cuando se carece de bases de datos comparables, los datos son muy heterogéneos o los derechos son únicos. También es frecuente que los derechos de propiedad industrial formen parte de operaciones más complejas como fusiones y valoraciones específicas que se mantengan en forma confidencial. La utilidad del enfoque de mercado puede aumentar cuando se contrastan los resultados estimados con los alcanzados por otras metodologías, por ejemplo, en caso de que exista un valor calculado para daños y perjuicios de los derechos de propiedad industrial en sentencias judiciales.

Finalmente, el enfoque de ingresos consiste en valorar los beneficios que los derechos de propiedad industrial pueden generar en el futuro. Dentro de este enfoque se puede utilizar el método de regalías y el método de flujos de caja descontados. El método más utilizado es el de regalías, porque estima el valor presente de los costes netos impuestos por regalías o licencias ahorradas al poseer el derecho de propiedad industrial. Al estar disponible información sobre contratos de licencias de patentes en varias bases de datos resulta muy útil. Para estimar el valor se multiplica la tasa de regalía por las ventas esperadas y se descuentan los flujos futuros a una tasa de descuento. La mayor dificultad se encuentra en determinar una tasa de regalía adecuada que se considere justa, razonable y no discriminatoria (o en términos FRAND)<sup>56</sup>, lo cual puede ser relevante para las patentes esenciales. A esos efectos, más del 35% de las patentes registradas a nivel mundial se relacionan con los teléfonos «Smart» o inteligentes, cuya tecnología puede estar protegida por patentes con estándares esenciales<sup>57</sup>.

En caso de valorar una marca es muy relevante calcular su fortaleza y el ciclo de vida, que en principio en una marca puede ser ilimitado, pero hay que asegurarse del plazo y de las condiciones contractuales, si existe exclusividad o no, así como si el licenciente tiene derechos retenidos.

Para este método resulta imprescindible un análisis del sector para poder estimar las ventas futuras de los productos comercializados bajo marca o la patente durante un periodo determinado. Para el periodo de cálculo debe tenerse en cuenta la vida útil del derecho, por ejemplo, tras los veinte años de existencia de una patente farmacéutica debe tenerse en cuenta la entrada de genéricos en el mercado. Por otra parte, la diferencia entre una tecnología patentada y no patentada debe considerarse en la tasa de regalía. En el sector biotecnológico y de productos farmacéuticos se ha estimado que la diferencia entre una tecnología no patentada es menor en un cincuenta por ciento en comparación con la misma tecnología patentada<sup>58</sup>. De forma similar cuando se ha obtenido el registro de la marca por el propietario, la valoración de la marca registrada suele ser superior a la misma marca no registrada.

Resulta habitual en la práctica combinar los métodos del enfoque de ingresos y verificarlo con el valor de mercado de adquisición de los derechos de propiedad industrial.

Por otra parte, resulta destacable que los métodos de cálculo no difieren geográficamente en contraste con el régimen jurídico. Nos referimos al hecho de que los mismos métodos o enfoques económicos pueden ser utilizados por las partes interesadas en la valoración de los derechos de propiedad industrial, con independencia de donde estén protegidos legalmente. Por ejemplo, la OMPI no clasifica los enfoques económicos de valoración de propiedad industrial por países<sup>59</sup>. Sin embargo, dado que no existen derechos de propiedad industrial internacionales, su distinto régimen jurídico podría afectar a los *inputs* de una valoración económica. Prueba de ello es que los costes de registro de las patentes difieren en función de cuál sea el registro nacional o internacional donde se presente la solicitud<sup>60</sup>. Ciertos autores han observado que las patentes domésticas chinas tienen un menor valor económico que las registradas por medio de los registros internacionales; porque sufren de una menor investigación del estado de la técnica, en función de las patentes concedidas, los recursos de oposición y un menor ciclo de renovación de las patentes<sup>61</sup>. Otro estudio interesante sobre el tiempo que transcurre entre la solicitud de la patente y la primera citación que recibe la patente llega a la conclusión de que las patentes chinas tienen un mayor retraso de la primera citación, lo cual se traduce en un menor valor económico<sup>62</sup>. Esta tendencia puede cambiar en el futuro, dada la dinamicidad de China en el mercado de la innovación.

## 2. RECOMENDACIONES

El valor de una patente de Motorola se estimó en 500.000 dólares por ser el resultado de dividir 12,5 mil millones de dólares que fue el precio que pagó Google por la compra de Motorola entre 24.000 patentes<sup>63</sup>. El valor medio de la venta de patentes según la oficina de patentes estadounidense fue de 370.000 dólares por patente en 2012<sup>64</sup> lo cual fue incrementado a 449.227 dólares en 2015<sup>65</sup>. Sin embargo, suele argumentarse que el mercado de derecho de propiedad industrial no es como el mercado inmobiliario, pues falta mucha transparencia y que pueda ser accesible al público.

No obstante, varios estudios económicos constatan que existe un amplio mercado de patentes, al menos teniendo en cuenta las operaciones registradas en la Oficina de Patentes de EEUU (USPTO). Aunque también en un contexto europeo, puede afirmarse que el 30% de las patentes europeas entre los años 1998 y 2012 cambiaron al menos una vez de titular<sup>66</sup>, la falta de datos acerca del mercado de patentes y marcas puede ser mejo-

rada poniendo al alcance de los usuarios las operaciones que se realizan sobre estos derechos. Por ejemplo, la Oficina de Patentes estadounidense se dio cuenta de que los datos sobre la inscripción de cesiones de patentes no se utilizaban en la investigación. Recientemente, a través de un nuevo método de publicación, la USPTO facilita que puedan ser analizados los datos relativos a la utilización de patentes como garantías<sup>67</sup>. Los Registros especializados de cada país podrían poner a disposición del público datos cuantitativos sobre las transmisiones de derechos de propiedad industrial, ya que el desconocimiento del mercado de los derechos de patentes y marcas no favorece el uso de los mismos en las operaciones garantizadas. También podría establecerse una mayor cooperación entre las oficinas nacionales y las internacionales<sup>68</sup>.

Cuando se calculan las ganancias futuras se parte de la base de estimaciones de demanda. Sin embargo, se demostró en el mercado de las cámaras digitales que algunos métodos de calcular patentes exageran el valor actual de las patentes<sup>69</sup>. Se deberían incluir los beneficios incrementales no solo por la vía de la demanda del consumidor sino también por el coste y los factores competitivos de la oferta. Los cálculos de los beneficios deben basarse en beneficios de equilibrio (*equilibrium profits*), lo cual significa que primero se considera el equilibrio de la industria sin los productos que incluyen las aplicaciones patentadas. Para que este primer paso sea correcto tiene que ser posible determinar económicamente la curva de demanda de la industria, la medición del coste marginal con la mejora del producto y determinar la naturaleza y alcance de la competencia en la industria. Los datos de la demanda de productos en el mercado son insuficientes para estimar con éxito la demanda de los nuevos productos, porque no tenemos información de las ventas de productos para el caso de que las nuevas características no estén en el mercado<sup>70</sup>. Si no se estudia el caso en el que los productos patentados no entren a formar parte de la industria, no podremos hacer una buena comparativa.

En el informe final del grupo de expertos de la Unión Europea (2014)<sup>71</sup>, la valoración de la propiedad industrial gira en torno a tres ejes: la financiación con propiedad industrial e intelectual, la contabilidad y balance de las empresas y la infracción de derechos en el contexto de litigación. Dicho informe reconoce en la propiedad industrial una oportunidad o una necesidad, especialmente a las patentes y marcas por tratarse de derechos con reconocimiento jurídico como un activo para la financiación bancaria que se traduzca en procesos de inversión y de crecimiento. La evaluación de la propiedad industrial no es automática, pues existen elementos de juicio que un experto tiene que valorar. Téngase en cuenta que el informe utiliza la definición amplia de «intellectual property» o propiedad intelectual para referirse tanto las invenciones, marcas o diseños y los derechos sobre obras



artísticas. Dicha definición es la utilizada por la OMPI, pero es distinta a la definición jurídica en el ordenamiento español.

Resulta destacable que la falta de experiencia o de conocimiento para la valoración de derechos de propiedad industrial puede ser un factor determinante en la ausencia de la valoración de la propiedad industrial en los balances de las empresas. Las respuestas a la encuesta de la Comisión también indicaban que las fusiones y adquisiciones no señalaban la propiedad industrial como importante, excepto una respuesta que nombraba el método de los flujos de caja descontados. Las respuestas recibidas se referían a que no se señalaban un valor separado para cada derecho de propiedad industrial, sino que se incluían un apartado general dedicado a los bienes intangibles, cuyo valor correspondía con el *goodwill* o fondo de comercio. Dada la falta de transparencia con respecto a la valoración de los derechos de propiedad industrial se hicieron cuatro recomendaciones que son muy relevantes para las garantías sobre derechos de propiedad industrial.

En primer lugar, se aboga por crear una fuente de datos que contenga información anónima sobre transacciones de propiedad industrial. En segundo lugar, se recomienda la creación de una organización de supervisión de la práctica de la valoración de la propiedad industrial, incluyendo cursos de formación específica y una propuesta para crear un registro de tasadores expertos acreditados en Europa. En tercer lugar, se hace alusión a introducir un plan de garantía de préstamos con riesgo compartido para los bancos a fin de facilitar los préstamos garantizados con derechos de propiedad industrial. El plan de garantía de préstamos sería compartido por el banco y otra institución para disminuir los riesgos financieros. El objetivo del plan sería abordar los fallos del mercado en la provisión de financiación de deuda a bajo costo proporcionando una garantía a los bancos en los casos en que una empresa con un plan de negocios viable no pueda obtener financiamiento, porque no puede ofrecer una garantía tangible para su deuda o carece de un historial de préstamos. Además, algunos proveedores de servicios que valoran los derechos de propiedad industrial podrían superar la brecha de conocimiento relacionada con los activos intangibles y la experiencia bancaria. El proveedor de servicios de tasación puede beneficiar al banco, porque reduce temporalmente el riesgo crediticio de las instituciones financieras. Por ejemplo, las entidades de valoración homologadas e inscritas en el Registro especial del Banco de España suelen estar especializadas en bienes inmuebles<sup>72</sup>. Por ello nuestro Derecho permite la valoración por entidades no registradas en el Banco de España, reconociendo que los métodos de valoración de la propiedad industrial son particulares.

Finalmente, se recomienda la introducción de una sección de informes adicionales para los bienes intangibles y de propiedad industrial dentro de los informes financieros. Entre otras, podrían incluir algunas especificaciones



del tipo de activos, el nivel de protección, los Estados donde se encuentra protegidos los derechos de propiedad industrial, la etapa de su desarrollo y el coste estimado para llevar la propiedad industrial al mercado, lo que podría mejorar tanto la comprensión del valor como la toma de decisiones de los usuarios.

## V. CONSTITUCIÓN, Oponibilidad y Ejecución de la Garantía Real

### 1. LA HIPOTECA MOBILIARIA EN CLAVE COMPARADA

Existe diversidad de soluciones en el plano comparado al regular las distintas etapas por las que atraviesa una garantía real sobre bienes inmateriales. Las diferencias abarcan a las personas legitimadas para otorgar una garantía sobre derechos de propiedad industrial<sup>73</sup>. Entre los aspectos previos destaca por su importancia económica la posibilidad de usar derechos de propiedad industrial e intelectual que no se encuentran registrados, lo que no se permite en algunos ordenamientos jurídicos como el español; pero que es admisible en otros, como el estadounidense. En este punto, la jurisprudencia estadounidense puede ser relevante, porque los tribunales han decidido en función de la normativa aplicable a determinados derechos de propiedad intelectual, la ausencia de necesidad de inscripción previa<sup>74</sup>.

Los requisitos de constitución de la garantía real varían considerablemente según los ordenamientos. En los ordenamientos más flexibles suele existir mayor autonomía para la forma de la garantía. En contraste, en los Derechos de tradición latina como el español, la forma suele venir preconfigurada de una manera rígida e imperativa<sup>75</sup>. La garantía sobre derechos de propiedad industrial solo puede ser la hipoteca mobiliaria documentada en escritura pública e inscrita en el registro, pues la forma es constitutiva<sup>76</sup>. Sin embargo, se observa cierta evolución con respecto al documento en que tengan que estar otorgadas las garantías en Derecho comparado, así en Derecho francés o italiano no se obliga al requisito de un documento público para las garantías sobre propiedad industrial<sup>77</sup>. Si bien, cuando las patentes se otorgan en garantía dentro de un establecimiento mercantil, la ley impone la forma notarial<sup>78</sup>. No obstante, en la práctica la forma de acceso de los documentos al registro condiciona la forma de los actos de constitución de la garantía, dado que se necesita la inscripción de los actos que constituyen garantías sobre propiedad industrial para que estas resulten oponibles a terceros<sup>79</sup>. Por otra parte, la correspondiente Oficina de Patentes y Marcas puede gozar de un poder discrecional para pedir el acto auténtico o documento público<sup>80</sup>.

Nuestro Derecho mantiene una incoherencia interna al permitir que las transmisiones plenas y las licencias sobre propiedad industrial puedan ser en documentos privados<sup>81</sup>; pero negando la validez de un documento privado para la constitución de una garantía sobre los mismos derechos.

Por otra parte, nuestra ley puede ser especialmente gravosa cuando existe un elemento de internacionalidad, por ejemplo, porque el domicilio del hipotecante se encuentre en el extranjero. En nuestra opinión, el Registro de Bienes Muebles debería flexibilizar su postura con respecto a la inclusión de la escritura pública con tantos requisitos de contenido. No se entiende que se admita el documento privado con firmas legitimadas notarialmente para la inscripción de buques y aeronaves construidos en el extranjero o la hipoteca de buque<sup>82</sup>, y, sin embargo, no se acepte un documento privado para las garantías sobre derechos de propiedad industrial. Tendría sentido una alineación de los requisitos de acceso a los registros si consideramos que el Registro de Propiedad Industrial y el Registro de Bienes Muebles tienen la misma naturaleza. A su vez, tras la reforma operada por la Directiva 47/2002<sup>83</sup>, las garantías financieras no necesitan reflejarse en documento público<sup>84</sup>.

Además, en España la forma de la constitución de la garantía —escritura pública con inscripción en el Registro de Bienes Muebles— afecta al procedimiento de ejecución de la garantía constituida, no solo porque la determina, sino porque la falta de valoración de los derechos de propiedad industrial dentro de la escritura pública es un defecto que resulta en la no inscripción de la hipoteca mobiliaria en el Registro de Bienes Muebles<sup>85</sup>. Dicha denegación registral afecta a la ejecución prevista según la Ley de Enjuiciamiento Civil. El valor de la tasación de los derechos de propiedad industrial en la escritura pública de constitución de hipoteca sirve de tipo a la subasta, el cual no puede ser inferior al 75 por ciento del valor de tasación en la constitución<sup>86</sup>. También para el procedimiento de ejecución extrajudicial o «venta extrajudicial»<sup>87</sup> es necesario la fijación del precio en que las partes tasan los bienes para que sirva de tipo de subasta, e incluso en ese momento de constitución se designe a un mandatario que represente al deudor o hipotecante no deudor en la venta de los bienes hipotecados<sup>88</sup>. De hecho, el procedimiento de ejecución extrajudicial solo puede seguirse ante notario<sup>89</sup>. De alguna manera se asimilan ambos procedimientos judicial y extrajudicial cuando el tipo de la subasta pactado en la venta extrajudicial no puede ser distinto al procedimiento judicial en virtud del apartado segundo del artículo 86 de la LHMPD.

A la vista de estos requisitos, el proceso de ejecución extrajudicial puede no lograr el máximo valor de los derechos de propiedad industrial. El objetivo del legislador español es evitar un trámite de tasación pericial en la fase de ejecución, por eso se introdujo en la reforma hipotecaria en 1909.

Según la DGRN, «se trata de preordenar una determinación que en caso de ejecución será necesaria en todo caso, con el objeto de agilizar y dar rapidez al trámite ejecutivo»<sup>90</sup>. Se interpreta a contrario el artículo 45.3 de la LHMPD para llegar a la conclusión de que debe exigirse la aportación de un certificado de tasación. En concreto, se exige el certificado de tasación cuando se trate de hipotecas o prendas constituidas a favor de entidades que tengan la legitimación para realizar emisiones de títulos hipotecarios, que se trate de préstamos o créditos garantizados tanto con hipoteca inmobiliaria como mobiliaria y los bienes dados en garantía representen, por su naturaleza, un valor suficientemente estable y duradero, no se encuentren expresamente excluidos y reúnan los demás requisitos legalmente exigibles, que en el caso de los derechos de propiedad industrial son estar registrados y ser susceptibles de apropiación individual y enajenación voluntaria<sup>91</sup>. La consecuencia de la falta de un certificado de tasación es que el registrador de la propiedad deniega la inscripción de toda la hipoteca mobiliaria sobre las marcas, y no solo de las cláusulas de los contratos que sean normas imperativas o hubieran sido declarada nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia<sup>92</sup>.

En cambio, la normativa de países con regulaciones más flexibles de garantías (EEUU, Canadá o Australia) resulta particularmente importante en la fase de la oponibilidad de la garantía *erga omnes*. Resulta destacable en este punto cómo la legislación española y algunas figuras (polacas e italianas) no distinguen entre la oponibilidad *inter partes* y *erga omnes*, integrando dentro de los requisitos de constitución de la garantía los propios requisitos registrales de la misma. De manera que, desde que la garantía resulta constituida bajo dichos ordenamientos jurídicos, es oponible a cualquiera. Esta diferencia no es menor y tendrá que ser abordada en una reforma de garantías en Europa.

La mayoría de Estados consideran esencial para la publicidad de las garantías sobre derechos de propiedad industrial la inscripción en un registro. La doctrina comparada coincide en que la publicidad registral es muy relevante en el caso de los bienes inmateriales por su incapacidad de posesión física. Uno de los principios fundamentales de un sistema moderno de garantías es la transparencia, lo cual se consigue con un registro que publicite la existencia de la garantía<sup>93</sup>. Sin embargo, el tipo de registro (general o especial), los requisitos de acceso al registro de documentos (escritura pública, escritura privada autenticada por notario, simple contrato privado o formulario rellenado al efecto puesto a disposición por la oficina), las características de las inscripciones (completas o sucintas) y los efectos de las inscripciones de las garantías sobre bienes inmateriales (constitutivo, declarativo u oponibilidad a una determinada clase de terceros) son cuestiones cuyo tratamiento difiere en Derecho comparado.

## 2. RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL DERECHO ESTADOUNIDENSE

La experiencia del modelo estadounidense presenta una mayor evolución a nivel de Derecho material. El artículo 9 del *Uniform Commercial Code* (UCC) de los EEUU es una suerte de ley modelo que ha sido adoptada en los distintos Estados<sup>94</sup>. Dicho ordenamiento jurídico presenta especial interés principalmente por tres razones. En primer lugar, el artículo 9 del *Uniform Commercial Code* ha influido en las recomendaciones internacionales, pues se inspiran en esta legislación. En segundo lugar, por su carácter de ley modelo, que es acogida a nivel estatal y podría servir de referencia en un futuro en el seno de la UE; ya que actualmente no existe armonización en materia de garantías sobre derechos de propiedad industrial<sup>95</sup>. En tercer lugar, en los EEUU se realizan de forma más habitual las operaciones de garantías sobre derechos de propiedad industrial e intelectual, lo cual es relevante desde el punto de vista práctico. La experiencia estadounidense ofrece un debate muy rico sobre los problemas jurídicos que se producen en las operaciones de garantías sobre bienes inmateriales<sup>96</sup>. Las partes pueden elegir la ley aplicable a la constitución del *security interest* tanto si la operación es nacional como internacional, aunque la regla está pensada para las operaciones interestatales de los EEUU, pues se tiene que dar una «relación razonable» con el Estado cuya ley es elegida por las partes<sup>97</sup>.

Todavía existe incertidumbre con respecto al régimen jurídico en cuanto a la oponibilidad de las garantías creadas bajo ley estadounidense sobre derechos extranjeros, pues la regla general de aplicación de la ley donde se encuentre localizado el otorgante de la garantía puede no ser lo más adecuado para el entorno internacional<sup>98</sup>. Sin embargo, la mayor ventaja del ordenamiento estadounidense es que existe la posibilidad de que el objeto de las garantías pueda estar compuesto por derechos de propiedad industrial e intelectual extranjeros y se registren las garantías en los Estados Unidos. Para los deudores sin domicilio ni establecimiento en los EEUU, el artículo 9 UCC prevé que pueden inscribirse en un registro estadounidense (el de Columbia District), si bien tras el análisis de unas condiciones de equivalencia entre el eventual registro extranjero donde pueda o deba ser registrada la garantía y un registro estadounidense tipo UCC<sup>99</sup>. Ha de precisarse que esta normativa favorece la inscripción de garantías sobre derechos extranjeros, pero no impide que la oponibilidad de la garantía dependa de las normas que rijan el derecho de propiedad industrial correspondiente.

### 3. LAS APORTACIONES DE UNCITRAL

La *Guía sobre las Operaciones Garantizadas* de UNCITRAL (2007) adopta con respecto a los registros una posición flexible<sup>100</sup>. Se recomienda la inscripción de garantías en un registro general de garantías, pero no se recomienda eliminar los registros especiales que admitan las garantías reales sobre propiedad industrial. Tampoco UNCITRAL favorece la doble inscripción de la garantía en el registro general y en el registro especial. La autonomía de los Estados se tiene muy presente, pero se considera una opción que las garantías reales sobre derechos de propiedad industrial e intelectual se inscriban en el Registro General de Garantías, incluso en Estados que tengan registros especiales. En el caso de los derechos de propiedad intelectual no registrados la importancia del registro de garantías general resulta evidente. Sin embargo, cuando el Derecho nacional prevé que la garantía tiene que inscribirse en el registro de la propiedad intelectual para que adquiera oponibilidad la garantía, el *Suplemento* de UNCITRAL no obliga a que deba ser la inscripción en el registro de garantías el momento considerado para la oponibilidad de la garantía<sup>101</sup>. El tipo de registro de garantía que recomienda UNCITRAL es de inscripción de avisos o notificaciones y no de documentos. Este se considera un principio operacional de un moderno sistema de garantías<sup>102</sup>.

Con posterioridad, UNCITRAL ha elaborado otra *Guía sobre la creación de un Registro de Garantías Reales* (2013), con claras influencias provenientes del sistema norteamericano del *artículo 9 del Uniform Commercial Code*, por ejemplo, con indexación de deudores y no de bienes. De modo que el Registro de Garantías Reales de la Guía no excluye la propiedad industrial. De hecho, son frecuentes las remisiones entre las distintas guías de UNCITRAL. Creemos que no añade simplicidad al sistema el hecho de que la propia *Guía sobre las Operaciones Garantizadas* recomienda ambos registros (el Registro General de Garantías y el Registro Especial) en función de la cuestión real de la garantía. Mientras que para la oponibilidad a terceros sugiere como más adecuado el Registro general de garantías reales, para el rango u orden de prelación de una garantía real se inclina abiertamente a que se atienda a la inscripción en el Registro especial pertinente, cualquiera que sea la fecha de registro<sup>103</sup>. En este *Suplemento* se observa cómo convergen las dos ramas jurídicas: el Derecho de las garantías (*Secured transactions law*) y el Derecho de la propiedad industrial e intelectual; pero no lo hacen en una relación de igual a igual, sino que se pone de manifiesto la primacía del segundo Derecho, es decir, el Derecho especial de la propiedad industrial e intelectual.

En conclusión, la eventual adaptación del modelo español de garantías reales a los estándares internacionales no será fácil en caso de existir vo-

luntad política de reformar el Derecho de garantías reales y especialmente, del que afecta a los derechos de propiedad industrial.

## VI. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA: MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA A TRAVÉS DE LA LEY APLICABLE

### 1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La reforma de la ley de patentes del año 2015 modificó los artículos relativos a la hipoteca mobiliaria sobre propiedad industrial e intelectual<sup>104</sup>, destacando que específicamente se prevé de manera abierta la constitución de hipoteca mobiliaria sobre cualquier tipo de propiedad industrial «de conformidad con su Ley reguladora»<sup>105</sup>. En este sentido resulta relevante que no siendo los nombres de dominio un derecho de propiedad industrial típico, se prevea su posibilidad de gravamen según las normas de su correspondiente registro<sup>106</sup>. Con la excepción de los nombres de dominio, la cláusula general de poder otorgar hipoteca mobiliaria sobre «otras cualesquiera modalidades típicas» no resulta práctica con los requisitos de la ley española de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. Nos referimos a que no existe oposición o prohibición a hipotecar cualquier derecho de propiedad industrial, siempre que tenga un valor patrimonial. Sin embargo, es muy dificultoso constituir una hipoteca mobiliaria sobre patentes o marcas extranjeras por un problema estrictamente jurídico.

Con carácter preliminar, debe distinguirse entre los aspectos contractuales y los jurídico-reales en la creación de garantías reales. En el ámbito contractual opera el Reglamento Roma I en la Unión Europea, lo cual permite elegir a las partes la ley aplicable con independencia de la conexión de la misma con la operación garantizada<sup>107</sup>. Sin embargo, para los aspectos jurídico-reales la respuesta tradicional de Derecho internacional privado se encuentra en los ordenamientos estatales en la norma de conflicto de la *lex locis protectionis*, es decir, la ley del país para el que se reclama la protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual, que en nuestro ordenamiento se encuentra en el artículo 10.4 del Código Civil español<sup>108</sup>. El resultado en el régimen español es que con respecto a la constitución, oponibilidad, prioridad y ejecución de la garantía sobre derechos de propiedad industrial no puede elegirse la ley aplicable, pues se trata de una norma imperativa. Sin embargo, un moderno sistema de garantías posee normas de ley aplicable que no tienen por qué coincidir con las normas generales de Derecho internacional privado<sup>109</sup>.

El primer problema sería que las patentes o marcas extranjeras tienen que poder ser objeto de garantía según la ley del Estado para el que se

reclama su protección (*lex loci protectionis*). Dicha ley debe permitir que se puedan constituir garantías extranjeras y, además, debe poder coordinarse el Registro de Bienes Muebles con el Registro de propiedad industrial en el país de la inscripción, lo cual hasta ahora no ha sucedido. Las modificaciones de la LHMPSD deberían haberse realizado pensando de una manera más internacional si era necesario modificar el sistema de garantías sobre los derechos de propiedad industrial, pues ni la forma en que se introduce esa reforma ni los artículos provocan cambios trascendentes. Uno de los ejemplos es que se prevé una coordinación entre el Registro de Bienes Muebles y la Oficina Española de Patentes y Marcas, aclarando que la garantía se encuentra constituida desde la inscripción en el Registro de Bienes Muebles (art. 45.5 LHMPSD) y de igual forma se aclara con respecto a los derechos de propiedad intelectual (art. 45.6 LHMPSD). Sin embargo, esta coordinación se limita a la hipoteca mobiliaria, puesto que otros derechos reales podrían inscribirse directamente en la Oficina de Patentes y Marcas y deberían hacerlo con objeto de tener oponibilidad frente a terceros.

Esta regulación solo mantiene su coherencia interna dentro de un sistema cerrado en el cual las patentes españolas solo puedan darse en garantía mediante la hipoteca mobiliaria regida por la ley española. Si bien no está prohibido, no parece que sea posible una garantía extranjera, pues la coordinación de registros de patentes y garantías solo alcanza a los derechos de propiedad industrial españoles. Por lo tanto, con la reforma de la Ley de Patentes de 2015 en los artículos 45 y 46 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento no se cambia el sistema de garantías mobiliarias. Simplemente se especifican prácticas como la coordinación telemática entre registros y se añaden algunas particularidades, tales como la parte dispositiva con respecto a la extensión del objeto de la hipoteca mobiliaria a los derechos y mejoras de los derechos de propiedad intelectual<sup>110</sup>. El sistema español sigue anclado en el principio de *numerus clausus*, requiriendo la forma de la hipoteca mobiliaria para otorgar como garantía los derechos de propiedad industrial e intelectual, pues estos se encuentran dentro de la lista cerrada del artículo 12 de la LHMPSD, y por tanto, tampoco puede constituirse prenda sin desplazamiento sobre los mismos<sup>111</sup>.

Frente a un sistema exhaustivo de regulación incardinado por el principio *numerus clausus* de lo que puede ser objeto de la garantía, los sistemas abiertos y flexibles en concordancia con las reformas de UNCITRAL cuya base de modelo es el artículo 9 del *Uniform Commercial Code* estadounidense también presentan fragilidades. La poca precisión y vaguedad del término «*general intangible*» puede provocar incertidumbres para el deudor o persona que hipoteca los bienes intangibles, que incluso podrían ser calificados de abusos por la falta de percepción de los concretos derechos de propiedad industrial que son objeto de garantía. La definición de «*general intangible*»



incluye cualquier bien mueble, englobando cosas en acción, que no sean cuentas, papel financiero, reclamaciones de daños y perjuicios comerciales, cuentas de depósito, documentos, bienes, inversiones, derechos sobre cartas de crédito, cartas de crédito, pólizas de seguro, dinero y petróleo, gas u otros minerales antes de su extracción. También incluye pagos intangibles y programas de ordenador<sup>112</sup>. Resulta sorprendente que no se nombre ni a las marcas ni a las patentes como exponentes de la propiedad industrial en la propia ley estadounidense. Pero es que tampoco tienen que nombrarse en el contrato de garantía para que la garantía se considere constituida y ejecutable sobre la marca o patente bajo la ley estadounidense<sup>113</sup>. Evidentemente este sistema da lugar a controversias en procedimientos concursales del deudor donde debe dirimirse la prioridad entre el acreedor garantizado y el administrador concursal.

La publicidad registral a la que se refiere la ley estadounidense es difícilmente comparable con la publicidad registral española, pues carece de calificación registral tal como la entendemos en España<sup>114</sup>. Además, la necesidad de dar un paso más después de constituida la garantía entre privados y tener que registrarla para que adquiera «*perfection*» no es algo automático, sino que depende del tipo de propiedad industrial gravada. Siendo los Estados Unidos un Estado federal existen registros federales y registros estatales, que no suelen estar coordinados entre sí y aumentan el coste de la seguridad jurídica. Un sistema que aboga por la eliminación de las garantías secretas y la publicidad de las garantías se encuentra con un escollo no menor cuando resulta objeto de litigación el lugar de registro de la garantía.

En cambio, el sistema español es un sistema de justicia preventiva a través de distintos medios, empezando por los notarios o fedatarios públicos<sup>115</sup> y la necesidad de inscripción registral en unos registros muy rigurosos cuyo fin es la seguridad jurídica. Este fin primordial de seguridad jurídica no aparece tan marcado en otros sistemas, especialmente aquellos más dinámicos desde el punto de vista tecnológico y protección de la propiedad industrial que favorecen un sistema más eficiente desde la perspectiva del coste para la constitución de garantías. No obstante, debemos advertir que en el ordenamiento estadounidense esa mayor facilidad de otorgamiento de crédito garantizado con propiedad industrial no significa menores problemas en posteriores fases, en particular en una fase concursal del deudor que ha otorgado en garantías todos sus bienes.

## 2. LA PROPUESTA

Desde el plano de Derecho sustantivo, lo recomendable sería armonizar las legislaciones respecto al modo de oponibilidad de la garantía sobre de-



rechos de propiedad industrial en el ámbito europeo. Llegar a un acuerdo sobre los efectos de oponibilidad de la garantía pasa por concesiones tanto de los sistemas más exigentes como de los menos exigentes respecto a los efectos registrales. El registro de marcas de la UE podría servir de fuente de inspiración al menos para las garantías sobre derechos de propiedad industrial europeos. El sistema debería establecer la conexión de los registros europeos donde se inscribieran las garantías y siguiendo una indexación de forma cruzada, para poder identificar bienes y titulares. De esta manera, con independencia de si el Estado miembro inscribe las garantías en un registro de propiedad industrial o lo hace en uno de garantías, lo importante es que esa información sea accesible y esté conectada con los demás registros de la Unión.

Con respecto a la tensión de si un derecho de propiedad industrial puede darse en garantía con una ley distinta a la *lex loci protectionis*, el Suplemento de UNCITRAL marca un punto de inflexión en el tratamiento del régimen jurídico de las operaciones garantizadas sobre propiedad industrial intelectual. Por primera vez, se tienen en cuenta las cuestiones de ley aplicable que suscitan estas operaciones a nivel global. El artículo 99 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Garantías Mobiliarias (2016) que coincide con la recomendación 248 del Suplemento de UNCITRAL se ha considerado la única alternativa para disminuir los costes de las operaciones garantizadas sobre derechos de propiedad industrial. Su solución es híbrida, consiste en amparar la constitución, oponibilidad y prelación de la garantía real por la *lex loci protectionis*; pero dando cabida a la ley del Estado de localización del otorgante de la garantía para los efectos frente a acreedores judiciales y al representante de la insolvencia. Sin embargo, no es una solución definitiva. La adopción de esta recomendación por un concreto Estado parece no poder paliar los problemas que existen cuando son objeto de la garantía derechos de propiedad industrial en un contexto internacional si el resto de Estados no adoptan una perspectiva semejante.

Los Principios sobre Derecho Internacional Privado de la propiedad intelectual o Principios CLIP (2011) del Grupo Europeo Max Planck ofrecen una propuesta más detallada<sup>116</sup>. Los Principios CLIP distinguen entre los aspectos obligacionales y jurídico-reales al modo del Suplemento y de la Ley Modelo de UNCITRAL. Debe destacarse que los académicos que desarrollaron los Principios CLIP discutieron también con algunos especialistas de UNCITRAL en el grupo de operaciones garantizadas<sup>117</sup>. No obstante, los Principios CLIP ofrecen precisiones adicionales con respecto a la ley aplicable en defecto de elección con respecto a la obligación de constituir o ceder una garantía real sobre propiedad intelectual, es decir, los aspectos obligacionales, en cuyo caso recomiendan la ley del Estado en que el otorgante de la garantía tuviera su residencia habitual en el momento

de la celebración del contrato (art. 3:801 CLIP)<sup>118</sup>. También precisan los aspectos que debe regir la ley del Estado de residencia habitual del otorgante, distinguiéndolos de los que han de quedar sometidos a la *lex loci protectionis* (art. 3:802 CLIP). En particular, los requisitos de inscripción en los registros de propiedad industrial, la adquisición de buena fe de un derecho de propiedad industrial o de la garantía sobre tales derechos, así como las cuestiones de rango y los efectos frente a terceros de las garantías reales sobre derechos de propiedad industrial se rigen por la *lex loci protectionis*. Sin embargo, la forma, el alcance, la interpretación y el grado de especificidad del acuerdo de constitución o cesión de la garantía, así como la cuestión de si una garantía real puede constituirse sobre derechos de propiedad intelectual futuros, su oponibilidad y la validez de dicho acuerdo debiera regirse por la ley de residencia habitual del otorgante de la garantía en el momento de constitución de la garantía real. Además, contemplan la posibilidad de una regla de adaptación de la garantía cuando se configura sobre la base de una ley distinta a la *lex loci protectionis* [art. 3:802 (3) CLIP]. En este sentido, cuando el acuerdo por el que se constituye (o cede) la garantía real se configura por la ley de la residencia habitual del otorgante de la garantía y esta no coincide con la ley del Estado protector de los derechos de propiedad industrial, se entiende que a los efectos del registro de propiedad industrial y de los efectos frente a terceros, así como su prelación, es considerada como una garantía real de la ley del Estado protector de los derechos de propiedad industrial que resulte más próxima y compatible con la garantía que las partes tuvieron intención de constituir.

La ley del Estado de residencia habitual del otorgante de la garantía asegura al acreedor que su garantía se constituye sobre los derechos de propiedad industrial objeto de la garantía con independencia de la localización de estos. La ley del Estado de residencia habitual de una de las partes para el otorgamiento de una garantía sobre derechos de propiedad industrial tiene efectos beneficiosos para ambas partes contratantes en la operación de garantía. Dicha ley implica un ahorro de costes directos referidos a la determinación e investigación de las diversas *lex loci protectionis* correspondientes a todos los derechos de propiedad industrial que son objeto de la operación de garantía. En cambio, la *lex loci protectionis* obliga a cumplir con los requisitos de constitución de garantías sobre los derechos de propiedad industrial de cada Estado donde se reclame la protección de los derechos. La conclusión de acuerdos de garantía sobre propiedad industrial con independencia de la ley del Estado protector simplifica la constitución de la garantía sobre bienes inmateriales, lo cual favorece los intereses de las partes de la operación comercial y también la ejecución de las garantía sobre derechos de propiedad industrial. Este hecho en sí mismo puede traducirse en consecuencias positivas para la economía del Estado español.

En contraste, si admitiéramos que la ley del otorgante de la garantía sobre el derecho de propiedad industrial debe regir la oponibilidad de la garantía real, existe riesgo de desconocimiento acerca de las operaciones de garantías constituidas sobre propiedad industrial localizada en países distintos. La falta de conocimiento por parte de terceros ocurriría por diversos motivos: porque las operaciones no se registren en el Estado donde se encuentre el otorgante; o porque aunque se registren, no se coordinen los registros del lugar donde reside el otorgante de la garantía con los registros de la propiedad industrial afectada. La aparente simplificación de la operación, conduciría a importantes dificultades para que las garantías fueran conocidas por terceros. Dichos inconvenientes se ejemplificarían en la posterior oponibilidad de la garantía y afectarían al rango del acreedor garantizado. Esta falta de información conllevaría también problemas en la fase de ejecución de la garantía si solo se conoce su existencia en el país del lugar del otorgante de la garantía, pero no existe ningún tipo de notificación a los registros de propiedad industrial.

Respecto a la ejecución de la garantía real sobre bienes inmateriales debiera seguirse la ley de residencia habitual del otorgante en el momento de constitución de la garantía y no en el momento en que se plantea la ejecución. De esta manera, se evitaría el problema que pudiera darse en caso de desplazamiento del otorgante a otro Estado, dificultad que surge siguiendo el artículo 99 de la Ley Modelo de UNCITRAL. Esta solución sería coherente para posibilitar el tipo de ejecución según la ley del Estado de residencia habitual. El acreedor garantizado estaría protegido, porque se produciría la coordinación entre la ley aplicable a la constitución y a la ejecución de la garantía.

Sin embargo, podrían surgir problemas de reconocimiento cuando se impidiera la ejecución en el Estado de protección de los derechos gravados, porque se calificara como una cuestión de oponibilidad *erga omnes*. La solución podría ser aplicar una norma de adaptación como la que formulan los Principios CLIP para la constitución de la garantía<sup>119</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

I. La legislación española no resulta ser la mejor para el comercio internacional. La LHMPD preveía en los años 50 del pasado siglo lo que muchos países desarrollados no habían legislado. No obstante, dada la evolución de las empresas y sus estructuras modernas donde el valor se ha desplazado hacia los derechos intangibles sería deseable que la legislación de garantías sobre derechos de propiedad industrial fuera más flexible con aras a facilitar las garantías sobre los mencionados derechos en operaciones de financiación.

II. Los registros de propiedad industrial podrían publicar datos cuantitativos sobre las operaciones de derechos de propiedad industrial, en particular transmisiones y garantías otorgadas sobre los mismos para aumentar la transparencia en el mercado de la propiedad industrial, lo cual ayudaría a la valoración de los derechos de propiedad industrial. Dicho aspecto técnico resulta fundamental para el funcionamiento del mercado crediticio basado en garantías mobiliarias sobre derechos de propiedad industrial.

III. Destaca la ausencia de normas materiales de Derecho internacional privado específicas que tengan en cuenta criterios de competencia registral y condiciones de inscripción para las garantías sobre derechos de propiedad industrial extranjeros, así como la necesidad de considerar si es posible usar garantías extranjeras para los derechos de propiedad industrial españoles. Para una posible reforma debería tenerse en cuenta si es preferible la actuación del legislador nacional o europeo. En nuestra opinión, un esfuerzo europeo sería mucho más eficaz para el comercio internacional.

IV. Sin embargo, ello no quiere decir que el legislador español no pueda mejorar su sistema de garantías reales sobre derechos de propiedad industrial en un mundo globalizado. Los avances que se han realizado en foros internacionales podrían servir de inspiración, especialmente los del UNCITRAL y los del grupo europeo de Max Planck. La política legislativa española podría avanzar preservando los beneficios del sistema de garantías reales español e incorporando determinadas mejoras que faciliten la constitución de garantías reales sobre derechos de propiedad industrial tanto nacionales como extranjeros.

## VIII. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

- RDGRN de 29 de noviembre de 1995
- RDGRN de 2 de abril de 2013
- RDGRN de 18 de diciembre de 2019

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALLENBY, G.M., *et al.* (2014). Valuation of Patented Product Features, *Journal of Law and Economics*, Vol. 57, núm. 3, August, 629-663.
- BOSTA, B.G. (2005). Bringing Article 9 up to Speed: The Need for a National Filing System, *University of Dayton Law Review*, Vol. 31, 25-43.
- BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F. (2020). *Manual de Derecho Mercantil*, 27 ed., Vol. 1, Tecnos: Madrid.
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M.J. (2015). *Tratado de los Derechos de los derechos de garantía*, 3.<sup>a</sup> Ed. Tomo II. Aranzadi: Pamplona.

- CHIANALE, A. (2009). La funzione del registri pubblicitari nella costituzione di garanzie reali su privative titolate, *AIDA*, Vol. XVIII, 116-128.
- CIARAMELLA, L., MARTÍNEZ, C., MÉNIÈRE, Y. (2017). Tracking patent transfers in different European countries: methods and a first application to medical technologies, *Scientometrics*, Vol. 112, núm. 2, 817-850.
- CUMING, R.C.C., WALSH, C. (2001). Revised Article 9 of the Uniform Commercial Code: Implications for the Canadian Personal Property Security Acts, *Banking and Finance Law Review*, Vol. 16, 339-389.
- CURTO POLO, M.M. (2017). La hipoteca mobiliaria sobre propiedad industrial e intelectual, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A. (ed.), *Contratos mercantiles*, t. III, Aranzadi: Cizur Menor.
- DE CORES, C., GABRIELLI, C. (2008). *El nuevo Derecho de las garantías reales: Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias*, Reus: Madrid.
- DE LA CÁMARA GARCÍA, F. (2007). La hipoteca mobiliaria e inmobiliaria, en SEQUEIRA A., GADEA, E., y SACRISTÁN F., *La Contratación bancaria*, Dykinson: Madrid.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A. (2017). CLIP, en BASEDOW, J., RÜHL, G., FERRARI, F., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Encyclopedia of Private International Law*, vol. 1, Edward Elgar Publishing: Cheltenham.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2006). *La hipoteca de propiedad intelectual*, Reus: Madrid.
- EUROPEAN MAX PLANCK GROUP ON INTELLECTUAL PROPERTY. (2013). *Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles and Commentary*, Oxford University Press: Oxford.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2005). *El registro de bienes muebles, Los bienes muebles y la preferencia registral de los derechos inscritos*, Marcial Pons: Madrid.
- (2016). Bienes muebles corporales susceptibles de prenda sin desplazamiento. Revisión crítica de la doctrina, *RCDI*, núm. 753, 11-74.
- FISCH, C., SANDNER, P., REGNER, L., (2017). The value of Chinese patents: An Empirical investigation of citation lags. *China Economic Review*, Vol. 45, 22-34.
- GARCÍA SOLÉ, F., GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (2002). *Derecho de los bienes muebles, Financiación y garantías de la contratación inmobiliaria*, 1.ª ed. Marcial Pons: Madrid.
- (2020). *Derecho de los bienes muebles, Financiación y garantías de la contratación inmobiliaria*, 2.ªed., Marcial Pons: Madrid.
- HEINZE, C. (2013). Section 8: Security Rights in Intellectual Property, European Max Planck Group on Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles and Commentary*, Oxford University Press: Oxford.
- JIMÉNEZ GÓMEZ, B.S. (2016). La nueva Ley de Patentes y sus implicaciones en materia de garantías internacionales, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 535-563.
- (2019). Aspectos formales de la constitución de garantías reales sobre derechos de propiedad industrial e intelectual, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año 38, núm. 154, 197-222.

- (2019). Insolvencia transfronteriza y garantías sobre bienes inmateriales. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 30. 227-244.
- (2020). *Las garantías reales sobre bienes inmateriales en el comercio internacional*, Aranzadi: Cizur Menor.
- KOZIOL, G. (2011). *Lizenzen als Kreditsicherheiten*, Mohr Siebeck: Tübingen.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1961). La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y en la prenda sin desplazamiento, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XI, 349-399.
- LUI, C. (2011). Navigating through the Legal Minefield of State and Federal Filing for Perfecting Security Interests in Intellectual Property, *Santa Clara Law Review*, vol. 51, núm. 2, 705-741.
- MAGGI, M. (2009). *Costituzione di garanzie aventi ad oggetto diritti di proprietà intellettuale*, Università degli Studi di Parma, Ciclo XXI.
- MARCO, A.C., *Et al.* (2015). The USPTO Patent Assignment Dataset: Descriptions and Analysis. USPTO Economic Working Paper 2015-2. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2849634>
- MARTIAL-BRAZ, N. (1997). *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, Aix-en-provence, P.U.A.M.
- MURRAY, PETER L. (2020). Valoración desde USA del sistema europeo de justicia preventiva basado en el notariado, Tomo 60, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 19-53.
- MASSAGUER FUENTES, J. (1995). Los requisitos de forma en la contratación de derechos de propiedad industrial e intelectual, *La Ley*, núm. 4, 1166-1180.
- PARR R.L. AND SMITH, G.V. (2017). Determining Royalty Rates, en *Intellectual Property, Valuation, Exploitation and Infringement Damages: 2017 Cumulative Supplement*, ed. Russell L. Parr, and Gordon V. Smith, 4th ed., John Wiley & Sons, Hoboken.
- PAU PEDRÓN, A. (1997). La hipoteca de propiedad intelectual. *RCDI*, núm. 642, 1747-1776.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V. (2019). La pretendida inscripción constitutiva de la hipoteca según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 15 de noviembre de 2018, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 59, 107-148.
- ROJO AJURIA, L. (1989). Las garantías mobiliarias (Derecho de Garantías Mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América, *Anuario de Derecho Concursal*, Tomo XLII, Fascículo III, 717-811.
- ROSENBERG, S.A. (2006). Where to File Against Non-U.S. Debtors: Applying UCC s.9307 (c) rev. to Foreign Filing, Recording and Registration Systems, *UCC Law Journal* vol. 39, núm. 2, 109-283.
- SEUBA I TORREBLANCA, J.C., (1999). Hipoteca mobiliaria de la cuota indivisa de una marca (Comentario a la RDGRN de 29 de noviembre de 1995), *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 29, 219-260.
- TAJTI, T. (2014). Could Continental Europe Adopt a Uniform Commercial Code Article 9-Type Secured Transactions System? The Effects of the Differing Legal Platforms, *Adelaide Law Review*, Vol. 35. núm. 1, 149-178.
- THOMA, G. (2013). Quality and Value of Chinese Patenting. *Seoul Journal of Economics*, Vol. 26. núm. 1, 33-72.

- TOSATO, A. (2018). Secured Transactions and IP Licenses: Comparative observations and reform suggestions, *Law & Contemporary Problems*, Vol. 81, núm. 1, 155-180.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1984). *Estudios sobre garantías reales*, 2 ed., Madrid: Montecorvo.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2013). *La publicidad registral en el tráfico de bienes muebles*, Civitas: Cizur Menor.
- VEIGA COPO, A.B. (2017). *Garantías mobiliarias Ley 1676 de 2013*, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- VIOLA SAURET, J. (1961). Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento a través de los principios, AAMN, Tomo XI, 403-477.
- WARD, T.M. (2001). The Perfection and Priority Rules for Security Interests in Copyrights, Patents and Trademarks: The Current Structural Dissonance and Proposed Legislative Cures, *Maine Law Review*, vol. 52, núm. 2, 391-462.
- WOOD, R.J. (2019). Identifying borrowed sources in secured transactions law reform, *Uniform Law Review*, Vol. 24, No.3, 545-575.

#### DOCUMENTOS CITADOS

- CNUDMI/UNCITRAL, Guía Legislativa de UNCITRAL sobre operaciones garantizadas (2007), disponible en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)
- CNUDMI/UNCITRAL, Guía UNCITRAL sobre la creación de un registro de garantías reales (2013), disponible en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)
- CNUDMI/ UNCITRAL, Suplemento relativo a las Garantías Reales sobre Propiedad intelectual (2009), disponible en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)
- CNUDMI/UNCITRAL, Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias (2016), disponible en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)
- EUROPEAN COMMISSION Staff working Document, (2012). *Towards enhanced patent valorisation for growth and jobs*, Brussels, 21.12.2012, SWD (2012) 458 final.
- WIPO, World Intellectual Property Report (2017). Intangible capital in global value chains, Chapter 4, disponible en <http://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4225&plang=EN>.



## NOTAS

<sup>1</sup> BOE, núm. 352, de 18 de diciembre.

<sup>2</sup> DE CORES, C., GABRIELLI, C. (2008). *El nuevo Derecho de las garantías reales: Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias*, Madrid: Reus, 61.

<sup>3</sup> Resolución de 2 de abril de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles IV de Valencia, por la que se suspende la inscripción de una hipoteca mobiliaria, BOE 23 de abril de 2013.

<sup>4</sup> *Vid.*, por ejemplo, hay 31 marcas españolas que se encuentran entre las mejor valoradas en el ranking europeo de 500 marcas del año 2021. Las marcas españolas tienen un valor conjunto de 84.571 millones de euros, *Brand Finance Europe 500 2021, The Annual Report on the most valuable and strongest European brands*, disponible en <https://brandirectory.com/rankings/europe/> (última consulta 16 de enero de 2022).

<sup>5</sup> GARCÍA SOLÉ, F., GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., (2002). *Derecho de los bienes muebles. Financiación y garantías de la contratación inmobiliaria*, Madrid: Marcial Pons, 23.

<sup>6</sup> Artículos 58-60 de la Ley de Patentes 24/2015, de 24 de julio, BOE núm. 177, 25 de julio de 2015.

<sup>7</sup> Artículo 4 de la Ley de Marcas 2001. La marca es distinta al nombre comercial. El nombre comercial es el signo o nombre para identificar a una empresa en el tráfico mercantil que también se inscribe en la Oficina Española de Patentes y Marcas y necesita su registro válido para su protección y la concesión del derecho de exclusividad para utilizarlo en el tráfico mercantil (art. 2 Ley de Marcas). Los derechos de exclusión que confieren las marcas se encuentran en el artículo 14 de la Ley de Marcas. Dicha protección no debe confundirse con la denominación social que identifica a las empresas en el tráfico jurídico y se inscribe en el Registro Mercantil.

<sup>8</sup> *Vid.* BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F. (2020). *Manual de Derecho Mercantil*, 27 ed., Vol. 1, Madrid: Tecnos, 262-263.

<sup>9</sup> *Vid.*, artículo 46.2 de la Ley de Marcas 2001. En este trabajo, *infra* el epígrafe 2) El papel del registro.

<sup>10</sup> En España se regulan en la Ley de Patentes, artículos 137-150 y su duración es solo de diez años desde la fecha de presentación de la solicitud.

<sup>11</sup> Artículo 1 y 45 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, BOE, núm. 162, 8 de julio de 2018.

<sup>12</sup> El artículo 146 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes se refería al modelo de utilidad como una «invención (que) implica una actividad inventiva si no resulta del estado de la técnica de una manera muy evidente para un experto en la materia». Esta ley estuvo en vigor para las solicitudes presentada antes del 1 de abril de 2017 y se confería la protección de modelo de utilidad con una duración de diez años desde la presentación de la solicitud. El artículo 137.1 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes define a las invenciones que pueden protegerse como modelos de utilidad de la siguiente manera: las invenciones industrialmente aplicables que, siendo nuevas e implicando actividad inventiva, consisten en dar a un objeto o producto una configuración, estructura o composición de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación. Pero mantiene el mismo criterio con respecto a la actividad inventiva (art. 140 LP/2015) y la duración de la protección, produciendo efectos desde la publicación de su concesión en el «Boletín Oficial de la Propiedad Industrial» (art. 148.2 LP/2015).

<sup>13</sup> Ley 11/1988, de 3 de mayo, de protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores, BOE núm. 108, 5 de mayo de 1988.

<sup>14</sup> Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, BOE núm. 8, 10 de enero de 2000, el artículo 20 solo especifica que son transmisibles.



<sup>15</sup> DOUE, L 336/1. 23.12.2015.

<sup>16</sup> En España la Ley 17/1975 de 2 de mayo, sobre creación del Organismo autónomo «Registro de la Propiedad Industrial», BOE núm. 107, de 5 de mayo de 1975 creó el registro específico, aunque existía desde 1903. En 1992 su nombre cambió a Oficina Española de Patentes y Marcas por la disposición adicional primera de la Ley 21/1992 de 16 de julio, de Industria, BOE núm. 176, de 23 de julio de 1992. Actualmente se regula en el Real Decreto 1270/1997, BOE núm. 208, de 30 de junio de 1997.

<sup>17</sup> KOZIOL, G. (2011). *Lizenzen als Kreditsicherheiten*, Tübingen: Mohr Siebeck, 36.

<sup>18</sup> Para un tratamiento extensivo, *vid.* JIMÉNEZ GÓMEZ, B.S. (2020). *Garantías reales sobre bienes inmateriales en el comercio internacional*, Cizur Menor: Aranzadi, 128-136.

<sup>19</sup> Artículo 47 del Real Decreto 316/2017, de 31 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, BOE núm. 78, 1 de abril de 2017 (con posterioridad, Reglamento de Patentes 2017).

<sup>20</sup> Se conocía como Oficina de Armonización del Mercado interior hasta la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015, DO 24/12/2015, L 241/21.

<sup>21</sup> *Vid.*, el artículo 27 del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre la marca de la Unión Europea (versión codificada), DO. 16.6.2017, L 154/1.

<sup>22</sup> Por ejemplo, una prenda, una cesión fiduciaria o una hipoteca mobiliaria.

<sup>23</sup> Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre la marca de la Unión Europea (versión codificada), DO. 16.6.2017, L 154/1.

<sup>24</sup> Guía Legislativa de operaciones garantizadas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2007), disponible en <https://uncitral.un.org/es/>

<sup>25</sup> *Vid.* disposición transitoria de la Orden del Ministerio de Justicia de 19 de julio que aprueba la Ordenanza para el Registro de Bienes Muebles, BOE núm. 172, 20 de julio de 1999.

<sup>26</sup> Por ejemplo, Colombia no contaba con un registro de garantías de bienes muebles hasta la Ley 1676 de 2013, VEIGA COPO, A.B. (2017). *Garantías mobiliarias Ley 1676 de 2013*, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 15.

<sup>27</sup> TAJTI, T. (2014). Could Continental Europe Adopt a Uniform Commercial Code Article 9-Type Secured Transactions System? The Effects of the Differing Legal Platforms, *Adelaide Law Review*, Vol. 35, núm. 1, 149-178, 155.

<sup>28</sup> GARCÍA SOLÉ, F., GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (2020). *Derecho de los bienes muebles, Financiación y garantías de la contratación inmobiliaria*, 2.ª ed., Marcial Pons: Madrid, 164.

<sup>29</sup> *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J.L., La forma constitutiva... *ob. cit.*, 374. VIOLA SAURET, J. (1961). Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento a través de los principios, AAMN, Tomo XI, 403-477, 415. VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1984). *Estudios sobre garantías reales*, 2 ed., Madrid: Montecorvo. PAU PADRÓN, A. (1997). La hipoteca de propiedad intelectual. *RCDI*, núm. 642, 1757, 1768. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M.J. (2015). *Tratado de los Derecho de los derechos de garantía*, 3.ª Ed. Tomo II. Aranzadi: Pamplona, 67. Contra PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V. (2019). La pretendida inscripción constitutiva de la hipoteca según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 15 de noviembre de 2018, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 59, 107-148, se expone que la inscripción no es constitutiva sino obligatoria, 148. MASSAGUER FUENTES, J. (1995). Los requisitos de forma en la contratación de derechos de propiedad industrial e intelectual, *La Ley*, núm. 4, 1166-1180, quien considera que es la inscripción en el registro de la propiedad industrial cuando la hipoteca mobiliaria sobre propiedad industrial se entiende constituida con efectos frente a terceros.

<sup>30</sup> Artículo 10.4 del Código civil, *vid.*, JIMÉNEZ GÓMEZ, B.S. (2020), *Garantías reales...*, *ob. cit.*, 213.

<sup>31</sup> JIMÉNEZ GÓMEZ, B.S. (2020), *Garantías reales...*, *ob. cit.*, 408 y sigs.

<sup>32</sup> DO 2012 L 361/1, 31 de diciembre 2012.

<sup>33</sup> Artículo 7 del Reglamento (UE) 1257/2012.

<sup>34</sup> Artículo 7.1 del Reglamento (UE) 1257/2012.

<sup>35</sup> Artículo 7.3 del Reglamento (UE) 1257/2012.

<sup>36</sup> Artículo 7.2 del Reglamento (UE) 1257/2012.

<sup>37</sup> VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2013). *La publicidad registral en el tráfico de bienes muebles*, Cizur Menor: Civitas, 78.

<sup>38</sup> *Vid.* Ley 1/2019, de 20 de febrero de secretos empresariales, BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019. Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, L 157/1, DO 15.6.2016.

<sup>39</sup> PAU PEDRÓN, A. (1997). La hipoteca de propiedad intelectual, *ob. cit.*, 1770, considera un acierto la previa inscripción del dominio en el caso de la propiedad intelectual en comparación con la laxitud con respecto a la hipoteca del establecimiento mercantil o del arrendamiento.

<sup>40</sup> Artículo 5.2 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886.

<sup>41</sup> *National Peregrine, Inc. v. Capitol Fed. Savings and Loan Ass'n of Denver (In re Peregrine Entertainment)*, 116 B.R. 194 (Bankr. C.D. Cal. 1990).

<sup>42</sup> *In re World Auxiliary Power Co.*, 303 F.3d 1120, 1131 (9th Cir. 2002).

<sup>43</sup> *Vid.*, artículo 45.7 de la LHMPD.

<sup>44</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M.J. (2015). Tratado ...*ob. cit.*, 78; JIMÉNEZ GÓMEZ, B.S. (2019). Aspectos formales de la constitución de garantías reales sobre derechos de propiedad industrial e intelectual, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año 38, núm. 154, 197-222, epígrafe IV.

<sup>45</sup> Disposición final tercera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Financiero y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2013.

<sup>46</sup> *Vid.*, por ejemplo, DE LA CÁMARA GARCÍA, F., (2007), *La hipoteca mobiliaria e inmobiliaria*. En SEQUEIRA A., GADEA, E., y SACRISTÁN F., *La Contratación bancaria*, Madrid: Dykinson, 1249.

<sup>47</sup> Exposición de motivos de la LHMPD.

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2016). *ob. cit.*, 47.

<sup>49</sup> *Vid.*, CURTO POLO, M.M. (2017). La hipoteca mobiliaria sobre propiedad industrial e intelectual. En Bercovitz Rodríguez Cano, A. (ed.), *Contratos mercantiles*, t. III, Cizur Menor: Aranzadi, 1136-1369.

<sup>50</sup> Artículo 1857.2 y 3 del Código civil.

<sup>51</sup> Es el caso de España y de los países de nuestro entorno, como Alemania. Por ejemplo, en la legislación alemana, *vid.* artículos 7 y 27.1 de la *MarkenG* (Ley de marcas alemana).

<sup>52</sup> SEUBA I TORREBLANCA, J.C. (1999). Hipoteca mobiliaria de la cuota indivisa de una marca (Comentario a la RDGRN de 29 de noviembre de 1995), *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 29, 219-260.

<sup>53</sup> Este requisito se complica con respecto a la propiedad intelectual en sentido estricto, donde el cesionario requiere el consentimiento del autor para la hipoteca sobre los derechos de propiedad intelectual, *vid.*, artículo 49 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2006). *La hipoteca de propiedad intelectual*, Madrid: Reus, 135.

<sup>54</sup> 318 F. Supp. 1116 (S.D.N.Y. 1970). Se trata de un caso de compensación de daños y perjuicios por infracción de los derechos de patente donde se determina la cantidad razonable de un *royalty* por una licencia de patente.

<sup>55</sup> Para un ejemplo normativo de este enfoque, *vid.* Norma Tercera de la Resolución de 28 de mayo de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se dictan normas de registro, valoración e información a incluir en la memoria del inmovilizado intangible. BOE núm. 132, de 3 de junio de 2013. También la NIC 38.

<sup>56</sup> En los Estados Unidos, *vid.* *Microsoft Corp. v. Motorola Inc.* 795 F.3d 1024 (9th Cir. 2015). *Ericsson Inc. v. D-Link Sys.* 773 F.3d 1201 (Fed. Cir. 2014).

<sup>57</sup> *Vid.* WORLD INTELLECTUAL PROPERTY REPORT 2017: *Intangible capital in global value chains, Chapter 4*, disponible en <http://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4225&plang=EN>.

<sup>58</sup> PARR R. L., SMITH, G.V. (2017). Determining Royalty Rates, in *Intellectual Property, Valuation, Exploitation and Infringement Damages: 2017 Cumulative Supplement*, ed. Russell L.L. Parr, and Gordon V. Smith, 4th ed., Hoboken: John Wiley & Sons, 131-132.

<sup>59</sup> OMPI, *Valuing Intellectual Property Assets*, disponible en [https://www.wipo.int/sme/en/value\\_ip\\_assets/](https://www.wipo.int/sme/en/value_ip_assets/) (última consulta 16 de enero de 2022).

<sup>60</sup> THOMA, G. (2013). Quality and Value of Chinese Patenting. *Seoul Journal of Economics*, Vol. 26, núm. 1, 33-72, 35.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> *Vid.*, FISCH, C., SANDNER, P., REGNER, L., (2017). The value of Chinese patents: An Empirical investigation of citation lags. *China Economic Review*, Vol. 45, 22-34.

<sup>63</sup> BRIAN WOMACK, ZACHARY TRACER, Google Agrees to Acquire Motorola Mobility for \$12.5 Billion, *Bloomberg* (15 de agosto de 2011).

<sup>64</sup> Patent Value Quotient, Third quarter 2012, IPOffering <https://ipofferings.com/drawings/oct12/PatentValueQuotient-3Q2012-Report.121029.pdf>

<sup>65</sup> Patent Value Quotient, Full Year 2015, IPOffering, <https://ipofferings.com/drawings/Dec2016/2015-FY-PVQ-Report.pdf>

<sup>66</sup> El estudio de 300000 inscripciones en la Oficina Europea de Patentes y los registros nacionales de Francia, Alemania, Suiza y España de CIARAMELLA, L., MARTÍNEZ, C., MÉNIÈRE, Y. (2017). Tracking patent transfers in different European countries: methods and a first application to medical technologies, *Scientometrics*, Vol. 112, núm. 2, 817-850.

<sup>67</sup> La Oficina de Patentes y Marcas de EEUU ya provee estos datos, lo cual facilita el estudio empírico del mercado de patentes. *Vid.*, MARCO, A.C., MYERS, A.F., GRAHAM, S.J.H., D'AGOSTINO, P.A., APPLE, K. (2015). The USPTO Patent Assignment Dataset: Descriptions and Analysis, (July). USPTO Economic Working Paper 2015-2. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2849634>

<sup>68</sup> *Vid.* Commission Staff working Document, *Towards enhanced patent valorisation for growth and jobs*, Brussels, 21 de diciembre de 2012, SWD (2012) 458 final, 17.

<sup>69</sup> ALLENBY, G.M., BRAZELL, J., HOWELL, J.R., ROSSI, P.E., (2014). Valuation of Patented Product Features, *Journal of Law and Economics*, Vol. 57, núm. 3 (August), 629-663.

<sup>70</sup> *Ibid.*, 630.

<sup>71</sup> *Final Report from the Expert Group on Intellectual Property Valuation*, (2013). Brussels: European Union, 75-79, disponible en [https://ec.europa.eu/research/innovation-union/pdf/Expert\\_Group\\_Report\\_on\\_Intellectual\\_Property\\_Valuation\\_IP\\_web\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/research/innovation-union/pdf/Expert_Group_Report_on_Intellectual_Property_Valuation_IP_web_2.pdf).

<sup>72</sup> *Vid.* Orden ECO/805/2003 de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras, última modificación 2 de diciembre de 2015.

<sup>73</sup> *Vid.* TOSATO, A. (2018). Secured Transactions and IP Licenses: Comparative observations and reform suggestions, *Law & Contemporary Problems*, Vol. 81, núm. 1, 155-180, especialmente 161-162.

<sup>74</sup> *Vid. supra.* el epígrafe III.1. Exigencia de un registro previo a la obtención de la garantía.

<sup>75</sup> *Vid.* JIMÉNEZ GÓMEZ, B.S. (2019). Aspectos formales de la constitución de garantías reales sobre derechos de propiedad industrial e intelectual, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año 38, núm. 154, 197-222.

<sup>76</sup> *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J.L. (1961). La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y en la prenda sin desplazamiento, *AAMN*, Tomo XI, 349-399.

<sup>77</sup> Para el Derecho francés, *vid.* MARTIAL-BRAZ, N. (1997). *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, Aix-en-provence, P.U.A.M, 95. Para el Derecho italiano, *vid.* CHIANALE, A. (2009). La funzione del registri pubblicitari nella costituzione di garanzie realie su privative titolate, *AIDA*, vol. XVIII, 116-128, 124.

<sup>78</sup> *Vid.*, el artículo 20 de la Ley francesa de 5 de julio de 1944.

<sup>79</sup> En los negocios constitutivos de garantía, el artículo 138 del C.P.I. italiano obliga a que se deposite una copia del documento en la Oficina de Patentes y Marcas sin exigir que sea un documento público.

<sup>80</sup> Como ocurre con la oficina de patentes y marcas italiana, *vid.* MAGGI, M. (2009). *Costituzione di garanzie aventi ad oggetto diritti di proprietà intellettuale*, Università degli Studi di Parma, Ciclo XXI, 58.

<sup>81</sup> El Derecho español se adaptó a la libertad de forma impuesta en los Tratados internacionales, como el Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Marcas de 27 de octubre de 1994.

<sup>82</sup> *Vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2005). *El registro de bienes muebles, Los bienes muebles y la preferencia registral de los derechos inscritos*, Madrid: Marcial Pons, 77.

<sup>83</sup> *Cf.*, el artículo 3 de la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de junio de 2002 sobre acuerdos de garantía financiera, DO L 168, 27.6.2002, modificada por la Directiva 2009/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de mayo de 2009, DO L 146, 10 de junio de 2009.

<sup>84</sup> *Vid.*, el artículo 8.1 del 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, BOE núm. 62, 14 de marzo de 2005.

<sup>85</sup> *Vid.* Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de diciembre de 2019, Fundamento de Derecho 2. (BOE número 63, jueves 12 de marzo de 2020). Manifestándose sobre una hipoteca mobiliaria de varias marcas nacionales, (dado el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca el procedimiento de ejecución hipotecaria se desarrolla sobre la base de los pronunciamientos registrales. Por ello el tipo para subasta no solo se hace constar en la escritura de constitución de la hipoteca, sino también en la propia inscripción causada por aquella (cfr. art. 130 LH).

<sup>86</sup> Artículo 682.2. apartado 1 de la LEC.

<sup>87</sup> Nótese el cambio de rúbrica de la sección segunda del capítulo I del título V de la LHMPD por la disposición final 13.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio.

<sup>88</sup> *Vid.*, artículo 86 de la LHMPD.

<sup>89</sup> *Vid.*, artículo 87 de la LHMPD.

<sup>90</sup> Resolución de la DGRN de 18 de diciembre de 2019, Fundamento de Derecho 2. (BOE número 63, jueves 12 de marzo de 2020).

<sup>91</sup> Resolución de la DGRN de 18 de diciembre de 2019, Fundamento de Derecho 10.

<sup>92</sup> Artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria (redacción Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario).

<sup>93</sup> WOOD, R.J. (2019). Identifying borrowed sources in secured transactions law reform, *Uniform Law Review*, Vol. 24, núm. 3, 545-575, para. II. 3.

<sup>94</sup> ROJO AJURIA, L. (1989). Las garantías mobiliarias (Derecho de Garantías Mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América, *Anuario de Derecho Concursal*, Tomo XLII, Fascículo III, 717-811.

<sup>95</sup> BOSTA, B.G. (2005). Bringing Article 9 up to Speed: The Need for a National Filing System, *University of Dayton Law Review*, vol. 31, 25-43, 29.

<sup>96</sup> LUI, C. (2011). Navigating through the Legal Minefield of State and Federal Filing for Perfecting Security Interests in Intellectual Property, *Santa Clara Law Review*, vol. 51, núm. 2, 705-741, 708. WARD, T.M. (2001). The Perfection and Priority Rules for Security Interests in Copyrights, Patents and Trademarks: The Current Structural Dissonance and Proposed Legislative Cures, *Maine Law Review*, vol. 52, núm. 2, 391-462.

<sup>97</sup> JIMÉNEZ GÓMEZ, B.S. (2020). *Garantías reales...*, *ob. cit.*, 242-243.

<sup>98</sup> CUMING, R.C.C., WALSH, C. (2001). Revised Article 9 of the Uniform Commercial Code: Implications for the Canadian Personal Property Security Acts, *Banking and Finance Law Review*, Vol. 16, 358-359.

<sup>99</sup> ROSENBERG, S.A. (2006). Where to File Against Non-U.S. Debtors: Applying UCC s.9307 (c) rev. to Foreign Filing, Recording and Registration Systems, *UCC Law Journal* vol. 39, núm. 2, 109-283.

<sup>100</sup> *Vid.* Guía Legislativa de UNCITRAL sobre operaciones garantizadas (2007), disponible en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

<sup>101</sup> *Vid.* Suplemento relativo a las Garantías Reales sobre Propiedad intelectual (2009), disponible en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

<sup>102</sup> WOOD, Identifying borrowed..., *ob. cit.*, para. II. 3 (este principio operacional se da tanto en la Guía Legislativa de UNCITRAL, la Ley Modelo y los sistemas de PPSA, Personal Property Security Act).

<sup>103</sup> *Vid.*, párr. 65 de la Guía UNCITRAL sobre la creación de un registro de garantías reales (2013).

<sup>104</sup> Disposición final primera de la Ley 24/2015 de 24 de julio, de Patentes, entrando en vigor a partir del 1 de abril de 2017.

<sup>105</sup> *Vid.*, artículo 45.1 de la LHMPD tras la reforma operada por la Ley 24/2015, de 24 de julio, que entró en vigor el 1 de abril de 2017.

<sup>106</sup> *Vid.*, artículo 45.5 de la LHMPD.

<sup>107</sup> *Vid.*, artículo 3 del Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), L 177/6, 4 de julio de 2008.

<sup>108</sup> JIMÉNEZ GÓMEZ, B.S. (2016). La nueva Ley de Patentes y sus implicaciones en materia de garantías internacionales, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 535-563.

<sup>109</sup> WOOD, Identifying borrowed ...*ob. cit.*, para. II. 3.

<sup>110</sup> Artículo 45.4 de la LHMPD y compárese con el artículo 46.5 de la LHMPD.

<sup>111</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2016). Bienes muebles corporales susceptibles de prenda sin desplazamiento. Revisión crítica de la doctrina, núm. 753, *RCDI*, 11-74, 16.

<sup>112</sup> §9-102 (a)(42) *Uniform Commercial Code*.

<sup>113</sup> Por ejemplo, *Moldo v. Matsco, Inc. (In re Cybernetic Serv., Inc.)*, 252 F.3d 1039, 1045 (9th Cir. 2001) donde la palabra patente no aparecía en el contrato de garantía. *Roman Cleanser Co. v. Nat'l Acceptance Co. of Am.*, 802 F.2d 207, 208 (6th Cir. 1986) donde tampoco se refería específicamente el contrato de garantía a las marcas ni a la lista de clientes que fueron objeto de controversias en un posterior procedimiento concursal.

<sup>114</sup> *Vid.* Para un mayor detalle de este principio, JIMÉNEZ GÓMEZ, B.S. (2020). *Garantías reales sobre bienes inmateriales en el comercio internacional*, 130.

<sup>115</sup> *Vid.* MURRAY, P.L. (2020). Valoración desde USA del sistema europeo de justicia preventiva basado en el notariado, tomo 60, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 19-53, disponible en [http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/Paginas/Academia\\_Resultados.asp](http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/Paginas/Academia_Resultados.asp)

<sup>116</sup> EUROPEAN MAX PLANCK GROUP ON INTELLECTUAL PROPERTY, (2013). *Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles and Commentary*, Oxford: Oxford University Press.

<sup>117</sup> DE MIGUEL ASENSIO, P.A. (2017). CLIP. En BASEDOW, J., RÜHL, G., FERRARI, F., DE MIGUEL ASENSIO, P.A, *Encyclopedia of Private International Law*, vol. 1, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 372.

<sup>118</sup> HEINZE, C. (2013). Section 8: Security Rights in Intellectual Property, European Max Planck Group on Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles and Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 352-353.

<sup>119</sup> Artículo 3:802 (3) CLIP.

*(Trabajo recibido el 29 de noviembre de 2021 y aceptado  
para su publicación el 13 de enero de 2022)*



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

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

por

IÑIGO MATEO VILLA

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

---

\* Este trabajo constituye la primera 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. El artículo originalmente premiado ha sido partido y reducido para adaptarlo a las exigencias editoriales, enriqueciéndose con reflexiones, propios y ajenas, posteriores a la concesión del premio. Puede contactar con el autor por e-mail en [imateovilla@gmail.com](mailto:imateovilla@gmail.com),



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

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

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

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

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS PRINCIPIOS DE ALTERNATIVIDAD Y EXCLUSIVIDAD.—III. EL TEXTO DEL ARTÍCULO Y SU INCLUSIÓN EN LA LEY HIPOTECARIA.—IV. RECURSOS INTERPRETATIVOS.—V. ¿EXISTE UNA CAUSA CONCILIANDI?

---

Twitter: [https://twitter.com/inigo\\_mateo](https://twitter.com/inigo_mateo) y LinkedIn: [www.linkedin.com/in/inigomateo](http://www.linkedin.com/in/inigomateo). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5255-2750>; Publons and Web of Science ResearcherID L-1327-2017, Dialnet: 2124932 Google-Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=fivrN5wAAAAJ&hl=en&oi=ao>, Obra realizada en el marco del proyecto de investigación DER 2017-82705-R del Programa Estatal de I+D+i orientada a los Retos de la Sociedad, del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad que lleva por título: «Soluciones jurídicas y económicas al problema inmobiliario turístico». Cómo citar: Mateo Villa, Í. (2021). «Del artículo 103bis de la Ley Hipotecaria: la conciliación tramitada por el registrador. (Primera parte)». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 789, págs. 360.

—VI. NEGOCIO SIMULADO Y DISIMULADO.—VII. LAS MUTUAS CONCESIONES.—VIII. COMPETENCIA MATERIAL Y FUNCIONAL Y TERRITORIAL.—IX. TRAMITACIÓN POR REGISTRADOR INCOMPETENTE.—X. CONCLUSIONES.—XI. RESOLUCIONES.—XII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

«Conciliación» ha pasado de denominación genérica a término técnico con significación propia en Derecho: de referirse a cualquier procedimiento por el que las partes resolvían un litigio, jurídico o no, poniéndose de acuerdo, por sí o con la asistencia de un tercero que no resolvía ni imponía su solución a las partes, en lo sucesivo, por méritos de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), se definirá como el «procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos jurídicos (en lo sucesivo, PERC) iniciado a instancia de parte mediante solicitud expresa, dirigida a uno de los tres cuerpos de funcionarios del Estado competentes para su tramitación, a saber: letrados de la Administración de Justicia (antiguos secretarios judiciales), registradores de la propiedad, mercantil y de bienes muebles o, por último, notarios». Advirtamos al lector que esta definición puede verse afectada por la pretensión del legislador de introducir la «conciliación privada» en su Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia —figura que, en realidad, no es otra cosa que el medianero del Código Civil (en adelante, CC)— y que podría definirse como la tramitada por tercero, distinto de los funcionarios citados.<sup>1</sup>

Pero la LJV ni crea los PERC en general —pues ya estaban previstos en el Código Civil: tanto como contrato, en los artículos 1809 y siguientes reguladores de la transacción, como por referencia al tercero auxiliador de las partes, para que estas alcancen un acuerdo: el medianero y amigable componedor de los artículos 402 y 1713 párrafo II.º del Código Civil; en la Ley de arbitraje de 1953 (que deroga la regulación sobre los compromisos del Código Civil [arts. 1820 y 1821]; en lo sucesivo, LA 1953) y, más recientemente, en la Ley de mediación de 2012 (en lo sucesivo, LM)—, ni la conciliación registral en particular, pues esta ya se regulaba con anterioridad en la Ley Hipotecaria (en lo sucesivo, LH) y, más concretamente, en sus artículos 209 —desavenencias por razón de una doble inmatriculación—, 210 —del expediente de liberación de cargas y gravámenes— y 217 —rectificación de errores contenidos en los asientos registrales— los dos primeros, de muy reciente factura, al haber sido introducidos por 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, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo (en lo sucesivo, Ley de reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro), que precedió en apenas unos días a la LJV. Esta cercanía temporal ha hecho sostener a DELGADO RAMOS (2017) —a nuestro parecer, acertadamente— que ambas normas —Ley de reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro, y LJV— forman un mismo proyecto legislativo, dirigido, entendemos, a dinamizar la resolución en España de litigios jurídicos por la vía implicar a nuevos cuerpos de funcionarios peritos en Derecho, distintos del judicial, siempre que aquellos sean de la libre disposición de las partes. Y una de las vías elegidas por la LJV ha sido la de implicar a los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, haciendo que su función conciliatoria pase de excepcional —solo ciertos litigios— a ordinario —todo conflicto resoluble directamente por las propias partes, sin necesidad de intervención judicial— porque el legislador ha entendido que tal función se acomoda naturalmente a las capacidades técnicas de los registradores en las áreas del Derecho civil, mercantil y urbanístico, y a la posición que ocupan en el tráfico como operadores jurídicos colateralizadores de derechos, estructuralmente independientes

Dentro de los PERC, la conciliación se clasifica de acuerdo con los siguientes criterios: es (i) típico porque la LJV añade a la LH el «Título IV BIS De la conciliación» que incluye un nuevo artículo 103 bis LH, (ii) voluntario; empero, el legislador ha intentado en el pasado para la mediación y lo está pretendiendo en la actualidad para todo PERC que su tramitación sea condición previa necesaria para poder acceder al circuito judicial (art. 7 del Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles [obligatoriedad que no pasó, sin embargo, a la Ley de mediación; en lo sucesivo, Anteproyecto de LM] y denominado «requisito de procedibilidad» en el apartado cincuenta y uno de modificación del artículo 403 apartado segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil [en adelante, LEC] del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia [en lo sucesivo, Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal]); (iii) autocompositivo, porque la solución al litigio no viene impuesta desde fuera por un tercero —juez, árbitro— sino libremente aceptada por las partes, con la intervención de un (iv) «tercero-auxiliar» que no decide el litigio —como sí hace, en cambio, el juez o un árbitro— sino que simplemente asiste o auxilia a las partes procesal y sustantivamente: tramitando el procedimiento administrativo y, si las partes lo permiten, ofreciéndoles posibles soluciones ajustadas a Derecho para superar la desavenencia, (v) donde el tercero-auxiliar debe existir y ser uno de los previstos por la LJV y no otro —esto es, letrado de la Administración de Justicia, registrador, notario—, de manera que ningún PERC puede designarse como «conci-

liación» si su intervención en condición de tales en que el tercero-auxiliar (vi) tiene necesariamente formación jurídica de acuerdo con los programas para la aprobación de las respectivas oposiciones, de suerte que ninguna conciliación podrá tramitarse por funcionario lego en Derecho; de lo que resulta que el contenido del acuerdo de conciliación, (vii) de alcanzarse, queda siempre y en todo caso controlado de legalidad por el tercero-auxiliar; en que (viii) este tercero-auxiliar tiene necesariamente la condición de funcionario público de lo que resulta que (ix) el título formal que contenga el acuerdo o desacuerdo de conciliación —léase, el acta— será siempre y en todo caso documento público; ídem del anterior para la certificación o documento con funciones semejantes que lo recojan, emitida por secretario judicial, registrador o notario y, consecuencia de lo anterior, (x) se presumirá su certeza, veracidad o autenticidad, lo que le concede fuerza probatoria especial (arts. 317 y sigs. LEC), será (xi) ejecutivo —característica propia de la esfera procesal-judicial— (cfr. art. 517 LEC) y será (xii) inscribible en los registros jurídicos de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles (art. 3 LH: los títulos que se inscriban deben constar «consignados en [...] documento auténtico expedido por [...] el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos»). La conciliación deberá (xiii) necesariamente acabar por escrito mediante acta de acuerdo, desacuerdo o no comparecencia de una de las partes en litigio, acta de la que se emitirá la oportuna certificación a instancia de parte interesada (art. 146 LJV) y, por último, que (xiv) por el número de impulsos procesales que necesita para alcanzar un título equivalente en términos de mercado al de la sentencia (esto es: acuerdo que resuelva el litigio, controlado de legalidad en cuanto a la solución y redacción, y formalizado en documento público) es de un solo impulso procesal, por lo que ofrece los menores costes agregados dentro del universo de PERC posibles<sup>2</sup>.

En otro orden de cosas, todo procedimiento administrativo —incluyendo como tal el judicial— tramitado a instancia de parte se desarrolla, en lo que aquí interesa, en tres fases: (i) solicitud, (ii) desarrollo y (iii) resolución del órgano intimado. Siguiendo este esquema, la conciliación en general y la registral en particular ofrecen, empero, ciertas especialidades entre las que destacan, sin ánimo exhaustivo, las siguientes: (i) el procedimiento es en todo momento voluntario, de manera que cualquiera de las partes puede, en todo momento y sin mediar explicación, abandonarlo; (ii) las partes pueden negociar entre ellas cómo se desenvolverá la fase de desarrollo, esto es, la negociación, (iii) la solicitud de conciliación se asienta en el Libro de Entrada y no en el Diario, pues se trata de un documento privado que, además, no contiene un negocio perfecto; por último, (iv) el procedimiento conciliatorio no finaliza con una resolución del órgano administrativo actuante sino con un acta que recoge el acuerdo o el hecho de desacuerdo de las partes,

mediante auto en la conciliación judicial y acta en la registral, acuerdo del que, como se dijo, posteriormente se dará publicidad a instancia de parte (mediante testimonio o certificación, respectivamente [artículos 145.4 y 146 LJV] y certificación en todo caso para la registral). Por su parte, la calificación para su inscripción registral del testimonio judicial o de la certificación registral que contengan el acuerdo de conciliación no constituye ya una fase conciliatoria sino de inscripción, que se regirá por las reglas generales aplicables al resto de documentos susceptibles de inscripción y excede de este artículo salvo en cuanto a ciertas precisiones que podamos hacer al respecto.

Diseccionaremos el procedimiento de tramitación de conciliación ante el registrador y expondremos numerosas cuestiones discutibles, para alguna de las cuales no podremos ofrecer una solución definitiva pero sí establecer los términos del debate. A tal efecto, consideraremos un modelo simplificado en que una de las partes entrega de presente o promete entregar en el futuro una cosa a la otra a cambio de la renuncia que haga esta última de la acción judicial que le corresponda. Ciertamente, la realidad es más compleja; los litigios están constituidos por reclamaciones, prestaciones, entregas y renunciaciones de acción cruzadas, pero la agregación no ofrece una dinámica distinta que la desagregada.

No es el nuestro, en cambio, un estudio exhaustivo sobre todos los aspectos relacionados con el acuerdo de conciliación: dejaremos algunos al margen por estar ya suficientemente resueltos por la doctrina estudiosa de la transacción, como son, sin ánimo exhaustivo, la capacidad de las partes, los derechos transaccionables, (que son los transmisibles), la conciliación en el ámbito concursal, la celebrada cuando uno de los litigantes tenga la consideración de administración pública, la que se pretenda en evitación de litigios por herencia futura o, por último, los supuestos en que la LJV establezca la competencia territorial o material en favor de un funcionario concreto. Nuestro objeto principal de estudio es la conciliación registral por desavenencias patrimoniales o principalmente patrimoniales, que será, aventuramos, la que de ordinario se plantee en los despachos registrales.

No podemos finalizar estas líneas sin mostrar nuestro agradecimiento a las numerosas personas que nos han ayudado con sus conversaciones y reflexiones, entre otros: a la profesora titular de Derecho civil de la Universidad de Barcelona, doña Isabel VIOLA DEMESTRE, autora de la interesante obra *El contrato de transacción en el Código Civil* (2003), el tiempo, paciencia y atención que nos dedicó. Esta obra debería ser leída como actualización de *La transacción* (1964) de don Antonio GULLÓN BALLESTEROS; a don Fernando TORIBIOS FUENTES, procurador de los tribunales, autor del comentario del artículo 103 bis LH en *Comentarios a la Ley Hipotecaria* y cuyas galeradas de la segunda edición hemos empleado para este trabajo; y, por último, a todos los registradores cuyos

comentarios resultaron especialmente valiosos para enriquecer este trabajo. Comencemos.

## II. LOS PRINCIPIOS DE ALTERNATIVIDAD Y EXCLUSIVIDAD

El principio de alternatividad supone la libertad de que goza el usuario del servicio de conciliación para elegir al funcionario que desee que la tramite, lo que supone «una ampliación de los medios que esta Ley pone a su disposición para garantizar sus derechos. Constituye una garantía para el ciudadano, que ve optimizada la atención que se le presta, al poder valorar las distintas posibilidades que se le ofrecen para elegir aquella más acorde con sus intereses» (preámbulo VI LJV). Para que la alternatividad resulte efectiva, debe regir un segundo principio, el de suficiencia, esto es, que cada funcionario elegible esté provisto de las facultades necesarias para tramitar por sí la totalidad de la conciliación —de «competencias compartidas» nos habla el preámbulo VI LJV—, sin necesidad de recurrir a otros funcionarios, lo que exige que aquellos sean de igual condición, esto es: funcionarios públicos y juristas. Resulta entonces que la LJV regula la conciliación —una sola pues «puede *también* celebrarse, a elección de los interesados, ante Notario o Secretario judicial» (art. 103 bis.1 párrafo I.º *in fine* LH; las cursivas son nuestras)— que será tramitable de principio a fin por tres clases de funcionarios —registrador de la propiedad, letrado de Administración de Justicia o, por último, notario—, cada uno de ellos según el procedimiento que les resulte propio de acuerdo con la legislación a la que estén sujetos, así: LH, LEC y Ley del notariado (en lo sucesivo, LN). La alternatividad tiene, pues, dos aspectos: uno de capacidad y otro de elección procesal; o, desde el punto de vista de los agentes implicados, la alternatividad del funcionario y la del usuario: la primera hace referencia a la igual capacidad —técnico-jurídica y procesal— de todos los funcionarios competentes para tramitar la conciliación en su totalidad; la segunda, a la libertad del usuario para elegir entre todos ellos a aquel que le genere una mayor confianza. Y como ya hemos expuesto para la tramitación de la conciliación, sucede que la elección del tramitador por el usuario también se rige por las leyes específicas reguladoras de cada funcionario competente: de manera directa en el caso de los notarios y de forma más o menos indirecta para registradores, jueces (véase art. 415 LEC) y letrados de la Administración de Justicia: por razón del foro libremente elegido por el usuario o por reparto en los registros pluripersonales o pluralidad de juzgados en una misma demarcación (arts. 44 y siguientes, especialmente 50-53 LEC para el foro predeterminado y 54-57 LEC para su libre elección).

El legislador defendió durante todo el *iter* normativo el principio de exclusividad o reparto, de manera que distribuía la competencia para conciliar entre cada clase de funcionario según el contenido del litigio; sin embargo, en el último momento se decidió por sancionar la solución radicalmente contraria, de suerte que, en lo sucesivo, todo funcionario sería competente para tramitar —salvo excepciones— cualquier litigio. Por añadidura, solo en el último momento legislativo se introdujo el artículo 103 *bis* LH —más concretamente, en el Senado con la enmienda 785 del Grupo Parlamentario Popular—, como competencia conciliatoria registral general. La adopción de estas dos decisiones a última hora —inclusión del principio de alternatividad y atribución a los registradores de la competencia conciliatoria general— dio lugar a un preámbulo apresuradamente corregido y a un texto legislativo que no se adaptó a los nuevos principios ni reguló un procedimiento conciliatorio registral específico. Y de ahí que la correcta inteligencia del artículo 103 *bis* LH —tanto en cuanto a la competencia del registrador para conciliar como al procedimiento que haya de seguir— exija su interpretación a la luz del (nuevo) preámbulo que debe ser a su vez cuidadosamente comparado con el que le precedió, para resolver el alcance del nuevo presupuesto de alternatividad perseguido<sup>3</sup>.

Por su interés, transcribimos en lo que interesa la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, Anteproyecto de LJV)<sup>4</sup>

*«El marco constitucional en el que se desenvuelve la tutela judicial , no supone, por otra parte ningún obstáculo en esta materia, para racionalizar el sistema, redistribuir entre Jueces y secretarios las competencias asignadas al órgano jurisdiccional y desjudicializar aquellos supuestos que por su propia naturaleza jurídica, comprenden a otros profesionales del derecho, en especial Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en atención a su especialización y a la competencia funcional que se les reconoce por el Ordenamiento Jurídico».* (EM III)

*«Se ha considerado asimismo razonable que determinadas competencias en la actualidad atribuidas a la Judicatura [...] sean atribuidas de forma compartida a Secretarios Judiciales y Notarios, como titulares respectivos de fe pública judicial y extrajudicial, lo que implicaría la posibilidad de que el usuario pudiese optar por acudir a unos u otro de los agentes jurídicos para la formalización de las correspondientes actuaciones. Asimismo se ha procedido a desjudicializar determinados supuestos en el marco de los derechos reales y en el del derecho societario y atribuir su competencia a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, así como en el marco del derecho hereditario, mediante el reconocimiento de este ámbito de la competencia notarial».* (las redondas son nuestras; EM IV).



*Ergo*: quedaba ya definido qué se entendía por el principio de alternatividad (que bien podría denominarse de equivalencia), resultando aplicable sólo a notarios y secretarios judiciales (actuales letrados de la Administración de Justicia).

La exposición de motivos del Proyecto de LJV, empero, cambia el criterio y deja sin efecto el principio de alternatividad, así:

*«La Ley de la Jurisdicción Voluntaria, [...] en la búsqueda de la optimización de los recursos públicos disponibles, opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos [...] a los Secretarios judiciales, a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. 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» (EM, V).*

*«Solo cabe esperar, pues, beneficios para todos los sujetos implicados en la jurisdicción voluntaria: para el ciudadano, en la medida en que ello debe tener como consecuencia, cuando precise la actuación del Estado para la actuación de un determinado derecho, una mayor efectividad de sus derechos sin pérdida de garantías; para Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, por la nueva dimensión que se les da como servidores públicos, consecuente con su real cualificación técnica y el papel relevante que desempeñan en el tráfico jurídico; y, en último término, para Jueces y Magistrados, que pueden centrar sus esfuerzos en el cumplimiento de la esencial misión que la Constitución les encomienda, como exclusivos titulares de la potestad jurisdiccional y garantes últimos de los derechos de las personas.*

*La distribución de los asuntos entre estos profesionales se ha realizado siguiendo criterios de racionalidad, buscando desde el primer momento el máximo consenso con los colectivos implicados. El objetivo trazado en el plan inicial era asignar cada materia a aquel operador jurídico a quien, por su cercanía material o por garantizar una respuesta más pronta al ciudadano, era aconsejable que se hiciera cargo de su conocimiento; o a aquel a quien, en virtud de la naturaleza del interés o del derecho en juego, le fuera constitucionalmente exigible encargarse de la tramitación de dicha materia.*

*Para el mejor cumplimiento de esos fines, la Ley de Jurisdicción Voluntaria, a diferencia de algunos intentos anteriores de regulación, trata de evitar en la medida de lo posible la alternatividad entre los juzgados y otros operadores jurídicos, es decir, la posibilidad de acudir indistintamente a diferentes operadores para la obtención de un mismo efecto jurídico. Con ello se conjura la producción de duplicidades indeseables, contribuyéndose también a la*



*clarificación de las funciones de cada uno y, con ello, a la seguridad jurídica, también exigible y relevante en este tipo de negocios jurídicos». (Las redondas son nuestras; EM VI)*

Compárense ahora los dos textos anteriores —especialmente el último— con el del preámbulo de la LJV, que «finalmente [...] ha optado, con carácter general, por la alternatividad entre diferentes profesionales [...]. Se establecen competencias compartidas»:

*«El objetivo trazado en el plan inicial era asignar cada materia a aquel operador jurídico [secretarios judiciales, registradores y notarios] a quien, por su cercanía material o por garantizar una respuesta más pronta al ciudadano, era aconsejable que se hiciera cargo de su conocimiento; o a aquel a quien, en virtud de la naturaleza del interés o del derecho en juego, le fuera constitucionalmente exigible encargarse de la tramitación de dicha materia. Sin embargo, finalmente se ha optado, con carácter general, por la alternatividad entre diferentes profesionales [...]. Se establecen competencias compartidas entre Secretarios judiciales, Notarios o Registradores, lo que es posible atendiendo a que son funcionarios públicos y a las funciones que desempeñan: [...] los Registradores tienen un conocimiento directo y especializado en el ámbito del derecho de propiedad y en el mercantil, en concreto en sociedades». (Las redondas son nuestras; preámbulo VI)*

La alternatividad resulta indubitadamente del preámbulo y su exacto alcance de la EM anteproyecto LJV, siendo «la posibilidad de que el usuario pudiese optar por acudir a unos u otro de los agentes jurídicos para la formalización de las correspondientes actuaciones». Ciertamente, la libre elección por el usuario del funcionario que tramite su conciliación es un sistema eficaz pues permite poner al servicio de los usuarios a todos los funcionarios técnicamente capaces por su formación jurídica y acostumbrados a la resolución de litigios transaccionables por su quehacer diario. De esta manera, pueden verdaderamente entonces los usuarios «valorar las distintas posibilidades que se le ofrecen para elegir aquella más acorde con sus intereses» (preámbulo LJV) a fin de alcanzar la más pronta resolución del conflicto, porque cada uno de los funcionarios puede desplegar una actividad idónea, completa, esto es, «con plena efectividad» (preámbulo V LJV) a fin de lograr la «tutela de los derechos e intereses [privados] afectados» (preámbulo V LJV), tutela que consiste en la competencia indistintamente (alternativamente) atribuida a estos funcionarios para resolver el litigio definitivamente, desde un punto de vista sustantivo con un título formal equivalente en términos de mercado a una sentencia judicial, constituyendo el acuerdo formalizado en documento público —judicial, registral, notarial— un «auténtico equivalente jurisdiccio-

nal» (AGUILERA, 2016: 1730; sobre este particular y su fundamentación económica, se podrá ver MATEO VILLA, 2022). Y con la conciliación se ofrecen «al ciudadano medios efectivos y sencillos, que faciliten la obtención de determinados efectos jurídicos de una forma *pronta* y con respeto de todos los derechos e intereses implicados» (preámbulo II LJV; las cursivas son nuestras), de forma que «logren el efecto que se desea por medios que no generen insatisfacción o frustración entre los interesados» (preámbulo III LJV), «tratando de optar por el cauce menos costoso y más rápido, desde el respeto máximo de las garantías y de la seguridad jurídica [...] de manera que el ciudadano se vea amparado con el grado de efectividad que demanda una sociedad cada vez más consciente de sus derechos y cada vez más exigente con sus órganos públicos» (*ibídem*). Por su parte, la traslación de competencias fue del sistema judicial y, además, a todos los funcionarios no judiciales con capacidades técnicas jurídicas facilita que «Jueces y Magistrados, [pueden] centrar sus esfuerzos en el cumplimiento de la esencial misión que la Constitución les encomienda, como exclusivos titulares de la potestad jurisdiccional y garantes últimos de los derechos de las personas» (preámbulo V LJV)<sup>5</sup>.

El principio de exclusividad —ahora entendido dentro del de alternativa y no como opuesto a él— alcanza tres ámbitos: se tramita (i) una sola conciliación por litigio, el (ii) tramitador es individual sin que se prevean conciliaciones colegiadas y, por último, cada funcionario competente lo es para tramitar la (iii) conciliación en su totalidad, sin necesidad de recurrir a un segundo impulso procesal —ora de control de legalidad del acuerdo, ora de formalización del acta que lo contenga— que harían el procedimiento más lento y costoso, disuadiendo al usuario de recurrir a él.

En cuanto al primero, «iniciada o resuelta definitivamente una actuación por uno de ellos no será posible la iniciación o continuación de otro expediente con idéntico objeto ante otro en algunos actos que hasta ahora se encomendaban a los Jueces» (preámbulo VIII LJV), idea que se refleja en el artículo 6.1 LJV («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. El régimen jurídico contemplado en el presente apartado para los expedientes de jurisdicción voluntaria será aplicable también a los expedientes tramitados por [...] registradores en aquellas materias en las que la competencia les venga atribuida concurrentemente con la del secretario judicial». Advirtamos que este principio de exclusividad será sensiblemente matizado a lo largo de nuestro estudio atendiendo a criterios jurídicos y de economía procesal. En cuanto al segundo, trataremos más adelante los supuestos de pluralidad de registradores tramitadores, simultánea y sucesi-

vamente. En cuanto al tercero, el tramitador actúa «con plena efectividad [para la] tutela de los derechos e intereses afectados [y] de los derechos privados» (preámbulo V LJV).

### III. EL TEXTO DEL ARTÍCULO Y SU INCLUSIÓN EN LA LEY HIPOTECARIA

El Anteproyecto de LJV no previó la conciliación de los registradores en general sino solo de los mercantiles y, además, para supuestos concretos («Disposición adicional tercera. Expedientes susceptibles de ser tramitados por el Registrador Mercantil». Por su parte, tanto el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria manejado en el Congreso, (121/00011) como el finalmente aprobado por la comisión con competencia legislativa plena y el enviado al Senado contenían únicamente, en lo que aquí interesa, una reforma del artículo 14 LH referido, además, no a la atribución de competencias conciliatorias al registrador sino a la regulación de los títulos que resultaban aceptables para la inscripciones de sucesiones. Es en el Senado cuando por la ya citada enmienda 785 se propone su inclusión en un nuevo «Título IV bis», con el siguiente texto:

#### «TÍTULO IV BIS. De la conciliación

##### *Artículo 103 bis.*

*1. Los Registradores serán competentes para conocer de los actos de conciliación sobre cualquier controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil o que verse sobre hechos o actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público que sean de su competencia, siempre que no recaiga sobre materia indisponible, con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial. La conciliación por estas controversias puede también celebrarse, a elección de los interesados, ante Notario o Secretario judicial.*

*Las cuestiones previstas en la Ley Concursal no podrán conciliarse siguiendo este trámite.*

*2. Celebrado el acto de conciliación, el Registrador certificará la avenencia entre los interesados o, en su caso, que se intentó sin efecto o avenencia.*

*Si hubiere conformidad entre los interesados en todo o en parte del objeto de la conciliación, se hará constar detalladamente en la certificación los términos de todo cuanto acuerden y que el acto terminó con avenencia. Si no pudiere conseguirse acuerdo alguno, se hará constar que el acto terminó sin avenencia.*

*La modificación del contenido pactado habrá de constar, asimismo, en certificación registral siempre que no se hubiere iniciado la ejecución judicial.*

*El Registrador entregará la certificación registral dotada de carácter ejecutivo en tanto no conste nota relativa a la modificación de su contenido o su ejecución, quedando depositado un duplicado en el Registro.*

*3. La certificación registral que formalice el acuerdo de la conciliación gozará de la eficacia de un instrumento público y, en especial, estará dotada de eficacia ejecutiva en los términos del número 9.º del apartado 2 del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La ejecución se verificará conforme a lo previsto para los títulos ejecutivos extrajudiciales.*

### **JUSTIFICACIÓN**

*Establecer que los Registradores de la Propiedad también puede celebrar actos de conciliación, aunque limitado a su ámbito».*

El texto finalmente aprobado tras una enmienda transaccional de varios grupos del Senado —popular, socialista, vasco, catalán, mixto y *Entesa progrés*— incluyó el mismo título y con idéntico enunciado pero distinto texto:

### **«TÍTULO IV BIS. De la conciliación**

#### *Artículo 103 bis.*

*1. Los Registradores serán competentes para conocer de los actos de conciliación sobre cualquier controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil o que verse sobre hechos o actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público que sean de su competencia, siempre que no recaiga sobre materia indisponible, con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial. La conciliación por estas controversias puede también celebrarse, a elección de los interesados, ante Notario o Secretario judicial.*

*Las cuestiones previstas en la Ley Concursal no podrán conciliarse siguiendo este trámite.*

*2. Celebrado el acto de conciliación, el Registrador certificará la avenencia entre los interesados o, en su caso, que se intentó sin efecto o avenencia».*

La variación entre ambos textos es como sigue: en el definitivamente aprobado desaparece la referencia al (i) contenido del acta de acuerdo, desacuerdo y novación de lo previamente acordado, (ii) al carácter ejecutivo para el ámbito judicial de la certificación que recoja el acuerdo; y, por último, (iii) a la obligación del registrador de conservar («depositado») la anterior («un duplicado») en su registro.

Por su parte, el artículo 103 *bis* se encuadra en un nuevo título, propio —«De la conciliación»—, que recoge una competencia claramente distinta de la tradicional de inscripción de asientos en los folios registrales —que distinguiremos en adelante llamándolas, respectivamente, «función conciliatoria» y «función de inscripción», y cuyo agregado da lugar a la «función registral»—. En nuestra opinión, mejor podría el legislador haber optado por regular en un título propio todos los supuestos de conciliación registral preexistentes y coordinarlos con el nuevo, donde la relación entre aquellos y este sería de especial (arts. 209, 210 y 217 LH) y general (art. 103 *bis*) o, sin recolocar aquellos, haber hecho al menos una referencia en el artículo 103 *bis* que permitiera vincular este precepto con aquellos. Esta última solución parece la más lógica porque el emplazamiento de los tres artículos tan citados es correcto al estar relacionados con desavenencias que les resultan próximas como son la coordinación de la realidad extrarregistral con la registral y la rectificación de errores.

Criticable resulta, empero, la colocación del nuevo Título IV *bis* pues no tiene relación alguna ni con el anterior («De la extinción de las inscripciones y anotaciones preventivas») ni con el posterior («De las hipotecas»), ambos exclusivamente referidas a la «función de inscripción» —recuérdese lo dicho más arriba sobre el sentido que damos a esta expresión—, y sensiblemente alejado del resto de preceptos sobre la «función de conciliación». Mejor habría hecho el legislador colocándolo como título propio después de toda la regulación sobre inscripción —por ejemplo, antes del XII sobre «responsabilidad y del régimen disciplinario de los registradores» pues este título ya no está exclusiva ni necesariamente referido a la «función de inscripción» sino que, en lo sucesivo, resulta también aplicable a la conciliación— o haber creado un nuevo (último) título XV. AGUILERA (2016) propone «su ubicación como título VI *bis*, después del VI, relativo a la «concordancia entre el Registro y la realidad jurídica» y antes del relativo a la «rectificación de errores» por regularse en esta parte de la Ley Hipotecaria lo relativo a otros expedientes registrales»; nosotros, en cambio, no estamos de acuerdo pues lo que viene a defender implícitamente este autor es que la conciliación se aplica solo a litigios registrables —concepto, por añadidura, más limitado que el de «registral»—, lo que no casa con el texto ni del preámbulo ni del artículo 103 *bis*, asunto sobre el que trataremos en profundidad.

Por último, la redacción del artículo 103 *bis* resulta manifiestamente mejorable: no solo porque, como se dijo, no reenvía a otros supuestos conciliatorios de la LH sino porque (i) emplea la doble negación («no recaiga sobre materia indisponible»), donde debería decir simplemente «recaiga sobre materia disponible»), hace una (ii) referencia innecesaria a los otros dos cuerpos de funcionarios competentes para conciliar, cuando estos ya disponen de su propia legislación sobre la materia (LJV y LN) y, por último,

porque se nos dice que (iii) «el registrador certificará la avenencia entre los interesados o, en su caso, que se intentó sin efecto o avenencia» cuando, en realidad, debería decir que «el registrador levantará acta» del acuerdo o desacuerdo, acta a partir de la cual, ahora sí, el registrador emitirá lo correspondiente certificación a solicitud de parte interesada<sup>6</sup>.

#### IV. RECURSOS INTERPRETATIVOS

La doctrina ha venido sosteniendo que a causa de la sucinta redacción del artículo 103 *bis* se han producido lagunas legales —esto es, «supuestos no previstos expresamente en la norma»— que exigen de un especial ejercicio de interpretación, pero sin señalarse el método que haya de emplearse. A lo largo de este artículo razonaremos que algunas de las supuestas lagunas no son tales porque la interpretación razonada e integrada del nuevo precepto con el resto del ordenamiento jurídico las colma, y demostraremos que determinadas soluciones propuestas por la doctrina sobre esta materia no se ajustan a Derecho. A efectos de integrar el artículo 103 *bis* con la normativa preexistente, distingamos dos aspectos: por una parte, el sustantivo, relativo al litigio y al acuerdo que alcancen las partes para superarlo; por otra, el procesal, referido a la tramitación de la conciliación por el registrador. El primero plantea la cuestión de los litigios conciliables, la legalidad del acuerdo y el control de su legalidad por el registrador, entre otros; el segundo puede resumirse en los pasos siguientes: solicitud por el interesado al registrador, notificación por el registrador al destinatario de la conciliación, acta del acuerdo alcanzado por las partes y, por último, su depósito por el registrador en el archivo de legajos del registro. Por su parte, la interpretación mediante integración del contenido del artículo 103 *bis* en la legislación preexistente resultará, como veremos, suficiente para resolver las dudas sustantivas y procesales sin que resulte necesario llegar a la relectura de los principios hipotecarios «con el fin de permitir [el] ágil encaje [de la conciliación] [...] en la institución registral [sic]» (AGUIRRE, 2016); dicho de otra manera, el nuevo precepto es el que debe integrarse con la legislación preexistente y no al revés. Y, más concretamente, ¿qué normativa ha de tenerse principalmente en consideración para la integración? Retomando la distinción que hacíamos de la conciliación, las siguientes: para los aspectos (i) sustantivos: el Código Civil y, en particular, sus artículos 1255 y 1809, reguladores de la autonomía de la voluntad y la transacción, respectivamente; y, para los (ii) procesales: la LH, la LJV, la legislación sobre los restantes PERC —esto es, del Código Civil, Ley de arbitraje de 2003 [en lo sucesivo, LA], LM, LEC y, por último, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA)—.

Igualmente, haremos uso de los anteproyectos de LM y Ley de medidas de eficiencia procesal porque nos orientan sobre las intenciones del legislador.

Hagamos varias consideraciones sobre el alcance interpretativo que demos a cada norma de las citadas: en cuanto a la (i) LH, recuérdese aquí la doble clasificación que hicimos de sus preceptos con ocasión de la aprobación de la LJV, de suerte que, en lo sucesivo, deberemos distinguir entre preceptos orientados a la «función conciliatoria» y a la «función de inscripción» «y cuyo agregado da lugar a la “función registral”» o, lo que es lo mismo, «preceptos comunes a ambas funciones». Como se dijo igualmente, la inclusión en el último momento de los registradores con carácter general en funciones de jurisdicción voluntaria provocó que el legislador se limitara a la introducción de un artículo—el ahora estudiado— sin reordenar los preceptos de la LH según el tipo de función de que se tratara —esto es, conciliatoria o de inscripción—. Por añadidura, los artículos preexistentes sobre conciliación —los ya citados 209, 210 y 217 LH— están referidos a ambas funciones por separado, pues se trata de supuestos que nacen en el folio registral, se concilian y cuyo acuerdo previsiblemente se inscribirá. Finalmente, junto con los preceptos específicos de cada función y los que regulen ambas, encontraremos otros que, en lo sucesivo, resultarán de aplicación tanto para conciliar como para (calificar e) inscribir —esto es, «preceptos comunes a ambas funciones»—, así: los relativos a la presentación de documentos en el Libro de Entrada, archivo y conservación del acta que contenga el acuerdo, libramiento de certificaciones de aquel, certificación de la identidad del solicitante, calificación del contenido y forma de la solicitud. En cuanto a la (ii) LJV, deberemos prestar especial atención a su preámbulo —en particular, sus apartados VI-X— y a los otros dos procedimientos de conciliación regulados —a cargo de los letrados de Administración de Justicia y los notarios—; en cuanto a la (iii) LEC, interesa en particular la fundamentación de la ejecutividad, la fuerza probatoria de la certificación registral que recoja el acta del acuerdo y la regulación sobre transacción judicial. En cuanto al (iv) Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal, interesa la definición que da de «PERC» —a los que, por cierto, llama «medios adecuados de solución de controversias» (en lo sucesivo, «MASC») aunque nosotros continuaremos usando nuestra denominación por resultar unívoca, de acuerdo con las razones que exponremos en otro lugar (MATEO VILLA, 2022)—, los nuevos terceros-auxiliares que introduce —especialmente la «conciliación privada» de los artículos 12 y 13— y el «requisito de procedibilidad» (*vid. supra*). Por último, en cuanto al (v) Anteproyecto de LM, interesa el «requisito de admisibilidad» —semejante al anterior— y a las eventuales simplificaciones procesales introducidas.

De entre todas las interpretaciones ajustadas a Derecho, optaremos por conflicto y, por otra, la que lo haga al menor coste agregado —económico



y procesal— posible para el usuario del sistema, de manera que se dé cauce a los principios de «racionalización», «modernización» para la obtención de «soluciones prácticas, efectivas y rentables», que hagan realmente efectiva la LJV<sup>7</sup>.

## V. ¿EXISTE UNA CAUSA CONCILIANDI?

Analicemos ahora dos cuestiones relevantes en el sistema registral español donde no se inscriben derechos sino «actos y contratos» (art. 1 párrafo primero LH): por una parte, si la LJV ha creado un nuevo contrato —de conciliación— o si únicamente regula un procedimiento administrativo dirigido a alcanzar un acuerdo, acuerdo que entenderemos, para lo que aquí interesa, que es de transacción; por otra, si existe una *causa conciliandi* distinta de la transacción o si una y otra son lo mismo salvo en cuanto a la tramitación administrativa.

En cuanto a lo primero, en favor de la tesis de que dentro de la conciliación puede distinguirse entre procedimiento administrativo y acuerdo como dos entidades perfectamente separables por identificables, donde la una es procesal y la otra contractual, pueden señalarse los argumentos siguientes: (i) no existe para la conciliación un precepto similar al 1809 del Código Civil de la transacción que declare que la tramitación de la conciliación sea un contrato; (ii) el artículo 1.1 LJV nos habla de «expedientes» que requieren la «intervención» (art. 1.2 LJV) del registrador; (iii) todos los preceptos del «Título preliminar» LJV regulan la competencia para tramitar un procedimiento (art. 2) y la legitimación para iniciarlo o solicitarlo (art. 3), entre otros; (iv) definitivo en este sentido es, a nuestro parecer, el artículo 6 sobre «*tramitación* simultánea o posterior de expedientes o procesos» (las cursivas son nuestras) en consonancia con el 139.1 párrafo II.º del mismo texto legal sobre conciliación judicial, pues los contratos y la constitución de derechos reales «se celebran» (confróntense los arts. 271.2.º, 480, 827, 1175, 1259, 1262, 1266, 1269, 1271, 1278, 1290, 1291, 1297, 1301, 1313, 1323, 1457, 1460, 1519, 1675, 1676, 1679, 1819 y, por último, DT II.ª), «acuerdan» (ídem del anterior para los artículos 398, 507, 593, 839, 895, 906, 1066, 1355, 1363, 1392.3.º, 1432, 1438, 1463, 1515 y 1863 CC) y, en menor medida, «convienen» (arts. 494 y 1.392.4.º CC) pero en ningún caso se «tramitan», término empleado por el Código Civil exclusivamente para los procedimientos judiciales (arts. 42, 117.2 2.º, 249, 445 y, por último, 1394 CC) o administrativos [arts. 52 y 54-57, 60.2 a), 65 y 120. 3.º]. Y si bien en contra de esta postura puede argüirse que la LJV se refiere a los «expedientes de conciliación» para los tramitados por el notario («Capítulo VII. De los expedientes de conciliación») y no a «contratos de conciliación»,



debe contraargumentarse que semejante término es consistente con la legislación notarial (cfr. «Título VII. Intervención de los notarios en expedientes y actas especiales» LN) y procesalmente con la idea de fase previa a la formalización de la escritura pública que recoja el acuerdo; el mismo argumento sería aplicable al artículo 144.2 LJV sobre conciliación judicial —que nos dice: «se archivará el expediente», donde «archivo» es un impulso meramente procesal, no una declaración sobre la naturaleza, contractual o procesal, del acuerdo archivado— y, más aún, en favor de nuestra opinión juega el «acto de conciliación» de los artículos 140 LJV y 103 *bis* LH, que es parte del «expediente» que debe entenderse «de conciliación» en el que, por cierto, se «intent[a]» esta (art. 141.1). Otras expresiones del legislador inciden en la idea de distinguir entre procedimiento y acuerdo, así: «entre la citación y el acto de conciliación» (142.2), «en el acto de conciliación» (145.1) y la «celebración del acto de conciliación» (144.2, 144.4 y 145). Más esclarecedor aún es el artículo 147.1 y .2 LJV que distingue entre «acto de conciliación» y «avenencia», donde este último se identifica con el «acuerdo» o «contrato» y el primero con el procedimiento para lograrlo. Por su parte, el artículo 103 *bis*.2 LH habla también de «la avenencia entre los interesados» en donde «lo convenido tendrá el valor y eficacia de un convenio» (art. 147 LJV); donde «lo convenido» es el acuerdo, que no se confunde con el procedimiento administrativo o judicial en que se convenga. A la misma distinción entre procedimiento y acuerdo se llega si se analizan la LA y la LEC, en donde ni procedimiento arbitral ni judicial se confunden con laudo o sentencia, respectivamente. Pero es que, además, bajo la cobertura de estos procedimientos es posible conciliar, transaccionar y allanarse, acuerdos que, para el arbitraje, se harán «en forma de laudo [que] [...] tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio» (art. 36 LA). Aprovechar el procedimiento ya iniciado para acoger soluciones distintas de las habituales (laudo, sentencia) se justifica por un simple principio de economía procesal. Un argumento más en favor de la tesis procesalista: si procedimiento y acuerdo se confundieran, el primero defectuosamente tramitado (v. gr., asentamiento defectuoso de la solicitud en el Libro de Entrada) daría lugar a la nulidad del segundo; pero lo cierto es que el segundo sobreviviría como transacción, por cumplir todos los requisitos sustantivos exigidos por los artículos 1809 y siguientes del Código Civil, desprovisto de cualquier tipo de formalidad procesal o documental (confróntese art. 1278 CC). La misma solución habría de predicarse en el caso de acuerdo judicial o arbitral. A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo (en adelante, TS) en Sentencia de su Sala Primera de 5 de noviembre de 1976 (confirmada por otra de esa misma Sala de 31 de octubre de 1989), ha declarado que la conciliación se muestra «más que como un verdadero acto procesal, como un negocio jurídico particular,

*semejante en todo a la transacción»* (las cursivas son nuestras; citada por RDGRN de 31 de enero de 2018).

En conclusión, la conciliación es mero procedimiento —*ergo*, queda excluida la *causa conciliandi*— que no se confunde con el acuerdo que se alcance, acuerdo que será un contrato por el que las partes «consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio» (art. 1255 CC) con la finalidad de «evita[r] la provocación de un pleito o pone[r] término al que había comenzado» (art. 1809 CC *in fine*). Queda así entonces resuelta la relación entre acuerdo conciliatorio —léase, contrato de transacción; lo mismo puede predicarse de todo acuerdo de PERC: transacción y conciliación judiciales, allanamiento y el supuesto del artículo 36 LA, rigiéndose este acuerdo por lo dispuesto en los artículos 1809 y siguientes del Código Civil— y conciliación: el primero el convenio, huero de toda formalidad o exigencia procesal, como es regla general en el Código Civil; la segunda incluye, además, el procedimiento administrativo para alcanzar aquel y cuyo contenido consiste, en lo que aquí conviene y sin ánimo exhaustivo, en la presentación de la solicitud en el Libro de Entrada (no Diario) del registro de la propiedad del registrador tramitador libremente elegido por el interesado, su control de legalidad así como del acuerdo que se alcance, su formalización en acta como documento público registral y su archivo ordenado y conservación *sine die* en el archivo de legajos del registro.

Excluida la *causa conciliandi*, abordemos ahora la cuestión de la causa de la transacción, pudiendo sostenerse tres posturas: (i) teoría causalista: la transacción (léase, el acuerdo de conciliación) tiene causa propia, distinta del resto de contratos en general y de los particulares que se celebren con ocasión de aquella por los que las partes se den, prometan o retengan; (ii) teoría abstracta: por ella, la transacción (léase, el acuerdo de conciliación) no tiene causa propia como el resto de contratos sino que viene a ser una suerte de continente del concreto que se pacte para dar, prometer y retener. Estos (llamémoslos subcontratos o contratos instrumentales) tienen su propia causa; y, por último, (iii) teoría de la causa compleja: que es ecléctica y por la que en un contrato de transacción existen dos causas: la de la propia transacción y la de cada uno de los subcontratos celebrados. A nuestro parecer, la primera de las teorías es la única consistente y donde la causa de la transacción se resume como sigue: «terminación del litigio por razón de la prestación recibida»; expuesto de otra manera, «me garantizo no sufrir un pleito porque realizo una prestación» o «realizo una prestación para asegurarme no sufrir un pleito». De ahí que resulte imprescindible la reciprocidad de las prestaciones y una de estas tenga un objeto predeterminado: la renuncia de la acción —como sucede con el dinero en la compraventa—. Nuestra definición de la causa de la transacción no confunde esta con el

objeto del contrato —esto es, acción que se renuncia de manera general por una de las partes y «solo [en tanto que esté relacionada] con la disputa sobre la que ha recaído la transacción» (art. 1815 párrafo II.º CC) y contenido concreto de la prestación por la otra—. De seguirse la teoría abstracta, quien adquiere entonces un bien no lo hace *por causa de* transacción (renuncia de la acción) sino *en el marco de* una transacción pero por causa de, por ejemplo, compraventa siendo este el subcontrato. Para el caso de que el precio de la adquisición del dominio sobre un bien fuera, simple y llanamente, la renuncia de la acción, el contrato sería de permuta (confróntese art. 1538 CC); y, por último, la teoría de la causa compleja resulta la más débil pues debe detenerse en explicar la relación entre causas: si es de igualdad (*cocausa*) o jerárquica (causa-subcausa) y, dentro de esta, cuál deba ocupar la posición principal, si la de transacción o las de los negocios instrumentales, y qué sucederá con la totalidad del negocio si falta una de ellas en alguna de sus variantes; además, no existe ningún otro supuesto de causa compleja de nuestro ordenamiento, sin que esta configuración compleja pueda, además, deducirse como prevista ni mucho menos querida por el Código Civil para la transacción, ni mucho menos de la LJV<sup>8</sup>. En todo caso, el análisis de la causa en general y de la conciliación en particular, así como su distinción respecto de la llamada causa subjetiva y del objeto del contrato, amerita un estudio ulterior en profundidad.

## VI. NEGOCIO SIMULADO Y DISIMULADO

Conectemos ahora las teorías sobre la causa de la transacción —descartada la compleja— con la simulación. Se ha sostenido que el de transacción es un negocio especialmente propicio para la simulación pues la existencia del pleito que la justifica simplemente se declara, no se prueba. La inexistencia de la *res dubia iuridica* puede ser objetiva porque no exista una fuente jurídica de donde surjan derechos y obligaciones entre las partes —se simula la existencia de un contrato que, en realidad, nunca se celebró— o, existiendo, no hay, sin embargo, *res dubia* alguna —porque el contrato sea claro o porque, no siéndolo, las partes están sin embargo de acuerdo en la interpretación que haya de dársele— o el litigio, de haber existido, ya está resuelto —por sentencia judicial, laudo o conciliación anterior—. Aún puede suceder que el acuerdo de conciliación simulado disimule, en cambio, otro negocio verdaderamente querido por las partes y que se disimula como, por ejemplo, la transmisión del dominio de un bien a cambio de dinero<sup>9</sup>.

Los supuestos de simulación absoluta —esto es, sin un negocio disimulado— deben declararse nulos por falta de causa —renuncia— y, en

este caso, objeto —acción— del negocio simulado. El mismo tratamiento ha de aplicarse al negocio simulado y por las mismas razones; pero en cuanto al disimulado, dependerá de la teoría que se siga: para la causal de la transacción —según la cual, recuérdese, el acuerdo de transacción tiene su propia causa o, dicho de otra manera, los negocios que se celebren con ocasión de la transacción tendrán todos ellos una sola causa o causa de transacción y esta será la única causa que exista—, nula que sea la transacción, nulo que será el negocio, sin detenerse en cada uno de los que se celebraron —en el ejemplo ofrecido, intercambio de cosa por dinero—; para la abstracta —para la que no existe causa de transacción sino la de cada uno de los negocios que se celebren con ocasión de aquella—, la nulidad de la transacción es indiferente, pues atenderá a la de los concretos negocios celebrados para alcanzarla —nuevamente en nuestro ejemplo, ahora sí, compraventa—. Lo dicho aquí no contradice lo sostenido por PARRÁGUEZ (21012: 386 y 387), quien distingue los efectos del negocio simulado relativamente, *inter partes* y frente a terceros, pues mientras que nosotros hacemos un análisis bajo la premisa de la información perfecta, el autor últimamente citado hace el suyo desde el de la asimetría informativa. Por ello, suscribimos lo dicho por él, de manera que, en la práctica: (i) *inter partes* prevalece el negocio disimulado (compraventa) mientras que (ii) frente a terceros, prevalece el simulado (transacción) pues es, añadimos, el negocio que les resulta aparente, conocido, «mas, si conviene a sus intereses, porque sus derechos derivan del negocio disimulado [que, añadimos, pueda demostrarse, lo que les haría pasar a un escenario de información perfecta], o se satisfacen con su reconocimiento, pueden prescindir del simulado y optar por la existencia y eficacia de este último, en el evento de simulación relativa [...] En ocasiones esta regla puede ocasionar conflictos entre terceros de buena fe que defienden, cada uno según sus legítimos intereses, la eficacia de diferentes negocios». Huelga decir que para que el negocio disimulado pueda considerarse como válido, deben concurrir en él todos los elementos esenciales para su existencia, aunque las partes, para asegurar la simulación o por entender que la transacción tenía su causa propia, no hubieran designado el negocio disimulado por su *nomen iuridico* —siguiendo el ejemplo, que las partes, en lugar de declarar que celebraban una compraventa se limitaran a señalar que el litigio se superaba mediante la transmisión del dominio sobre una cosa a cambio de dinero, además de renunciando a la (inexistente) acción—.

Una reflexión más referida ahora al foro judicial: las prestaciones hechas en una transacción son difícilmente anulables: pues o son ciertas —en cuyo caso subsiste la transacción—, o no lo son y, en este último caso, probado que se pueda este extremo —asunto que trataremos enseguida—

se resolvería la cuestión por la teoría de la simulación, en la que solo los negocios absolutamente simulados podrían anularse indubitadamente; en cuanto a los solo relativamente simulados, serían, en cambio, dudosamente anulables porque se sostenga que la transacción no tiene causa propia o porque, defendiéndose que la tiene, aún puede hacerse subsistir el negocio disimulado, cuestión, la de la anulación, que en todo caso corresponde resolver al juez, no al conciliador.

Traigamos pues todo este asunto al foro registral y al ámbito de la competencia del registrador en la tramitación de la conciliación y, más concretamente, al de las precauciones que el registrador ha de adoptar en su calificación en orden a prevenir el fraude, que es lo que nos interesa. Para ello analicemos cuál ha sido la calificación del registrador hasta la fecha cuando se ha tratado de inscribir en el registro documentos: (i) todo negocio jurídico notarial o administrativamente formalizado así como todo pleito judicial es simulable, de manera que uno de sus objetos puede no existir, ya sea con la finalidad de desdibujar a las partes, el objeto o la causa reales y/o para perjudicar a terceros: basta para ello con formalizar notarialmente un negocio que no es el verdaderamente querido, con prestaciones irreales (reconocimiento de pago o deuda inexistentes, precio aplazado que nunca se satisface o desproporcionado en relación con el mercado) o interponer demanda en conveniencia con el demandado por un litigio que no sea tal; todo ello, exista o no procedimiento de ejecución por deudas (confróntese art. 257 del Código Penal). *Ergo*, la simulación no es una especialidad de los PERC; (ii) de querer probarse la simulación, debe recordarse que esta es eminentemente subjetiva, tanto en cuanto al consentimiento —lo verdaderamente *querido* por las partes— como la *litis* —lo verdaderamente *percibido* por las partes como desavenencia; sobre su juridicidad y prueba, *vid. infra*—, lo que resulta a todas luces imposible, pues el tramitador de la conciliación—registrador o no— no puede adentrarse en la psique de los litigantes, amén de diabólico, pues pretendería probar un hecho negativo —no-consentimiento, no-percepción de desavenencia— solo a partir de los actos externos de las partes, lo que nos lleva al siguiente argumento; (iii) el ámbito material de la prueba —esto es, de los medios que pueden ser empleados para llegar a la conclusión del no-consentimiento y no-desavenencia—, es radicalmente limitada porque consiste, exclusivamente, en el escrito de solicitud de conciliación, un texto que, a la postre, será estandarizado como ya sucede para la alegación del interés legítimo de publicidad —que simplemente consiste en la selección de una casilla, sin perjuicio del apartado «otros»—. Y esta limitación no concurre solo en la conciliación, sino igualmente en la calificación de títulos judiciales, notariales, administrativos y registrales para su inscripción; ídem del anterior puede decirse del notario ante quien se otorgue

un negocio simulado o del juez ante el que se presente la acción también simulada. *Ergo*, el ámbito de actuación del registrador en particular y de los funcionarios en general para descubrir la simulación ha sido siempre significativamente limitado; (iv) solo compete al juez, a instancia de parte legitimada, solicitar documentos distintos de los presentados en el registro para indagar la supuesta verdadera intención de las partes y en su caso, declarar el fraude, de manera que, como acertadamente señala la DGRN, la calificación registral debe quedar limitada a los supuestos evidentes o palmarios que se deduzcan exclusivamente de los títulos presentados o, en palabras de JEREZ DELGADO, «objetivamente fraudulentos»; (v) el registrador carece de medio alguno más allá de la solicitud, el acuerdo y los asientos registrales a su disposición —y siempre que se sostenga que pueda consultarlos *motu proprio*— para valorar la posible existencia de terceros perjudicados; y, por último, porque (vi) la verdadera voluntad de las partes no es investigada en ningún procedimiento administrativo, judicial ni notarial, sino que simplemente se recoge la declarada<sup>10</sup>.

Aún podría concluirse que existe simulación por la «conurrencia de [...] concesiones mutuas de las partes [...] sin un equilibrio objetivo» (VIOLA DEMESTRE, 2003: 296). Pero semejante argumento decae ya no solo por la libertad de las partes para valorar como quieran su respectiva posición procesal, sino porque si cualquiera de ellas puede renunciar pura y simplemente (v. gr., renunciar a la acción judicial sin necesidad de recibir la vivienda a cambio), con más razón podrán celebrar un negocio con menores efectos —intercambiar acción por un dar— y porque, además, el desigual valor objetivo de las prestaciones no altera la naturaleza litigiosa y por tanto conciliable de la desavenencia, de manera que podría llegarse al ilógico de tramitar la conciliación por existir el litigio pero denegar la extensión del acta porque el registrador-tramitador considerara que el acuerdo no se ajusta a su subjetiva percepción de la justicia o proporcionalidad, lo que a todas luces escapa de sus competencias —por analogía, el registrador no puede entrar ni ha entrado nunca a valorar el precio de venta de las fincas cuyo dominio inscribe—.

Aún puede suceder que las partes simulen el litigio no con ánimo defraudatorio sino simplemente porque con la conciliación consigan un resultado sustantivo y formal equiparable a una sentencia, con costes agregados significativamente inferiores a sus alternativas. De esta cuestión trataremos al analizar la inscripción de la certificación registral del acuerdo y al calcular los costes que deba soportar el usuario según por qué tipo de conciliación se decida. En otro lugar (MATEO VILLA, 2022) hemos demostrado cómo los costes procesales incentivan o desincentivan el recurso al circuito judicial y extrajudicial y que esta variable puede ser cuantificada, de manera que es interés de los litigantes y el Estado su reducción.

## VII. LAS MUTUAS CONCESIONES

Ya se dijo que la conciliación exige mutuas concesiones: por una parte y en todo caso, renunciar a la acción ejercida o por ejercer y, por la otra, dar —de presente y con efectos de presente—, prometer —de presente pero con efectos de futuro— o retener —entiéndase, en propiedad o por cualquier otro título pero siempre superior a la mera facultad de retención o *ius retinendi*; de presente y por un título distinto del inicial—, a lo que puede añadirse renunciar<sup>11</sup>.

En cuanto a la renuncia de la acción, la que se haga general se entiende solo en relación con el pleito que ahora se supera o, según VIOLA DEMESTRE, de «todas las cuestiones que hubiera entre los contratantes [...] [y las que] por inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse incluidas en ella» (2003: 286). Resulta entonces esencial que la solicitud de conciliación, primero, y el acuerdo de conciliación, después, identifiquen somera pero suficientemente el litigio que se concilia indicando no solo su fuente (contractual, extracontractual, etc.) sino el contenido concreto de la desavenencia dentro de esta (confróntese, por analogía, art. 153 *bis* LH), pues tanto la renuncia a la acción como la prescripción extintiva de otras quedan directamente conectadas con aquel<sup>12</sup>.

No nos convence la renuncia por uno solo de los litigantes pues el otro, en tanto que parte de la misma relación jurídica, dispone también potencialmente de acción. Por ello creemos que la transacción debe incluir la renuncia de todas las partes a cuantas acciones les correspondan por razón de la desavenencia ahora superada, aunque aparentemente carezcan de ella. Sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2000 que «no constituye requisito esencial [...] la entrega recíproca de prestaciones, ya que es posible que los sacrificios no tengan contenido económico, sino que se desee poner término a un litigio» (QUESADA SÁNCHEZ, 2001: 1743), refiriéndose a la acción. Esta afirmación no es correcta económicamente y resulta dudosa jurídicamente. Así, la renuncia de la acción o la pacificación de litigio tiene un evidente valor económico en la medida en que implica la seguridad de que no habrá de invertirse en el futuro recursos por este motivo. Es posible una renuncia parcial, esto es, limitada a algunas de las acciones del pleito pero no a todas; en este caso, por aplicación del artículo 1815 párrafo II.º del Código Civil, debe señalarse expresamente que se trata de tal y, además, la concreta acción a la que se renuncie.

No es admisible considerar como contrato de transacción —o, incluso, simple transacción si es que es posible este concepto en derecho—, lo que no sea sino simple renuncia unilateral sin contraprestación a la acción por varias razones: porque si bien la renuncia supondría la terminación



del litigio —que no exactamente de la *res dubia iuridica*— no lo sería por medio de contrato *ex* artículo 1254 en relación con el 1809, pues estos dos preceptos trasladan la idea de consentimientos y prestaciones cruzadas, frente a los negocios gratuitos (confróntese art. 618 CC); porque la renuncia no es recepticia, pudiendo subsistir en el tiempo sin aceptación —si la necesitara— o, al menos, conocimiento del destinatario, mientras que la transacción exige este consentimiento que impide acciones ulteriores; porque si no fuera recepticia, el renunciante podría en todo momento desistir de la renuncia hecha e iniciar pleito; mientras que la renuncia es gratuita, la transacción es onerosa, con el consiguiente impacto en orden a la protección del adquirente por este título (cfr. art. 34 LH). Cuestión distinta de la anterior es si es admisible tramitar la conciliación cuyo único objetivo sea que su solicitante comunique a la otra parte su renuncia a la acción judicial de manera que, recibida que sea la comunicación por su destinatario, no pueda el renunciante desistir de la renuncia hecha; sobre este asunto trataremos más adelante.

En cuanto a las prestaciones, estas pueden ser reales u obligacionales —incluso, puede ser que el objeto de transacción consista en «sustituir la relación o relaciones dudosas por otra cierta e incontestable» (QUESADA SÁNCHEZ, apoyándose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2000, 2001: 1743)— de presente o futuro —presumiéndose en todo caso su exigibilidad «desde luego, (art. 1113 párrafo I.º CC)—, de manera que las partes adquieran ya, al tiempo mismo de la transacción, o a que una de ellas quede obligada frente a la otra a cumplir en un momento ulterior lo que le corresponda, de manera que hasta entonces no adquiera el eventual derecho real. Para considerar si las prestaciones son de uno u otro tipo, deberá atenderse únicamente a lo que las partes declaren. La cuestión ahora planteada se entiende mejor si consideramos que se ha discutido para la transacción —y por extensión para la conciliación— si el acuerdo que ponga fin al litigio tiene que ser simplemente declarativo o si puede, además, ser traslativo de derechos; expresado de una manera más si el acuerdo no puede alcanzar más que a un «te daré, prometeré o retendré» o si es posible que se acuerde un «te doy, prometo o retengo» con la consiguiente *traditio* que dé lugar al nacimiento del derecho real sin necesidad de segundas convenciones ni de posponer esta *traditio*. Bien conocido es que la doctrina romanista defendía que transigir era transmitir; más modernamente, la intermedia se decidió por la contraria, de suerte que —venía a decir— las partes solo pueden acordar en la transacción que se darán pero no darse. Semejante postura no solo no tiene apoyo alguno en el Código Civil sino que, además, resulta ineficaz al exigir a las partes una nueva fase procesal de entrega efectiva de la prestación anteriormente prometida que, por añadidura, no aporta



mayor valor jurídico en términos de protección de las partes o terceros, ni económico de ningún tipo al resultado final. El argumento a nuestro parecer definitivo es el primero: semejante doctrina intermedia no tiene sostén jurídico: si las partes libérrimamente deciden entregarse ahora —al tiempo de la conciliación—, pueden hacerlo al amparo del artículo 1255 del Código Civil, adquiriendo entonces derecho real. Por su parte, esta postura se respalda, precisamente, por el artículo 1809 del Código Civil por el que «las partes, dando [...] cada una alguna cosa» ponen fin al litigio y no que «prometan que darán». Aún podría plantearse que el artículo 1255 queda limitado a los contratos y que estos a su vez dan lugar solo a las prestaciones del artículo 1088 del Código Civil; pero esta postura no es defendible por el argumento expuesto de que el acuerdo no solo puede incluir la *traditio* de presente o la constitución desde ahora de cualquier otro derecho real que no la precise, lo que a su vez haría nacer el derecho real sino que, además, puede recoger el hecho de que se ha producido; la contraria supondría sostener —sin texto legal alguno que lo ampare— que debe realizarse o nueva *traditio* —posición injustificable de acuerdo con la doctrina que admite numerosísimas formas para esta e, incluso, pudiendo reconducirse la realizada en documento público judicial como ya bien haciéndose en la práctica para la transacción judicial o notarial de acuerdo con el artículo 1462 párrafo II.º del Código Civil— o nueva declaración; ambas suponen la inclusión de una nueva obligación no prevista por el legislador (confróntese art. 1090 CC).<sup>13</sup>

Consideremos un acuerdo por el que «B» se obliga a entregar una cantidad de dinero debida por título extracontractual a cambio de superar el litigio. La cantidad ¿ha sido entregada, se entrega al tiempo del acuerdo o se entregará? En el primer y segundo caso, «A» ha adquirido el dominio sobre la cantidad sin que sea necesario esperar a un segundo impulso procesal en que, además, subsiste la incertidumbre de si «B» cumplirá entonces, lo que representa una incertidumbre que acarreará costes de colateralización, amén de los de nueva formalización de la entrega. En el tercer caso, «A» no adquiere nada más que una simple expectativa. Se deduce fácilmente que el modelo eficaz para resolver el pleito y funcional es el de presente; y que el más eficiente es, igualmente, el de presente al recibir ya, eliminando así la incertidumbre de un (nuevo) incumplimiento y la necesidad de un segundo impulso procesal y sus costes. Es, por tanto, en interés de las partes que el acuerdo de transacción contenga prestaciones de presente, que les permita adquirir ya derechos *en* la cosa, que, a su vez, puedan ser colateralizados por medio de inscripción registral.

Finalicemos este epígrafe trayendo la cuestión al control de legalidad por el registrador del acuerdo de conciliación. Este debe asegurarse de que las partes realizan (i) prestaciones mutuas, sin entrar a juzgar ni su

valor económico ni jurídico en relación con la fuente de la obligación o la *actio* o derecho alegados, ni su proporcionalidad entre sí (económica o jurídica), ni mucho menos su oportunidad, de manera que las partes pueden dar, prometer o retener los derechos que tengan por conveniente para superar el litigio, incluso derechos o prestaciones que nada tenían que ver con la fuente jurídica de la que nace la desavenencia y sobre la que ahora se transige, pues como acertadamente señala DE BUEN (citado por CASSO Y CERVERA, 1950: 3855), en consonancia con la percepción subjetiva de qué es conflicto (siempre que conceda *actio*) y cómo superarlo, en la «transacción puede convenirse un contrato de prenda, un préstamo; es decir, todo lo que quepa dentro de los conceptos *dar*, *prometer* o *retener alguna cosa*» (las cursivas son del original), donde (ii) ambas partes, para evitar nuevos litigios, renuncian a todas las acciones por razón del pleito superado o, tratándose de transacción parcial, señalándolo así e indicando el específico litigio superado dentro de un o más general y la concreta acción renunciada, y donde (iii) resulta recomendable, para evitar nuevos litigios, que estas prestaciones se realicen de presente, indicando expresamente que se ha producido ya la *traditio*, de resultar necesaria para adquirir el derecho real<sup>14</sup>.

### VIII. COMPETENCIA MATERIAL, FUNCIONAL Y TERRITORIAL

Trataremos las tres competencias conjuntamente porque, en nuestra opinión, lo que se diga de la primera y la segunda vendrá a determinar la tercera. Por «competencia material» se entiende el ámbito litigioso —Derecho civil, mercantil, etc.— susceptible de ser conciliado por los registradores en general; por «funcional», el ámbito litigioso susceptible de conciliación por un registrador en concreto, dependiendo de si, al tiempo de solicitársele la conciliación, ejerce como registrador de la propiedad, mercantil o de bienes muebles; y, por último, por «territorial» se entiende el ámbito litigioso susceptible de ser conciliado por el registrador según que el registro sea más o menos conectable con su territorio —lugar en que radiquen las fincas, domicilio de las sociedades afectadas—.

La primera competencia se rige por el principio de alternatividad ya explicado, de manera que existe una sola conciliación pero tres procedimientos distintos, de suerte que todos los funcionarios encargados de conciliar tienen el mismo ámbito de competencia, salvo que la LJV fije expresamente un criterio competencial distinto. Queda entonces por resolver si pese a ser todos los registradores en general competentes para conciliar cualquier litigio rige entre ellos, no obstante, un criterio de competencia funcional o territorial. En cuanto a la competencia material, la «justificación» del

legislador para el artículo 103 *bis* LH es como sigue: «que los Registradores de la Propiedad también puede celebrar actos de conciliación, aunque limitado a su ámbito», donde, en todo caso, la palabra «ámbito» no pasó al texto legal y pudiendo entenderse por tal: el (i) «formativo o técnico»: esta conclusión tiene apoyo suficiente en el *preámbulo* VIII LJV («a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles se les encomienda el conocimiento de aquellas materias donde su grado de *preparación* [...] favorece la efectividad de los derechos y la obtención de la respuesta más pronta para el ciudadano»; las cursivas son nuestras) y alcanzaría al Derecho civil, mercantil e hipotecario, entre otros, si atendemos al programa de las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles (en adelante, el programa de las oposiciones al Cuerpo de aspirantes a registradores); el (ii) «funcional al tiempo de conciliar», esto es, que la competencia del registrador para conciliar venga determinada por la especie de registro —propiedad, mercantil o bienes muebles— que sirva cuando se le solicite la conciliación. No existe, sin embargo, apoyo argumentativo alguno en favor de esta tesis en el *preámbulo* LJV; además, semejante premisa generaría numerosos problemas prácticos que expondremos más adelante; el (iii) «territorial al tiempo de conciliar», sin que tampoco exista en el dicho *preámbulo* argumento alguno en favor de esta tesis y que supondría aplicar a la conciliación la norma de competencia territorial propia de la función de inscripción prevista solo expresamente para esta última en el artículo 1.2 LH. En todo caso, la aplicación de la norma de competencia territorial aún tendría que resolver si los litigios conciliables son los (a) relativos a derechos inscritos, (b) los inscribibles, (c) los inmobiliarios o (d) cualquier *res dubia iuridica* y, en su caso, establecer la norma de conexión con un determinado territorio. Aún podríamos combinar las opciones (ii) y (iii) para dar lugar a la (iv), esto es, el ámbito «territorial y [además] funcional al tiempo de conciliar», de suerte que el concreto tipo de registro en el que sirva un registrador (propiedad, mercantil o bienes muebles) y, copulativamente, su demarcación territorial, limitarían los conflictos que podría conciliar, lo que llevaría a entender únicamente como conciliables los litigios inscribibles. Como se ve, se trata de un *continuum* interpretativo que restringe materialmente de menos a más la libertad del usuario para elegir al tramitador y, por ende, para hacer uso del remedio conciliatorio.

En nuestra opinión, «su ámbito» se refiere al «formativo o técnico» que coincide con el programa de las oposiciones al Cuerpo de aspirantes a registradores; en consecuencia, es conciliable el «Derecho civil» y no simplemente el «inmobiliario» de la primera parte, ni el «registrable» de la segunda, por las siguientes razones: (i) porque en el *preámbulo* el legislador se refiere al «conocimiento directo y especializado [de los registradores]

en el ámbito del derecho de propiedad y en el mercantil, en concreto en sociedades», de manera que este conocimiento es común a todo registrador, sin que el legislador suponga que solo dominen materias mercantiles los registradores que sirvan en un registro mercantil o de Derecho civil quienes sirvan en uno de propiedad, de forma que acceder a estos registros es la consecuencia de disponer de unos conocimientos jurídicos previos que habilitan para ejercer responsabilidades en los mismos y no causa de esta adquisición. Por añadidura, sostener que solo disponen de dominio en estas materias quienes ejercen estos registros supone que, una vez abandonados, estos conocimientos han desaparecido o que cuando se accede a ellos, se recuperan, lo que es de todo punto insostenible; (ii) el texto anteriormente transcrito nos dice «conocimiento directo y especializado en el ámbito del *derecho de propiedad y en el mercantil*» (la cursiva es nuestra), de manera que el legislador atribuyó la competencia al registrador en quien concurrían ambas competencias simultáneamente, dado el uso de la copulativa; sostener la división de competencias por razón del registro servido se correspondería, en cambio, con una conjunción alternativa; (iii) porque el correlativo de «Derecho mercantil» es «Derecho civil», sin que conste la voluntad del legislador de permitir conciliar en toda su amplitud para el primero pero limitar el segundo, ni la procedencia jurídica ni económica de semejante limitación, por lo que se justifica entender «Derecho de propiedad» como «Derecho civil», máxime si consideramos que el «Derecho civil mobiliario» queda incluido en «registrable»; (iv) por el Anteproyecto LM (dos) que, al prever las materias sobre las que necesariamente deberá tramitarse mediación antes de interponer la acción judicial, incluye las de *todo* el Derecho civil —patrimonial, esto es, disponible— y mercantil —alimentos, responsabilidad contractual y extracontractual, derechos reales, sucesorio, societario, mercantil, acciones de división (de comunidades romanas y hereditarias), propiedad horizontal y arrendamientos—; y del (siete), que al equiparar la mediación con la conciliación, hace que el «dos» deba entenderse igualmente aplicable a la conciliación registral en el sentido de ser todas ellas materias «objeto de mediación o conciliación». Y ello a pesar de que no se prevé la modificación del artículo 103 *bis* LH, quizá porque el texto actual del precepto permite hacer nuestra misma interpretación sobre su alcance material; (v) por la interpretación conjunta del más reciente aún Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal, cuyo artículo 1.2 hace susceptibles de conciliación los «derechos e intereses, siempre que lo acordado no sea contrario a la ley, a la buena fe ni al orden público» y los «asuntos civiles y mercantiles» (art. 3.1), aplicándose este precepto en defecto de lo previsto en el 103 *bis* LH (art. 3.5); (vi) por deducción: si la LJV recoge el principio de alternatividad (*vid.* preámbulo LJV) entendido como la libertad del usuario para elegir entre tipos de

funcionarios, no se entiende por qué esta libertad de elección no llega hasta sus últimas consecuencias cuando no hay ley que lo impida, esta elección se recoge previamente en la LEC para el foro judicial y, por último, en la LN para el notario —obsérvese que en los dos primeros casos la elección es indirecta por ir referida a la demarcación; en el tercero, en cambio, la elección es directa, del funcionario en cuestión—.

Señala por su parte el artículo 103 *bis* LH que «los Registradores serán competentes para conocer de los actos de conciliación sobre cualquier controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil o que verse sobre hechos o actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público que sean de su competencia», donde «competencia» ofrece las mismas dudas que «ámbito», por lo que damos aquí por reproducidos los argumentos ya expuestos. En cuanto a los litigios enumerados, se han planteado dos posibles lecturas del precepto: (i) controversias «inmobiliaria[s], urbanística[s] y mercantil[es]» «o» —es, precisamente, la conjunción disyuntiva la empleada por el legislador para exponer la alternativa entre dos opciones posibles— «hechos o actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público que sean de su competencia»; (ii) «controversia[s] inmobiliaria[s], urbanística[s] y mercantil[es] [o] hechos o actos» que, además —copulativamente, lo que no solo nos obligaría a ignorar el «o» sino, además, a sustituirlo, contra lo escrito por el legislador, por un «y»—, resulten «inscribibles en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público que sean de su competencia». La segunda (re)lectura da un resultado mucho más restringido en el ámbito material competencial de los registradores; la primera, en cambio, se atiene al texto y es posibilista al permitir que los registradores, en general, concilien todo tipo de litigios.

En cuanto a la tesis literal, defendemos que la inteligencia del precepto exige entender que existen dos grupos de litigios conciliables por el registrador: el primero es el que comprende los de «Derecho civil, mercantil y urbanístico» y el segundo los «hechos o actos inscribibles», de manera que el primer grupo engloba al segundo pues, en lo que aquí interesa, todo derecho inscribible lo es civil, mercantil o urbanístico. Esta afirmación se sostiene (i) por el uso de la conjunción disyuntiva «o», que expresa la alternativa entre dos opciones (ii) quedando ambas perfectamente separadas no solo por aquella sino, también, por un comienzo de semejante para cada una («sobre cualquier controversia» y «[controversia] que verse sobre»); porque (iii) si una alternativa exige como requisito de conciliabilidad el «inscribible», la otra no puede ser exactamente la misma, pues entonces ya no sería alternativa (como establece el precepto), esto es, que el contenido de una no puede coincidir totalmente con el de la otra, de manera que han de tener dos distintos, siquiera parcialmente y (iv) dado que todo inmueble es

inscribible —léase, los derechos constituidos sobre estos—, todo lo «inscribible» (segunda alternativa) ya está contenido en «inmobiliaria» (primera alternativa), lo que nos obliga a buscar un sentido diferente para conservar la alternativa o, de otra manera, pasaríamos de «inmobiliaria o inscribible» a «inmobiliaria e inscribible», convirtiendo la alternativa en copulativa, dando entonces un sentido diametralmente contrario a la literalidad del legal, salvo que se defienda que el legislador quiso repetir dos veces exactamente lo mismo, a ambos lados de la disyuntiva, pero con diferentes palabras, lo que no tiene apoyo alguno ni en la lógica, ni en el principio de economía, ni tampoco sentido aclaratorio —pues «inmobiliario» e «inscribible» son términos unívocos en Derecho—, ni, tampoco casa esta interpretación con el *preámbulo* LJV, al que nos referiremos seguidamente. Y aún si se admitiera la redundancia, esta podría llevarnos a que la repetición es de la primera parte (más amplia). Más clara aún se verá la necesidad de interpretar el artículo 103 *bis* dando alcances diferentes a cada grupo a un lado y otro de la conjunción «o», si consideramos los conflictos que afecten a bienes muebles inscribibles, pues en ellos concurre la condición de «inscribible» pero no de «inmueble»; para este supuesto las interpretaciones posibles serían dos: primero, que, como defendemos nosotros, existen dos alternativas, dos grupos de materias conciliables, donde el primero es el de los litigios de «Derecho civil, mercantil y urbanístico» y que abarcaría a bienes muebles e inmuebles y, el segundo, es el relativo a «hechos o actos inscribibles»; y, segundo, que solo cabe la conciliación por el registrador de los litigios inscribibles descartando, además, de los no inscribibles los mobiliarios; (v) la referencia del *preámbulo* a la formación de los registradores ha de casarse con los conflictos que pueden estos conciliar, como expusimos al principio de este apartado; como argumento menor y en apoyo de los anteriores, (vi) porque la referencia al «Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público *que sean de su competencia*» (las cursivas son nuestras) habría de entenderse entonces como «correspondiente a su formación técnica» para casarlo con lo dicho por el legislador en su *preámbulo* y no con «de su competencia territorial» ni mucho menos «de su competencia territorial y material», de manera que si no existen limitaciones materiales tampoco pueden predicarse que las haya territoriales para la tramitación de la conciliación—; es más, (vii) «inmobiliario» no se corresponde con «mercantil y urbanístico» sino con «Derecho civil»; tan es así que el *preámbulo* se refiere al «Derecho de propiedad», lo que excede de «registrable» e «inmobiliario», de manera que la redacción lógica habría sido la de «civiles, mercantiles y urbanísticos», sin que pueda sostenerse que el legislador quiso limitar el ámbito civil de la conciliabilidad a lo inmobiliario y no hacer lo propio en el mercantil (para el cual, por cierto, hay una referencia a societario pero insiste en el mercantil) o urbanístico; por añadidura, la segunda parte del precepto, al hacer refe-

rencia a los «registros», incluiría igualmente los bienes muebles pero no se citan, sin que de esta omisión pueda deducirse la voluntad del legislador de impedir la conciliación de, concretamente, los litigios mobiliarios no inscribibles pero permitirlo en el caso de los inscribibles; (viii) como argumento menor en apoyo de los anteriores, en los restantes PERC —en particular, los otros dos procedimientos conciliatorios, judicial y notarial— no existe limitación alguna a los asuntos que puedan ser resueltos más allá de que sean disponibles. No existiendo limitación material en aquellos, no existe causa ni jurídica ni económica que justifique la de la conciliación registral. En el mismo sentido se pronuncian los Anteproyectos LM y de Ley de medidas de eficiencia judicial; y, por último, (ix) como argumento igualmente menor en apoyo de las anteriores, de la misma opinión es la RDGRN de 31 de enero de 2018. A la conclusión a la que se llega entonces es que, primero, el artículo 103 *bis* LH debe leerse como sigue: «los Registradores serán competentes para conocer de los actos de conciliación sobre cualquier controversia de su ámbito que es el Derecho civil, mercantil y urbanístico»; segundo, «ámbito» coincide con el programa de las oposiciones al Cuerpo de aspirantes a registradores; tercero, resulta entonces que la competencia del registrador para conciliar viene dada por su formación jurídica y no por el tipo de registro que sirva ni, por ende, su demarcación territorial; cuarto, para la función de conciliación no existe competencia territorial como sí existe, sin embargo, para la función de inscripción (cfr. art. 1 párrafo II.º LH)<sup>15</sup>. *Ergo*, todo registrador es competente para toda conciliación; dicho de otra manera, el usuario tiene libertad plena para elegir el registrador que desee que le tramite su conciliación.

En cuanto a la tesis no literal, presenta los siguientes problemas: (i) la interpretación unitaria tiene que eliminar las dos alternativas por la vía de sustituir, *contra legem*, la partícula «o» por la «y», dando como resultado el texto que sigue: «sobre cualquier controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil [...] [de] hechos o actos inscribibles en el Registro [...] de su competencia» donde «competencia» deberá ser entonces ora material, ora territorial, en los términos ya expuestos; (ii) la determinación de la conexión y su relevancia: el «inmobiliario, mercantil y urbanístico» debe entenderse como «relacionado con» o «relativo a» no siendo lo mismo, además, «controversia inmobiliaria» que «controversia sobre inmuebles», de manera que la primera parece más amplia, mucho más, que la segunda, si esta última se entiende como «controversia [de derechos] sobre inmuebles» y la embebe completamente. Por ejemplo, es «controversia inmobiliaria» pero no de derechos «sobre inmuebles» la que verse sobre la reclamación de importes por facturas de gas o electricidad por servicios prestados para una vivienda o, menos discutible aún, por las obras realizadas en la mejora de la misma vivienda en que, incluso,



podría plantearse que se trata inmediatamente de una «controversia sobre un inmueble» cuando, en realidad, no deja de ser el derecho a un crédito por el impago de los servicios prestados, por muy inscribible que resulte el crédito refaccionario. Sostener lo contrario conllevaría limitar el alcance de la conciliación a derechos que inmediatamente recaigan sobre inmuebles y estos tanto puede entenderse que son solo los reales o también los de crédito inscribibles, pero cuya reducción en modo alguno se deduce de la «justificación» del precepto, del *preámbulo* ni del texto del artículo estudiado ni, tampoco, del simple hecho de considerar uno solo el grupo de litigios conciliables. Pero también quedarían excluidas aquellas conciliaciones en que todos los elementos del litigio o del acuerdo (*vid. supra*) no cumplieran los criterios de la tesis unitaria así: no podría conciliarse cuando en el litigio o el acuerdo intervenga precio o renuncia de acciones, por no ser inmobiliarias ni inscribibles; ídem del anterior en el caso de las particiones hereditarias o de comunidades romanas —precisamente el supuesto en el que, según nuestra experiencia, mayor bien haría la conciliación registral— para el caso de que no todos los bienes fueran inmobiliarios, ídem del anterior en la permuta de inmueble por inmueble cuando intervenga dinero (confróntese art. 1446) o la de mueble por inmueble. Si seguimos una tesis aún más radical dentro de la unitaria, en el momento en que intervengan bienes muebles debería suspenderse la conciliación pues podría entenderse que la partición forma una unidad, sin que quepa la conciliación parcial del litigio; (iii) el momento en que debe producirse la conexión: aún queda por resolver la cuestión de si esta conexión inmobiliaria debe producirse al tiempo del litigio, del acuerdo o de ambas, o si la variación de su intensidad en cada momento procesal puede impedir la conciliación registral. Por ejemplo, ¿es conciliable por el registrador una reclamación de cantidad por responsabilidad extracontractual que termina resolviéndose mediante un acuerdo de dación en pago de una vivienda? (Nosotros entendemos que sí aunque no por ser inmobiliaria sino por ser litigio de Derecho civil traducible en demanda judicial); (iv) la determinación de la demarcación territorial o personal competente: aunque solo la segunda parte del precepto se refiere a la «inscribibilidad» —esto es, susceptible de ser inscrito, aunque antes o después del acuerdo no lo sea—, la tesis unitaria no se detiene en esta cuestión sin que, sin embargo, pueda contestar satisfactoriamente a las siguientes preguntas: en el ámbito mercantil, ¿cómo habrá de considerarse la conexión: tomando como referencia el registro mercantil en el que consta inscrita la persona jurídica o aquel en el que sea inscribible el hecho o negocio jurídico? ¿Y si se trata de personas jurídicas inscritas en distintos registros mercantiles o de fincas inscritas en distintos registros? ¿*Quid* si la conciliación afecta a inmuebles radicantes en diferentes demarcaciones?<sup>16</sup>.



Mientras que la tesis textual —que habilita a todo registrador la competencia para tramitar cualquier conciliación, con independencia del tipo que registro que sirva o su competencia territorial— resuelve satisfactoriamente esta cuestión con una sola conciliación tramitada para todo litigio, referido a una o varias pretensiones o materias, la restrictiva exige precisamente lo contrario: tramitar tantas conciliaciones como demarcaciones registrales afectadas (lo que quiera que se entienda por tal) haya, sin que pueda aún resolverse el supuesto de concurrencia simultánea de varios registros mercantiles y/o de propiedad sin contravenir los principios de alternatividad, idoneidad y simplificación procesal de la LJV. Aún podría salvarse este ilógico defendiendo que sea competente uno solo de ellos, pero esta solución ni está prevista, ni puede deducirse del artículo 103 *bis* LH, ni del resto de preceptos de la misma norma —cuyo artículo 1 párrafo segundo LH prevé, solo para la inscripción, la presentación del título en todos y cada uno de los registros afectados por él por existir, ahora sí, competencia territorial—, ni, por último, de la LJV —que en nada modifica la LH en este punto—. Por añadidura, optar por defender que, existiendo varias conexiones, cualquiera de los registradores resulte competente, lleva a aceptar, precisamente, que el registrador único que la tramite es competente porque tiene formación jurídica para ello y con independencia del registro en el que sirva, lo que a su vez nos lleva a desechar el principio de competencia material y territorial para satisfacer el de alternatividad y suficiencia ya expuestos.

Planteado de una manera más sencilla, dos son las tesis posibles: que, como sostenemos, (i) para el artículo 103 *bis* LH no rige la competencia territorial; (ii) que sí rige la competencia territorial por el artículo 1 párrafo II.º LH —de la que tratamos enseguida— con dos variables: que (ii.a) rige radicalmente, de manera que habrán de tramitarse tantas conciliaciones como registros afectados o que (ii.b) rige relativamente, siendo cualquiera de los registradores conectados competente para tramitar toda la conciliación, esto es, con efecto sobre demarcaciones distintas de la suya. Por último, considérese que cada una de estas teorías debe valorarse a la luz de dos momentos procesales distintos —litigio y acuerdo— y de eventuales reclamaciones plurales conectadas con varias demarcaciones y sobre diferentes materias —Derecho civil, mercantil y mobiliario, por seguir la división funcional de los registros—. Como vemos, la única que satisface la totalidad de los problemas es la de la libertad de elección del registrador tramitador.

En cuanto a la competencia territorial, ya se ha justificado que todo registrador —de la propiedad, mercantil o de bienes muebles— es competente para tramitar la conciliación por razón de la materia, con independencia de que sirva un tipo u otro de registro, pues su competencia resulta de sus

facultades técnicas, identificadas a su vez con el contenido del programa de las oposiciones al Cuerpo de aspirantes a registradores. Empero, debe resolverse una cuestión más: si pese a lo anterior, rige la competencia territorial. Dicho de otra manera, si aunque todo registrador es materialmente capaz de tramitar la conciliación y aunque los problemas sobre competencia funcional presentan cuestiones insuperables, rige, sin embargo, la competencia territorial. Esto es, si el artículo 1 LH que define la función del registro de la propiedad (función de inscripción) y que en su apartado II.º nos dice que «las [...] inscripciones o anotaciones se harán en el Registro en cuya circunscripción territorial radiquen los inmuebles» es o no aplicable a la conciliación<sup>17</sup>.

Los argumentos en favor de la libertad de elección —tesis a la que nos acogemos nosotros—, algunos de los cuales ya han sido expuestos pero que repetimos para conservar la unidad argumentativa, son: (i) por deducción de la «justificación» y del *preámbulo*: «su ámbito» de competencia es el «formativo o técnico» que coincide con el programa de las oposiciones al Cuerpo de aspirantes a registradores (en este mismo sentido, AGUIRRE, 2017); (ii) por el principio de *expressio unius, exclusio alterius* en cuanto que el artículo 1 párrafo II.º LH sobre competencia territorial se refiere expresamente a las «inscripciones o anotaciones», esto es, a la función de inscripción, excluyendo entonces la de conciliación; (iii) porque el artículo 1 LH es propio de la función de inscripción y no de conciliación. Define la función el registro de la propiedad y ya no la competencia del registrador, que con la LJV excede de la extensión de inscripciones y anotaciones. Recuérdese aquí lo dicho más arriba sobre los dos tipos de función que desde la LJV engloban la registral: de conciliación y de inscripción, que juntas suman las registrales; (iv) por el preámbulo LJV, comparado con la EM de Anteproyecto y Proyecto, tal y como se expuso más arriba («2. Los principios de alternatividad y exclusividad»), de manera que, como dijimos entonces, «la alternatividad resulta indubitablemente del preámbulo y su exacto alcance de la EM anteproyecto LJV: “la posibilidad de que el usuario pudiese optar por acudir a unos u otro de los agentes jurídicos para la formalización de las correspondientes actuaciones”», de manera que haya «competencias *compartidas* entre secretarios judiciales, Notarios o Registradores» (las cursivas son nuestras), lo que no puede entenderse solo «entre cuerpos» sino, también, dentro de estos, «entre funcionarios» (en el mismo sentido, AGUIRRE, 2017) para dar sentido a «la facultad que [...] tienen los ciudadanos de acudir a diferentes profesionales», sin que, además, se diga «diferentes cuerpos de profesionales» sino «funcionarios públicos»; máxime, añadimos, cuando el ejercicio de la función conciliatoria se predica individual de todo registrador de un registro concreto; (v) por deducción, nuevamente, del *preámbulo*, pues este se refiere a la «cercanía

material» del registrador tramitador de la conciliación con el conflicto, lo que no puede entenderse referido a un registrador en concreto sino a todos en general, pues el tramitador es desconocedor del conflicto y del inmueble hasta que se le presenta la solicitud de tramitación de la conciliación; aún podría sostenerse que la cercanía no es verdaderamente «material», por sustantiva del conflicto, sino «física», por razón de la finca al tratarse de asuntos inscribibles. Pero el argumento decae nuevamente porque el concepto de conexión es discutible, el litigio puede dar o no lugar a asientos o, incluso, no estar inmediatamente relacionado con ellos y porque el registrador desconoce personalmente las fincas y personas físicas inscritas en su registro. Por lo anterior, la única interpretación razonable es entender «cercanía material» como «propia de su conocimiento técnico»; (vi) por analogía, porque el criterio seguido para los otros dos procedimientos de conciliación —judicial y notarial— es el de libertad de elección, aunque sea indirecta en el caso de la judicial —en donde se elige foro y no juez o letrado de la Administración de Justicia—. *Ídem* del anterior para los restantes PERC; (vii) por reducción al absurdo, pues si se defiende la competencia territorial y el conflicto afecta a varios registros, solo caben dos opciones: o tramitar una sola conciliación para todo el conflicto por un solo registrador de todos los competentes —excepción al principio de competencia territorial que carece de sustento en la LH—, o tramitar una conciliación por cada registro, solución que resulta absurda por contravenir los principios de simplificación mediante acumulación procesal y racionalización predicados por el legislador durante toda la tramitación de la LJV y en su *preámbulo*—; (viii) *ídem* del anterior, pues el criterio de territorialidad para la conciliación quedará indudablemente excluido si la nueva LM recoge la pretensión del *Anteproyecto* a la que ya nos referimos, de incluir a la mediación y la conciliación del tipo que sea (*vid. Anteproyecto*, séptimo) como una fase procesal previa y obligatoria, con consecuencias procesal-judicial posteriores. Deducimos que el legislador fijará el del domicilio del futuro demandado por ser el congruente con la LEC en fase judicial (art. 50.1 LEC) y que podrá o no coincidir con el de la finca afectada, de manera que para la conciliación judicial regiría una competencia y para la registral otra, sin que esta última esté justificada por las razones de protección que mueven a la LEC; y, por último, (ix) por analogía con el diseño institucional de los restantes remedios autocompositivos, en que la confianza de las partes en la persona del tercero-auxiliar —el registrador— es piedra angular para aceptar no solo negociar sino, igualmente, considerar confiables las eventuales propuestas de resolución del conflicto que realice (DÍAZ FRAILE [2016] y AGUIRRE [2017]).

En favor de la competencia territorial, es decir, la no libertad del usuario para elegir el tramitador, puede decirse que: (i) la LJV no es competen-

te para fijar la competencia sino la LH, y esta regula el criterio de territorialidad en su artículo 1 párrafo II.º. Ya hemos rebatido este argumento diciendo que el dicho párrafo tiene por objeto fijar la competencia para extender inscripciones y anotaciones, no para tramitar conciliaciones. Por añadidura, la confianza de las partes en el tercero es propia de todo PERC, lo que hace que en esta materia la LJV rija como normativa especial; (ii) la LJV es competente para ofrecer un modelo procesal, pero al no hacerlo para la conciliación registral, rige la LH, donde el de territorialidad es un aspecto más de aquel (FERNÁNDEZ DEL POZO, 2016: 299); (iii) es dudoso que la LJV haya modificado el régimen de competencia pero es bien claro el que fija la LH; (iii) la LJV sí fija un criterio de competencia territorial al referirse en el artículo 103 bis LH a los registros «que sean de su competencia» lo que debe entenderse no solo en sentido objetivo sino también territorial (DÍAZ FRAILE, 2016). Hemos rebatido este argumento diciendo que semejante interpretación solo considera la segunda parte del artículo 103 bis.1, sin dar sentido satisfactorio a la primera; (v) los otros procedimientos de conciliación registral preexistentes en la LH (arts. 209, 210 y 217, desarrollado este último por el 326 RH) sí prevén indubitadamente la competencia territorial (arts. 209.1 Primera, 210.1 Primera y primer párrafo del artículo que señala que «cuando el Registrador advierta algún error de concepto de los comprendidos en el párrafo primero del artículo 217 de la Ley» lo que solo puede predicarse respecto del titular del registro en que radiquen las fincas), por lo que no estableciendo norma alguna la LJV ni tampoco resultar aplicable la preexistente de la LH, debe seguirse este mismo criterio territorial. Este es el argumento en nuestra opinión más relevante pero que decae rápidamente por los siguientes argumentos: es cierto tanto que los citados en estos artículos son procedimientos conciliatorios como que, además, fijan indubitadamente la competencia territorial. Pero, primero, en ellos concurre, precisamente, un elemento del que carece el artículo 103 bis LH y que es el que fijaría la competencia: son procedimientos inmobiliarios y además inscribibles pero, y he aquí la especialidad, se tramitan por razón de inscripciones ya practicadas que resultan inexactas y con el fin de ser inmediatamente rectificadas. Son, así, procedimientos que nacen en el registro por razón de un asiento registral, se concilian ante el mismo registrador titular del registro en el que se encuentra inscrito el asiento a que el acuerdo se refiere y, por último, resulta muy probable (pero no necesario) que se termine practicando la inscripción del acuerdo en el registro, a fin de rectificar aquel asiento, por ejemplo: «el Registrador convocará a los interesados a fin de lograr el acuerdo [...] hará constar documentalente el acuerdo [...] y procederá a cancelar el historial de la finca registral más moderna y, en su caso, rectificar la más antigua, en la forma acordada» (art. 209 Quinta y Sexta LH). Lo anterior hace que

sean supuestos en que no solo pueden iniciarse a instancia del interesado sino, también, del propio registrador y solo del que sea titular del registro en que inscriban las fincas porque es el único que puede descubrir la doble inmatriculación, las cargas o el error de concepto, al tratarse de una discusión, como se dijo, sobre asientos inscritos y a la sola vista de este registro y de ningún otro. Estas dos circunstancias no concurren en el caso del artículo 103 *bis* LH que solo puede principiarse por solicitud del interesado, no del registrador, al no tener que referirse a asientos inscritos —recuérdese el «inscribible» que no se confunde con «inscrito» ni con «que necesariamente haya de ser inscrito»—; segundo (o tercero), son procedimientos que van del registro al registro: nacen de errores registrales y se tramitan para ser inscritos y así superar aquel. Se entiende entonces que la relación del artículo 103 *bis* LH respecto con los 209, 210 y 217 es de ley general/ley especial; (vi) el letrado de la Administración de Justicia está sometido a competencia territorial (*vid.* art. 2 LJV) y, por analogía, debe estarlo también el registrador. Pero esta atribución tiene por objeto fijar un domicilio en beneficio del demandado en orden más a la racionalización de la organización judicial que a la defensa de garantías y derechos (cfr. *preámbulo* LJV). Por tanto, faltando el pleito, carece de sentido aplicar la organización administrativa propia (AGUIRRE, 2017). Y faltando la obligatoriedad propia del pleito —porque la conciliación es voluntaria—, basta con que el destinatario se oponga a la conciliación para expresar su desacuerdo con la elección del registrador ante el que se pretende su tramitación. En este sentido, dice DELGADO RAMOS (2018) acertadamente que, de aplicarse la analogía tanto puede hacerse en relación con la conciliación de los letrados de Justicia —competencia territorial organizativa, como hemos visto— como la notarial (art. 81 LN) que fija la libertad de elección del notario salvo excepciones. Contra este último argumento puede a su vez alegarse que la registral es más cercana a la labor judicial por jurisdiccional que a la notarial de simple formalización. Mejor nos parece razonar diciendo que la LJV no hace sino recoger el régimen de competencia territorial preexistente para el sistema judicial (cfr. art. 50 LEC), lo que no sería de aplicación al registral por los argumentos expuestos, devolviéndonos nuevamente al artículo 103 *bis* y su *iter* —para quienes entendemos que este no fija un régimen de competencia territorial— o el 1 párrafo II.º LH —para quienes defienden lo contrario—. Abundemos en la idea de la competencia territorial judicial: debe ponerse en duda esta competencia pues el artículo 54 LEC la permite, aunque sea una elección referida al foro y no a la persona del funcionario (elección personal solo posible, por cierto, en el caso del notario, con los consiguientes riesgos en orden a su independencia), por lo que el argumento en favor de la competencia territorial decae, ya que la elección del tramitador de la conciliación judicial sí existe, aunque

indirecta; a mayor abundamiento, tratándose de litigios de Derecho civil patrimonial, que es lo que aquí interesa, la imposición legal del foro judicial es la excepción, no la regla general, (vii) las RRDGRN de 31 de enero de 2018 y 24 de julio de 2019 defienden la competencia objetiva y la territorial —léase, el registrador de la propiedad resuelve (solo) conflictos se entiende que civiles correspondientes (lo que quiera que signifique esto último) al registro de su demarcación, etc.— pero sin ofrecer un solo argumento que sostenga esta tesis. DELGADO RAMOS (2018) ha criticado correctamente las contradicciones que presenta esta declaración —que no argumentario— del Centro Directivo, afirmando que sostener «que cualquier registrador es competente para el acto de conciliación, aunque el acuerdo que se alcance no sea inscribible en ningún registro (afirmación acertada) y luego decir que si el acuerdo es inscribible en un registro que no sea el del registrador en cuestión, este deja de ser competente» carece de sentido; (viii) en la conciliación, el registrador interviene como tal y no como mero profesional, por lo que debe regirse por las normas generales que regulan su función (DÍAZ FRAILE, 2016). Este argumento ya ha sido rebatido, pudiendo añadirse ahora que la labor del conciliador exige una confianza personal, distinta de la general del diseño registral, y esta opinión unánime en la doctrina para todo PERC; (ix) dado que el acta de la conciliación y el expediente de su tramitación deben conservarse en el archivo de legajos (*vid infra*), es lógico pensar que su depósito se haga lo más cerca posible del registro en que vaya a ser inscrito el acuerdo. Pero este argumento decae por varias razones: primero, la LJV no reforma en este aspecto en nada la LH, por lo que la integración debe hacerse con la regulación preexistente. Y esta está pensada para el archivo de documentos referidos a operaciones necesariamente inscribibles en el registro depositario (cancelación de cargas y gravámenes y dobles inmatriculaciones de lo arts. 209 y 210 LH), por lo que la integración en este caso no es posible en la medida en que la conciliación no sea susceptible de inscripción (aún sin dejar por ello de ser inmobiliaria); segundo, en el sistema judicial tanto de resoluciones como de conciliaciones, no rige este criterio procesal, de manera que estableceríamos injustificadamente criterios distintos de actuación para procedimientos semejantes; tercero, habría ocasiones en que no podríamos fijar la conexión o fijaríamos varias posibles en diferentes registros, de manera que no sabríamos por cuál optar; cuarto y último, este problema es de gestión y no de interpretación de la LJV, de manera que existen soluciones tecnológicas muy sencillas y ya puestas en marcha desde hace largo tiempo en los registros, para la conservación e indexación de documentos sin necesidad de vincular el archivo (electrónico) a una demarcación territorial y, por tanto, física. Aún hay un último argumento: lo tratamos a continuación para la conciliación tramitada por registrador incompetente, supuesto que

únicamente deberá plantearse el registrador que aún siga defendiendo la competencia territorial para la conciliación<sup>18</sup>.

## IX. TRAMITACIÓN POR REGISTRADOR INCOMPETENTE

En el epígrafe anterior hemos defendido que el usuario es completamente libre para elegir no solo entre los tres cuerpos funcionariales competentes, sino, además, dentro de estos, al funcionario que estime oportuno. En el caso que aquí interesa, significa que en la conciliación registral no existe competencia territorial, a diferencia del sistema seguido para la calificación e inscripción.

Razonemos, no obstante, qué sucedería para el caso de que se sostuviera la competencia territorial: la conciliación tramitada por registrador incompetente sería nula como conciliación pero válida como transacción, pues la nulidad afectaría al procedimiento pero no al acuerdo, salvo que se sostuviera (y probara) que el acuerdo habría sido distinto de haberse tramitado administrativamente por otro tercero-auxiliar. No es defendible, en cambio, la peregrina idea sostenida por las *Normas* (2017: 7) según la cual esta conciliación se convierte en mediación; tampoco este informe explica semejante «salto en el vacío» (AGUIRRE, 2017) como no sea por una suerte de analogía con la regulación del artículo 715 *in fine* sobre el testamento cerrado nulo, entendiendo el *Colegio de registradores* que la mediación es un PERC de calidad inferior a la conciliación. Esta particular teoría no responde satisfactoriamente, empero, a dos cuestiones: (i) si formalmente se inició un procedimiento de conciliación y no de mediación, ¿cómo justificar la taumaturgia del procedimiento tramitado y hacerlo, además, sin consentimiento expreso del solicitante?; (ii) ¿cómo puede un registrador que no sea mediador por no haber adquirido la oportuna formación exigida por la LM (art. 11.2 LM), tramitar esta particular mediación?

Por añadidura, este acuerdo seguiría beneficiándose del control de legalidad realizado por el registrador, pues la nulidad —de la tramitación, no del acuerdo— se produciría después de haberse llevado a cabo aquella. Y en la medida en que el acta es parte del procedimiento —no el acuerdo que contenga—, la nulidad alcanzaría a esta y a las certificaciones que se emitieran, pues estas últimas son reflejo de aquella. En conclusión, la nulidad afectaría al acta por razón del procedimiento pero no al acuerdo ni a su legalidad ni tampoco a la forma pública del que quedaría revestido; la afección es, pues, despreciable. En consecuencia, las partes que deseen incurrir en nuevos gastos de simple formalización (cfr. art. 1278 CC) deberán acudir a funcionario competente para ello. Por añadidura, la nulidad no haría perder la forma escrita al acuerdo con intervención de testigo, el



registrador, pues aunque incompetente como funcionario no deja por ello de ser un tercero directamente conocedor de lo pactado por las partes, de manera que, incluso, su firma aparece en el acuerdo. El efecto, entonces, no es tanto jurídico como económico.

## X. CONCLUSIONES

I. Principio de alternatividad y exclusividad. Por el principio de (i) alternatividad, existe solo un tipo de conciliación y tres procedimientos distintos, de manera que el usuario de los servicios de conciliación tiene plena libertad para elegir no solo el tipo de funcionario (letrados de la Administración de Justicia, registradores y notarios) sino, además, dentro de estos, el concreto funcionario que desee que tramite su conciliación por generarle mayor confianza. Este principio de alternatividad, finalmente aprobado, resulta ser exactamente el contrario al defendido durante toda la tramitación de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria (LJV). De ahí que su adecuada inteligencia exija acudir no solo al preámbulo de la LJV sino, además, a la exposición de motivos del Proyecto LJV, interpretándolo *a contrario*. Por su parte, el principio de (ii) exclusividad —ahora entendido dentro del de alternatividad y no como opuesto a él— alcanza tres ámbitos: se tramita (a) una sola conciliación por litigio, el (b) tramitador es individual sin que se prevean conciliaciones colegiadas y, por último, cada funcionario competente lo es para tramitar la (c) conciliación en su totalidad, sin necesidad de recurrir a un segundo impulso procesal —ora de control de legalidad del acuerdo, ora de formalización del acta que lo contenga—.

II. El texto del artículo y su inclusión en la Ley Hipotecaria. El artículo 103 *bis* de la Ley Hipotecaria se introdujo en el último momento del *iter* legislativo y de forma apresurada, descoordinada con el resto del articulado, sin atender al nuevo principio de alternatividad (que bien podría llamarse de equivalencia por razón de su resultado), ni al resto de la Ley Hipotecaria, especialmente los otros procedimientos conciliatorios de los artículos 209, 210 y 217, y sin que ni su colocación sistemática, ni su redacción sean las más adecuadas.

III. Recursos interpretativos. La adecuada interpretación del artículo 103 *bis* de la Ley Hipotecaria exige distinguir un aspecto sustantivo, referido al acuerdo, y otro formal, del procedimiento administrativo. Para el primero debe acudirse al Código Civil y, más concretamente a los artículos 1255 y 1809 y siguientes, sobre la autonomía de la voluntad y la transacción, respectivamente; para el segundo, a la Ley Hipotecaria, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y la regulación de los restantes procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos, incluida la LEC. Deben consi-



derarse igualmente la Ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas y los anteproyectos de Ley de impulso de la mediación y de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia, pues estos dos últimos nos indican la dirección que tomará la futura legislación.

XI. *Causa conciliandi* y de transacción. La conciliación es mero procedimiento —*ergo*, queda excluida la *causa conciliandi*— que no se confunde con el acuerdo que se alcance, acuerdo que será un contrato por el que las partes «consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio» (art. 1255 CC) con la finalidad de «evita[r] la provocación de un pleito o pone[r] término al que había comenzado» (art. 1809 CC *in fine*). Por tanto, el acuerdo de conciliación es una transacción y como tal tiene su propia causa, transaccional, consistente en la «terminación del litigio por razón de la prestación recibida»; expuesto de otra manera, «me garantizo no sufrir un pleito porque realizo una prestación» o «realizo una prestación para asegurarme no sufrir un pleito».

IV. Negocio simulado y disimulado. El acuerdo de conciliación alcanzado sin verdadera *res dubia iuridica* es nulo de pleno derecho por falta de causa —terminación del pleito— y objeto —verdadera acción renunciada—. Distinta es la solución que ha de darse cuando el acuerdo de conciliación simulado disimule otro válido y donde todos los elementos necesarios para este se encuentran en el acuerdo de conciliación: *inter partes* valdrá el simulado por ser el real; frente a terceros, en cambio, el simulado, por ser el conocido. Considerando la cuestión en el foro judicial, resulta harto complicado probar la no-creencia de que existía desavenencia jurídica; considerándola en el registral, más difícil resultará aún para el registrador cuando el único medio del que dispone para convencerse (no probar) este extremo es la solicitud de conciliación y sin que la subjetivamente percibida por el registrador falta de correspondencia entre desavenencia declarada y prestaciones que las partes estén dispuestas a realizar para superarla representen indicio alguno en este sentido.

V. Las mutuas concesiones. La conciliación exige mutuas concesiones: por una parte y en todo caso, renunciar a la acción ejercida o por ejercer y, por la otra, dar —de presente y con efectos de presente—, prometer —de presente pero con efectos de futuro— o retener —entiéndase, en propiedad o por cualquier otro título pero siempre superior a la mera facultad de retención o *ius retinendi*; de presente y por un título distinto del inicial—, a lo que puede añadirse renunciar. Es relevante la somera pero suficiente identificación de la fuente de la obligación, la desavenencia que se supera y la acción que se renuncia porque la prescripción contará únicamente respecto de la tercera en relación con la segunda y la primera. El procedimiento no

es utilizable para la renuncia unilateral de uno de los litigantes donde la conciliación sirva únicamente como medio de notificación de aquella sin contraprestación por la otra —renunciando a la acción—. Las concesiones o prestaciones pueden ser de presente —«te doy y, a cambio, renuncias en este mismo acto»— o futuro —«te daré y, a cambio, renunciarás más adelante»— y donde las prestaciones de presente resultan más recomendables por resolver definitivamente el pleito y por el ahorro de costes que suponen, al no exigir un segundo impulso procesal y sus consiguientes costes de simple formalización. En este punto, la *traditio* puede declararse en el mismo acuerdo de conciliación. No corresponde al registrador valorar en su control de legalidad la proporcionalidad de las prestaciones entre sí, ni en relación con las acciones ejercidas.

VI. Todos los funcionarios encargados de conciliar tienen el mismo ámbito de competencia, salvo que la LJV fije expresamente un criterio distinto. La competencia de los registradores para conciliar no resulta del tipo de registro del que sean titulares sino de su capacidad jurídica, donde «su ámbito» se refiere al «formativo o técnico» que coincide con el programa de las oposiciones al Cuerpo de aspirantes a registradores y donde la inteligencia del precepto estudiado exige entender que existen dos grupos de litigios conciliables por el registrador: los de «Derecho civil, mercantil y urbanístico» y los «hechos o actos inscribibles». Por lo anterior y por la inaplicabilidad del artículo 1 párrafo segundo de la Ley Hipotecaria a la conciliación, entre otros, no rige para esta el criterio de competencia territorial. *Ergo*, todo registrador es competente para toda conciliación; dicho de otra manera, el usuario tiene libertad plena para elegir el registrador que desee que le tramite su conciliación.

VII. Tramitación por registrador incompetente. De sostenerse, sin embargo, que existe competencia material, funcional o territorial en el ámbito de la conciliación, la tramitada por funcionario supuestamente incompetente valdrá como transacción, controlada, además, de legalidad, con forma escrita y participación de testigo (el tramitador).

## XI. RESOLUCIONES

- 20 de febrero de 2003<sup>19</sup>
- 5 de mayo de 2003<sup>20</sup>
- 14 de mayo de 2003<sup>21</sup>
- 7 de enero de 2005<sup>22</sup>
- 22 de febrero de 2006 (anulada por sentencia número 627/2017 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza)
- 22 de febrero de 2012<sup>23</sup>

- 13 de septiembre de 2012<sup>24</sup>
- 5 de agosto de 2013<sup>25</sup>
- 9 de julio de 2013<sup>26</sup>
- 19 de diciembre de 2013<sup>27</sup>
- 25 de febrero de 2014<sup>28</sup>
- 27 de marzo de 2014<sup>29</sup>
- 3 de marzo de 2015<sup>30</sup>
- 22 de julio de 2015<sup>31</sup>
- 2 de octubre de 2015<sup>32</sup>
- 4 de mayo de 2016<sup>33</sup>
- 19 de julio de 2016<sup>34</sup>
- 6 de septiembre de 2016<sup>35</sup>
- 21 de diciembre de 2016<sup>36</sup>
- 30 de enero de 2017<sup>37</sup>
- 16 de febrero de 2017<sup>38</sup>
- 27 de febrero de 2017<sup>39</sup>
- 1 de marzo de 2017<sup>40</sup>
- 17 de mayo de 2017<sup>41</sup>
- 26 de julio de 2017<sup>42</sup>
- 18 de octubre de 2017<sup>43</sup>
- 31 de octubre de 2017<sup>44</sup>
- 31 de enero de 2018<sup>45</sup>
- 7 de marzo de 2018<sup>46</sup>
- 27 de junio de 2019<sup>47</sup>
- 20 de julio de 2018<sup>48</sup>
- 24 de julio de 2019<sup>49</sup>
- 24 de julio de 2019<sup>50</sup>
- 14 de noviembre de 2019<sup>51</sup>

## XII. BIBLIOGRAFÍA

- ABITBOL, P. Y BOTERO, F. (2005). Teoría de la elección racional: estructura conceptual y evolución reciente, en *Colombia Internacional* 62, julio-diciembre de 2005, 132-145. Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/rci/n62/n62a09.pdf>.
- ACEMOGLU, D. y ROBINSON, J.A. (2012). *Por qué fracasan los países*. Barcelona: Deusto Ediciones.
- 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/>.

- BANACLOCHE, J. (2015). Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria, en *Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio*. Madrid. La Ley.
- BANCO DE ESPAÑA. El funcionamiento del sistema judicial: nueva evidencia comparada, en *Boletín económico*. Noviembre. Disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/13/Nov/Fich/be1311-art5.pdf>.
- BONEL, L. (1891). *Código Civil español*. T. IV-Lib. IV. Barcelona: A. López Robert, impresor.
- CASADO, E.P. (Coord.) (2016). *Guía para la aplicación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ilustre Colegio nacional de Letrados de la Administración de Justicia*, Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- 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.
- CASSO, I. D. y CERVERA, F. (1950). *Diccionario de Derecho privado*, T. II, G-Z. Barcelona-Madrid-etc: Editorial Labor.
- CASTÁN, J. (1952). *Derecho civil español, común y foral*. Séptima edición. T. IV. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias. Madrid: Instituto editorial Reus.
- 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.
- CONVIVENTIA. Asociación de registradores para la mediación, el arbitraje y la conciliación. (s. f.). Informe de compatibilidad de funciones (sin publicar).
- CORTÉS, A. (2018). Encuentros en la tercera fase: historia de una conciliación notarial, 10 de abril de 2018, en *Notariaabierta*. Disponible en <https://notariaabierta.es/historia-de-una-conciliacion-notarial/>.
- COVARRUBIAS, S. (1611). *Tesoro de la Lengua castellana o española*. Madrid: Luis Sánchez impresor.
- DELGADO RAMOS, J. (2016). Los ciudadanos pueden elegir celebrar actos de conciliación ante el letrado de la Administración de Justicia, ante el notario o ante el registrador. 10 de octubre de 2016, en [www.regispro.es](http://www.regispro.es), Disponible en <https://regispro.es/conciliacion-ante-el-letrado-de-la-administracion-de-justicia-ante-el-notario-o-ante-el-registrador/>.
- (2017). RDGRN de 18 de octubre de 2017: La conciliación registral, al igual que la notarial o ante el letrado de la Administración de Justicia, es documento público y tiene fuerza ejecutiva. Pero para inscribir conciliaciones no notariales la DGRN sigue exigiendo escritura pública; 16 de noviembre de 2017, en [www.regispro.es](http://www.regispro.es). Disponible en <https://regispro.es/rdrn-la-conciliacion-registral-al-igual-que-la-notarial-o-ante-el-letrado-de-la-administracion-de-justicia-tiene-fuerza-ejecutiva-pero-para-inscribir-la-dgrn-exige-siempre-escritura-publica/>.
- (2018). La DGRN insiste en minimizar el alcance y efectos de la conciliación ante el registrador o juzgado, 14 de febrero de 2018. Disponible en [www.regispro.es](http://www.regispro.es), disponible en <https://regispro.es/la-dgrn-insiste-en-minimizar-el-alcance-y-efectos-de-la-conciliacion-ante-el-registrador-o-el-juzgado/>.

- 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.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1957). *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*. Barcelona: Editorial Bosch, S.A.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M. y RUEDA LÓPEZ, N. (2013). El servicio de justicia en España: una aproximación mediante Indicadores, en *eXtoikos*, núm. 12.
- ESCODERO, 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-contentioso-administrativo\\_1828498/](https://www.elconfidencial.com/espana/2019-02-16/costas-judiciales-contentioso-administrativo_1828498/).
- ESPÍN, D. (1979). *Manual de Derecho civil español*. Quinta edición. Vol. III. Obligaciones y contratos. Madrid: Editorial Revista de Derecho privado.
- FALCÓN, M. (1889). *Código Civil español*. T. IV. Madrid: Centro editorial de Gón-gora.
- 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 1809 y siguientes, 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.
- HERRERA, R. (2017). La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles, en *inDret, Revista para el análisis del Derecho*, enero, 1/2017, Barcelona. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/1282.pdf>.
- JÉREZ DELGADO, C. *Los actos jurídicos jurídicamente fraudulentos*. Tesis doctoral (dir. Morales Moreno). Madrid: Universidad autónoma de Madrid. Disponible en: [file:///Users/inigomateo/Downloads/29686\\_jerez\\_delgado\\_carmen.pdf](file:///Users/inigomateo/Downloads/29686_jerez_delgado_carmen.pdf).
- 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. (2007). De la fiducia gestión, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 83, núm. 704, 2585-2677. Madrid: Colegio de registradores de España.
- (2014a). *El derecho de retención*. Pamplona: Aranzadi.
- (2014b). Calificación e inscripción registral del convenio y del laudo arbitral tras la Reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de arbitraje, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 90, núm. 743, 1167-1230. Madrid: Colegio de registradores de España.
- (2022). De la fundamentación económica de los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos. Pendiente de publicación.
- MAYNZ, C. (1892). *Curso de Derecho romano*, Segunda edición. T. II. Valencia: Jaime Molinas, editor.
- MORA-SANGUINETTI, J.S. y GAROUPA, N. [2015]. *Litigation in Spain 2001-2010: Exploring the market for legal services*, Documentos de trabajo núm. 1505. Madrid: Banco de España, disponible en <https://repositorio.bde.es/bitstream/123456789/7159/1/dt1505e.pdf>.
- 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.
- ORE IBARRA, L.O. (2017). ¿Cómo medir o evaluar el éxito de un proceso de diálogo?, en [www.lamula.pe](http://www.lamula.pe). Disponible en <https://transforma.lamula.pe/2017/02/11/como-medir-o-evaluar-el-exito-de-un-proceso-de-dialogo/orasi/>.
- OYUELOS, R. (1932). *Digesto*. T. VII (arts. 1.604 a 1.976). Cuerpo del Derecho español. Madrid.
- PARRÁGUEZ RUIZ, L.S. (2012). *El negocio jurídico simulado*, (tesis doctoral dirigida por don José Antonio Martín Pérez). Salamanca: Universidad de Salamanca. Disponible en [https://gedos.usal.es/bitstream/handle/10366/121399/DDP\\_ParraguezRuizLuisSergio\\_Tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://gedos.usal.es/bitstream/handle/10366/121399/DDP_ParraguezRuizLuisSergio_Tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y).
- PEREA GONZÁLEZ, A. (2020). Liquidación de régimen económico matrimonial y mutuo acuerdo: el «aval registral» a los decretos del Letrado de la Administración de Justicia, en [www.noticiasjuridicas.com](http://www.noticiasjuridicas.com). Disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/15543-liquidacion-de-regimen-economico-matrimonial-y-mutuo-acuerdo:-el-laquo;aval-registralraquo;-a-los-decretos-del-letrado-de-la-administracion-de-justicia/>.
- PÉREZ UREÑA, A.A. (2017). La interrupción de la prescripción extintiva por la reclamación extrajudicial, en *Elderecho.com*, Lefebvre. Disponible en <https://elderecho.com/la-interrupcion-de-la-prescripcion-extintiva-por-la-reclamacion-extrajudicial>.
- POUNDSTONE, W. (1995). *El dilema del prisionero: John Von Neumann, la teoría de juegos y la bomba*. Madrid: Alianza Editorial.
- 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.

- RÍO, A.d. (2021). Nueva apuesta por los medios adecuados de solución de controversias: El silogismo imperfecto, *Conflegal*. Disponible en <https://conflegal.com/20210130-opinion-nueva-apuesta-por-los-medios-adecuados-de-solucion-de-controversias-el-silogismo-imperfecto/>.
- ROBLES GARZÓN, J.A. (2017). *Lecciones breves de Derecho procesal*. Granada: Comares.
- ROCA MENDOZA, O.G. (2008). Reflexiones sobre el fraude a la ley, fraude a los acreedores y la acción pauliana. *Derecho y Cambio Social*, año 5, núm. 13, 2008 (sin paginar). Disponible en <http://www.derehoycambiosocial.com/revista013/fraude%20a%20acreedores.htm>.
- 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>.
- RODRÍGUEZ PRIETO, F. (2019). La conciliación notarial y su forma documental. *El notario del siglo XXI*, núm. 88, noviembre-diciembre. Disponible en <http://www.elnotario.es/practica-juridica/8367-la-conciliacion-notarial-y-su-forma-documental>.
- RONDÓN PEREYRA, U. (Coord.). (2019). Estado de la mediación en España, en [www.fapromed.es](http://www.fapromed.es), abril de 2018. Disponible en <http://www.fapromed.es/docpdf/ESTADO%20DE%20LA%20MEDIACION%20EN%20ESPANA.pdf>.
- [S. A.]. (S. F.). *Código de Hammurabi*. [Ed. Luarna]. S. L. Disponible en: <http://www.ataun.net/BIBLIOTECAGRATUITA/C1%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>.
- [S. A.]. (2009). *Biblia*, trad. Reina-Valera. [S. E.]. Disponible en: <https://media.ldscdn.org/pdf/lds-scriptures/holy-bible/holy-bible-spa.pdf>.
- SALA, J. (1877). *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*. Valladolid: Imprenta y librería nacional y extranjera de H. de Rodríguez.
- QUESADA SÁNCHEZ, A.J. (2001). Sobre la causa y el error en el convenio transaccional: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2000. *Anuario de Derecho civil*, Vol. 54, núm. 04, 1741-1752.
- SÁNCHEZ DE MOLINA, J. (1871). *El derecho civil español*. Madrid: Imprenta de D. J. L. Vizcaíno e Imprenta de d. Manuel Minuesa.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho civil*. T. IV. Segunda edición, corregida y aumentada. Madrid: Estudio tipográfico Sucesores de Rivandeyra.
- SANHAUJA, J.M. (1945). «Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de transacción y principales cuestiones que plantea». *Revista de Derecho Privado*, T. XXIX, 233-245.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, J.L. (1982). *Diccionario jurídico mexicano*, T. I, A-B, México D. F.: Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad nacional autónoma de México.
- SOSPREDÁ NAVAS, F.J. (2016). *Proceso civil. La jurisdicción voluntaria*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- TAJADURA, J. (2006). Sobre los preámbulos de las leyes, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1886-1889.



- TORIBIOS FUENTES, F. (2019). Título IV *bis*. De la conciliación, en *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, 2.<sup>a</sup> ed. (Dominguez Luelmo, dir.). Pamplona: Editorial Aranzadi. Hemos empleado las galeradas sin paginar correspondientes a la tercera edición.
- VÁZQUEZ CUETO, J.M. y GUTIÉRREZ LÓPEZ, F. (2017). Gasto público, medios personales y funcionamiento de la Administración de Justicia en España: ¿el problema es el gasto? *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. 4/2017-oc-tubre. Barcelona.
- 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.
- VON MISES, L. (1982). *Liberalismo*. Madrid: Unión editorial.
- XIOL RÍOS, J.A. (2016). Conciliación y registro, conferencia introductoria de la *Jornada sobre el artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria. Conciliación y registro*, celebrada en el Colegio de registradores el 09 de marzo de 2016, sin publicar.
- ZAPATERO LEÓN, P. (2021). La justicia que buscamos: Hacia un modelo de solución adecuado de controversias. *Confilegal*. 3 de febrero. Disponible en: <https://confilegal.com/20210203-opinion-la-justicia-que-buscamos-hacia-un-modelo-de-solucion-adecuado-de-controversias/>.

## NOTAS

<sup>1</sup> A efectos de simplificar nuestra exposición, nos referiremos a la tramitada por el letrado de la Administración de Justicia como «conciliación judicial» pero en el bien entendido de que existen «conciliación [propriadamente] judicial» (art. 415 LEC) por ser tramitada por el juez, «conciliación del letrado de la Administración de Justicia» (arts. 139 y sigs. LJV), «transacción judicial» (art. 415 LEC) y «allanamiento judicial» (arts. 19 y 21 LEC). Si bien la introducción de la «conciliación privada» constituye, a nuestro parecer, un acierto por dirigirse a desatascar la administración española de Justicia, denominarla de esta manera adolece de dos defectos: ni era necesario el cambio de nombre, ni tampoco darle precisamente el de «conciliación» porque se genera confusión en el lego en Derecho, que no distinguirá entre «conciliación» y «conciliación privada» y donde la solución —de no querer el legislador cambiar la denominación de la segunda— pasaría por renombrar la primera como «conciliación pública», resaltando así el carácter de funcionario público del tramitador y, por tanto, incidiendo en la oficialidad del procedimiento tramitado y del acta resultante.

<sup>2</sup> Para la clasificación de los PERC, *vid.* MATEO VILLA (2022). Sostiene AGUILERA (2016: 1732-1733) que «la conciliación [léase, todo PERC con tercero-auxiliar] se dirige a lograr una composición justa que ponga fin al conflicto de intereses jurídicos»: la afirmación de este autor es correcta, a nuestro parecer, si por «justa» se entiende «lo que así convenga a las partes y acuerden siempre que no contravenga una norma de Derecho imperativo»; a su vez, «justo» se conecta con la labor de tercero-auxiliar del registrador en el sentido de que ni impone ni puede imponer a las partes una solución pero sí puede y debe informar a instancia de estas sobre cuál sea la solución dispositiva prevista por el ordenamiento jurídico —en la práctica, una suerte de informe registral por analogía con el artículo 353 RH, del que trataremos enseguida— o si la pactadas por las partes



se ajusta a Derecho —control de legalidad de lo acordado— y si el contenido (léase, redacción) del acuerdo es completo a los fines que interesan (v. gr., inscripción en el registro de la propiedad; cfr. arts. 9 LH y 51 RH). MARTÍN MARCO (2019: 151), por su parte, asemeja la conciliación registral al dictamen también registral y a la información registral de los artículos 253.3 LH y 334 RH, basándose en la facultad de asesoramiento que proclama el primero y «sin perjuicio de la plena libertad de los interesados para subsanar los defectos a través de los medios que estimen más adecuados para la protección de su derecho»; señala este autor que: «por eso, entendemos que lo que va a hacer el registrador durante la conciliación puede considerarse como una modalidad de aplicación del artículo 253.3 en aquellos casos en los que el informe es solicitado por dos o más partes en conflicto. Es evidente que la actuación del registrador no será la misma cuando se realice una conciliación o un dictamen, pero esta labor de información que deja a salvo la libertad de las partes y que regula este artículo, estará siempre presente en las conciliaciones realizadas por el registrador». Nosotros, en cambio, entendemos, primero, que el procedimiento conciliatorio no se confunde con el informe registral pues en el primero el registrador tramita administrativamente e, incluso, acompaña a las partes en fase de negociación sin que su condición de jurista tenga mayor relevancia hasta el control de legalidad del acuerdo; pero en el segundo se pronuncia (no confundir con que decida). Así, las partes pueden ahorrarse el coste del informe registral por la vía expeditiva de proponerse un acuerdo pues el registrador estará obligado en todo caso a hacer su control de legalidad y exponer sus defectos, lo que vale tanto como el informe. Sentido tiene este, en cambio, cuando las partes deseen asegurarse de la solución ajustada en Derecho para su litigio. De lo anterior resulta que informe y conciliación no se confunden, de manera que puede darse uno sin la otra y viceversa.

<sup>3</sup> Queda descartada la interpretación de que la competencia se haya atribuido no a cada funcionario de estos tres cuerpos sino a los cuerpos mismos. Pero en la medida en que todos estos funcionarios agrupados no tienen identidad jurídica propia, pues el de funcionario es una categoría que se predica individualmente, solo podría defenderse que la atribución, para el caso de ser global, debería serlo en favor de sus respectivos colegios profesionales. En lo que aquí interesa, para el Colegio de Registradores de España sus estatutos fueron aprobados por Real Decreto 483/1997, de 14 de abril, por el que se aprueban los Estatutos generales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España cuyo artículo 4 no incluye al Colegio como titular de la función calificadora —de la que, como veremos, deriva la de conciliación—, de suerte que su actividad más cercana a esta calificación es la del 1.º por el que coordina la actividad de los registradores (subjetiva) y no la registral (objetiva).

<sup>4</sup> Para el Anteproyecto de LJV *vid.* <https://areapsiquiatria.unioviado.es/wp-content/uploads/2019/03/anteproyectoJurisdiccionVoluntaria.pdf>; para la tramitación completa de la LJV, *vid.* <https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/iniciativas/detalleiniciativa/index.html?legis=10&id1=621&id2=000119>.

<sup>5</sup> La economía procesal de la tramitación registral dirigida al ahorro de costes agregados que haga económicamente viable el modelo extrajudicial es evidente: desnuda la solicitud de exigencias formales, control de legalidad (*vid. infra*, en esta misma nota a pie) y formalización públicas automáticas y necesarias, tramitación por un perito en Derecho, no exigencia de abogado ni mucho menos procurador, y conservación perpetua del original del documento a disposición de persona con interés legítimo. Tal es la sinergia en la atribución de esta competencia a letrados de la Administración de Justicia y registradores, que no resulta precisa norma procesal alguna pues el procedimiento ya se adapta a la legislación preexistente, como demostraremos a lo largo de este trabajo para los registradores. Por su parte, para la negociación durante la conciliación el artículo 10.1 LM orienta la cuestión: salvando los requisitos procesales mínimos dichos, el resto «se organizará del modo que las partes tengan por conveniente». Sobre el principio de «economía procesal» nos dice el *Diccionario procesal* (v. *on line*; fecha de la descarga:

5 de noviembre de 2019) que se trata de «una solución pacífica y justa a los conflictos con el menor esfuerzo posible de tiempo, trabajo y dinero. A este fin económico deben responder tanto la regulación del proceso, como la actuación de los jueces y tribunales al aplicar las normas procesales. Si para una necesidad procesal son posibles varias alternativas igualmente válidas, debe elegirse la más rápida y eficaz y la menos costosa». Por «control de legalidad» se entiende la juridicidad de un determinado negocio jurídico para crear o transmitir derechos pero sin consideración a terceros que pudieran contradecirlo; por su parte, «calificación» es el control de legalidad del mismo negocio pero a la luz de los derechos anteriores o coetáneos de terceros que no fueron partes del mismo, a los efectos de determinar su preferencia o concurrencia de rango o, incluso, la posibilidad de que unos lleven a la cancelación de otros. En la medida en que el universo de terceros es potencialmente infinito y desconocido (los negocios celebrados pueden ser verbales, escritos privados, con o sin intervención de testigos, fehacientes, públicos) resulta preciso delimitarlo por la vía de considerar únicamente como tales aquellos que hayan constituido sus derechos de manera indubitada (esto es, que hayan formalizado sus negocios en documentos auténticos cuya veracidad resulte indudable en cuanto a la identidad de las partes, texto del acuerdo y fecha) o, mejor aún, dentro de estos, aquellos que a su vez hubieran sido objeto de presentación en un registro público (registro de títulos) o, por último y en su fase más elaborada y moderna, aquellos que siendo auténticos y presentados en un registro público, hubieran sido, además, objeto de valoración en cuanto a la legalidad de su contenido (control de legalidad), de su preferencia en su contenido (calificación) y de inscripción ordenada sustantiva y formal (registro o inscripción) (registro de derechos). La decisión en cuanto a qué derecho es preferido, si el inscrito o el que se pretenda inscribir, identifica la labor registral con la judicial. De ahí resulta que la calificación supone, de suyo, control de legalidad sin que pueda predicarse la contraria; esto hace que dos negocios controlados de legalidad (sujetos entonces a Derecho) puedan resultar contradictorios entre sí, siendo entonces preferido uno de ellos (v. gr., por la fecha de formalización) mientras que entre uno simplemente controlado de legalidad y otro calificado e inscrito no haya contradicción posible por ser preferido siempre este último (cfr. art. 34 LH). Por último, son posibles tantos controles de legalidad como peritos de Derecho hayan intervenido en el negocio (v. gr., las partes, los abogados de las partes, el mediador o medianero jurista, el notario formalizador, el registrador calificador) pero un solo calificador (el registrador), momento en que el titular inscrito pasa de estar protegido por una simple acción de personal de responsabilidad a otra mejorada real de dominio basada en su inscripción (cfr., nuevamente, art. 34 LH). De esta manera se resuelve la errónea idea de que el sistema español sea de doble calificación: el español, es de plural control de legalidad —tantas como el interesado desee llevar a cabo— y de calificación (registral) única. Aún podría relacionarse el control de legalidad con la posición que cada prestador de servicios jurídico tiene respecto del mercado: para los controladores de legalidad (mediadores, abogados, etc.), sujetos a la libre competencia, dirigidos a satisfacer los intereses del propio cliente sin consideración a los derechos de terceros; la calificación, retirada de los incentivos particulares de cada agente del mercado mediante la competencia funcional (por el tipo de registro servido) o territorial (cfr. art. 1 II.º LH) lo que la retira no del mercado sino de los incentivos individuales, para preocuparse de la funcionalidad general del modelo en forma de aseguramiento de derechos, sin atender a individuos particulares. En todo caso, esta es materia que excede de nuestro trabajo.

<sup>6</sup> AGUILERA (2016: 1739-1740).

<sup>7</sup> Sobre la necesidad de interpretar el artículo 103 bis LH, *vid.* AGUILERA (2016: 1739-1749), *Estudios sobre la reforma...* (2016: 7), FERNÁNDEZ DEL POZO (2016: 300), RAFÍ y DÍAZ REVORIO (2016: 246), SANTOS MARTÍNEZ (2016: 31-32), AGUIRRE (2017), MARTÍN MARCO (2019: 153), TORIBIOS (2019) y *Guía de conciliación* (2019: 2), RRDGRN 31 de enero de 2018, y 27 de junio y 24 de julio de 2019. En cuanto a la falta de identificación de las leyes que deban usarse para interpretar el

artículo 103 *bis* LH, RAFÍ y DÍAZ REVORIO (2016: 246) defienden «la aplicación supletoria [...] [de] los artículos 141 a 147 de la LJV, eso sí, acomodándolos a la normativa propia del registro de la propiedad o mercantil u otro registro público que sea competente» y SOSPREDA (2016: 731) remite a «las normas generales»: en el primer caso no sabemos a qué tipo de acomodación se refiere y, en el segundo, no se deduce si las normas generales son las de la LJV o las de la LH. Para una crítica a la falta de regulación procedimental, *vid.* AGUILERA (2016: 1739-1740). El *preámbulo* (IX) nos dice que la LJV «opera como norma general en su específico ámbito de regulación [...] [que] parte de la regulación de una serie de normas comunes [...] [que] dan forma a un procedimiento general de jurisdicción voluntaria, de aplicación subsidiaria a cada uno de los expedientes en lo no específicamente establecido por cada una de las regulaciones particulares»; y en cuanto a la utilización del *preámbulo* y *exposición de motivos* como herramienta interpretativa, TAJADURA TEJADA (2006: 1886-1889) defiende que esta última es la justificación política que los representantes políticos hacen a los ciudadanos de la norma en cuestión por lo que constituye «una importante ayuda para el intérprete en cuanto podrá encontrar allí cuál fue la voluntad del autor de la norma y utilizarla como criterio para la resolución de las dudas que sobre determinados preceptos del texto normativo pudieran plantearse», sirviendo como criterio integrador y conexión o continuidad entre la situación de partida que motiva la puesta en marcha del procedimiento legislativo con el futuro. Por añadidura, la fuerza de un *preámbulo* radica en que, a diferencia de las exposiciones de motivos, la voluntad del legislador puede ser inferida «directamente» de aquel, de manera que son «el presente actualizado». Muy especialmente en la LJV, la forma de tramitación, el radical cambio de criterio del legislador y las constantes a la causa para atribuir competencia a los registradores, justifican muy especialmente el uso principal del *preámbulo* como herramienta integradora de sus artículos para conocer la finalidad de la norma en su conjunto y de cada precepto en particular; en el mismo sentido, AGUILERA (2016: 1727).

<sup>8</sup> Aún podría defenderse que la *fiducia cum amico* o *cum creditore* son supuestos de causa compleja, pero hemos argumentado en contra de esta posibilidad en otro lugar (MATEO VILLA, 2007).

<sup>9</sup> VIOLA DEMESTRE (2003: 109) nos dice que «el perfil de las recíprocas concesiones de las partes, como medio para alcanzar la finalidad que se predica de la transacción, comporta que este negocio bilateral se considere como propicio para el fraude de ley mediante la simulación de una transacción, con la finalidad, en realidad, de encubrir verdaderas transmisiones patrimoniales»; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1877:580) expone que «suele darse el nombre de transacciones a actos que no admiten duda, y aún a actos prohibidos para atribuirles su fuerza y su irrevocabilidad. Es esto no caben reglas: la prudencia advertirá al [registrador], en cada caso, si el objeto del acto era o no motivo de transacción». Hemos demostrado en la primera parte de este trabajo que el diseño institucional actual de los PERC incentiva el filibusterismo procesal por imponer a «A» un modelo costoso en tiempo y dinero y con escasas probabilidades de éxito dada la posición de «B». Abunda en nuestra idea la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 52 de Barcelona (2015) de recomendable lectura. STS 4471/2015 Roj: STS 4471/2015 - ECLI: ES:TS:2015:4471 Id Cendoj: 28079110012015100588.

<sup>10</sup> Es importante resaltar de la obra de JEREZ DELGADO (1997) que no existe un sujeto omnisciente, conocedor de la psique de las partes y, por tanto, de sus verdaderas intenciones y, por otra, de todos los hechos que permitirían valorar un negocio como fraudulento. Es bien significativo que el *Fichero inmobiliario registral* —más conocido por su autor, el Ilmo. Sr. don Constancio VILLAPLANA a quien tanto deben no solo los registradores sino los juristas en general— no recoja supuesto alguno en que el registrador calificara negativamente un título por fraude de acreedores (v. acción rescisoria, revocatoria o pauliana; búsqueda a través de la *intranet* del Colegio de Registradores el 14/06/2021). Y es que, al fin y a la postre, como acertadamente establecen diversas

RRDGRN el registrador carece de medios suficientes para detectar el fraude pero esta limitación «no puede suponer el desconocimiento de lo que paladinamente muestran, sin sombra de duda, los documentos presentados a calificación. Por ello, y sin perjuicio de reconocer que en principio las meras sospechas no deben ser motivo suficiente para suspender la inscripción (afirmación que posteriormente ha reiterado en la Resolución de 5 de octubre de 2007, BOE de 6 de noviembre, Resolución de 8 de junio de 2009, BOE de 29 de junio, Resolución de 19 de octubre de 2010, BOE de 22 de noviembre y Resolución de 27 de julio de 2011, BOE de 28 de septiembre), rechaza la Dirección General la inmatriculación de una finca cuando resulte palmario [...] [y que] el registrador, al calificar como no puede limitarse a una mera aplicación mecánica y puramente formal de los preceptos legales, sino que puede acudir a la hermenéutica y a la interpretación contextual, lo que puede llevarle a la apreciación de un fraude que impida la inscripción. Véase Resolución de 19 de febrero de 2005»; en el mismo sentido, «la labor calificadora no puede equipararse a la función judicial, por lo que no puede el registrador apreciar el carácter fraudulento de los negocios que merezcan tal calificativo, de igual forma que no puede apreciar la existencia de los sujetos intervinientes de una intencionalidad concreta, o la concurrencia de dolo o intimidación. Son cuestiones todas ellas que han de resolverse en sede judicial. Ahora bien, sigue diciendo el Centro Directivo, que ello no quiere decir que la tarea calificadora deba limitarse a una operación mecánica de aplicación formal de determinados preceptos, ni que al registrador le esté vedado acudir a la hermenéutica y a la interpretación contextual [...] el registrador no puede entrar en la psique del sujeto, [pero] sí puede apreciar el fraude cuando de la documentación presentada resulte *objetivamente* [las cursivas son nuestras] la existencia de un resultado antijurídico. Ahora bien, las facultades del registrador no pueden ir más allá de comprobar (con los medios que puede tomar en cuenta para formar su juicio, es decir, los asientos del registro de los documentos presentados) que se han conculcado de forma clara una ley imperativa o el orden público, o de que falta algún requisito esencial que vicia el acto o negocio documentado, haciendo inválido o ineficaz civil o registralmente, es decir, el carácter fraudulento del título presentado *debe resultar de un modo patente del mismo* [las cursivas son nuestras] (véase por ejemplo Resolución de 21 de mayo de 2007). [En el] caso debatido, concluye la Dirección General que de los datos examinados no puede colegirse que haya existido el fraude intuido por el registrador. Para alcanzar tal condición sería necesario acudir a *medios de prueba extrínsecos a la documentación presentada* [las cursivas son nuestras] y a los asientos del registro, y eso solo lo puede hacer un juez [...] (Resolución de 1 de octubre de 2009, BOE de 3 de diciembre). La Resolución de 29 de septiembre de 2016, BOE de 14 de octubre reitera que quedan fuera del control registral los casos de fraude dolo o intimidación, *salvo que resulten con toda claridad del título presentado* [las cursivas son nuestras]». *Vid.*, STS de 3 de noviembre de 2015, CENDOJ 28079110012015100478; *vid.* AGUILERA (2016: 1741-1742) y DÍAZ FRAILE (2016).

<sup>11</sup> Para un estudio completo de la retención, véase MATEO VILLA (2014a).

<sup>12</sup> SÁNCHEZ DE MOLINA (1871: 55).

<sup>13</sup> El debate aquí planteado se entiende mejor cuando consideramos la distinción (estrictamente) doctrinal entre transacción «pura» —consistente en recíprocos *reconocimientos* de derechos; no compartimos esta denominación porque el artículo 1809 del Código civil no da un sentido tan limitado a la transacción: no aparece el término «reconocimiento» más pasivo, sino el de «dar, prometer o retener», más activo— y «compleja» —«en que además [por comparación con la «pura»] [...], hay atribución de derechos de una parte a otra, como por ejemplo, si una de las partes renuncia a su derecho en la cosa discutida cediéndolo a la otra, a cambio de una compensación pecuniaria» (ESPÍN, 1979: 691). Defienden que la transacción implica la transmisión de los derechos transigidos ESPÓIN (*ibidem*), PUIG PEÑA (citado por aquel), SANAHUJA (1945: 233), CASTÁN (1952: 711) y, más recientemente, GULLÓN (1991: 1770).

<sup>14</sup> Para la inclusión en el acuerdo de conciliación de derechos que nada tienen que ver con la fuente de la obligación pero que sirven para superar el litigio, véase VIOLA DEMESTRE (2003: 269). Sobre estas prestaciones mutuas para la transacción, *ibidem* (84 y 89) sostiene que se exigen «siempre» y son «elemento esencial y característico que individualiza la transacción»; en el mismo sentido GARCÍA GOYENA (1852: 128) y MAYNZ (1892: 625), pues sin ellas la transacción pasaría de contrato oneroso a liberalidad. Para el principio de «economía procesal», se relaciona con «el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional» nos habla la Enciclopedia jurídica (v. *on line*; fecha de la consulta: 2 de septiembre de 2020).

<sup>15</sup> No se detienen en esta cuestión XIOL, SOSPREDA ni CASADO; *vid.* AGUILERA (2016: 1740-1741) ni DÍAZ FRAILE (2016).

<sup>16</sup> Aún debe resolver la tesis restrictiva en cuanto a las materias conciliables si cada conexión se refiere al litigio o al acuerdo y, en su caso, su valor o fuerza para ser merecedora de acceder a la conciliación registral, así: (i) conexión directa e indirecta (v. gr., para el primero, reclamación de derechos del tipo que sean sobre la finca; para el segundo, reclamación de importes por facturas de servicios prestados que a su vez conectan con la finca, como agua, gas, electricidad), (ii) principal o accesoria considerada en términos cualitativos (v. gr., la conciliación versa sobre diferentes prestaciones, donde la relacionada con el inmueble es la de menor relevancia jurídica o negocial) o cuantitativa (existe una reclamación inmobiliaria pero de un importe menor a otra mobiliaria que también se pretende conciliar) y, en su caso, referida al (iii) conflicto o si también cabe que lo sea al acuerdo (v. gr., se reclama un importe por incumplimiento de contrato que se satisface con la concesión de un derecho real inmobiliario). Aún podría limitarse el elenco de litigios conciliables apoyándonos en el término «registrable» e interpretándolo como «susceptible de ser registrado» y fijándolo como requisito imprescindible de la conciliación; pero ello obligaría justificar por qué se deja sin contenido la primera alternativa («controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil») que no exige este requisito y, además, la eventual redundancia del legislador. También podría limitarse el universo de litigios conciliables acudiendo al *Preámbulo* que se refiere solo al «derecho de propiedad». Pero esta interpretación sería igualmente contradictoria no ya solo con la primera parte del artículo 103 *bis* sino, también, con la segunda, pues «inmobiliario» e «inscribible» superan con creces a «derecho de dominio» como puede deducirse de una simple lectura del Código civil y de los artículos 2 LH y 7 RH. Desechada entonces la tesis unitaria, aún puede defenderse la dual pero con el siguiente contenido: que la primera alternativa limita la competencia del registrador por razón de la materia en el sentido de «competencia formativa o técnica» y la segunda, uno de «competencia territorial» de manera que el segundo sea un criterio de especialidad y el segundo no; dicho de otra manera: si el litigio es inscribible solo sería competente el registrador de la demarcación donde pueda practicarse la inscripción (esto es, de donde pueda predicarse la «inscribibilidad») y si no lo es, cualquier registrador. Pero, primero, la segunda alternativa queda embebida en la primera, lo que nos hace volver a la tesis unitaria; (ii) ni tampoco se resuelven así los casos en que exista conexión con varios registros al tiempo de litigio o del acuerdo ni, por último, y lo que es más importante, (iii) puede deducirse del *iter* normativo ni del texto legal semejante relación de especialidad, máxime cuando ambas alternativas están sistemáticamente no solo en el mismo precepto, sino en el mismo apartado y con una relación entre sí que es alternativa y no especificativa. En conclusión, todas las interpretaciones nos llevan a entender que estamos ante dos alternativas, la primera indubitablemente referida a la competencia técnica del registrador —de todo registrador con independencia del tipo de registro que sirva y del lugar en que este radique— y la segunda que tanto puede interpretarse como competencia técnica y solo quizá y con muchas dudas, como competencia territorial y, aún así, quedaría embebida por la primera alternativa. La doctrina no se pronuncia o lo hace de manera confusa sobre este punto al no exponer sus razones, así: para DÍAZ FRAILE (2016) solo lo susceptible de asiento registral (conflicto y acuerdo) es concilia-

ble por el registrador, de manera que los conflictos completamente no-registrales no son conciliables como «cuando se reclamen daños por culpa extracontractual, o [...] sumas debidas por suministros tales como energía eléctrica, gas o telefonía» (SANTOS, 2016, 31); para AGUILERA (2016, 1739-1740) es que litigio recaiga sobre inmueble o resulte inscribible en el registro de la propiedad, lo que es redundante pues todo lo primero lleva a lo segundo, de manera que son lo mismo y, en el mismo sentido, RDGRN de 31 de enero de 2018. *Vid.* RAFÍ y DÍAZ REVORIO [2016, 245], MARTÍN MARCO [2019, 153] y, por último, TORIBIO [2019] quien aunque no identifica claramente el alcance de la competencia registral, reconoce la amplitud que concede la redacción del precepto o, incluso, la imposibilidad para alcanzar su inteligencia).

<sup>17</sup> El principio de competencia territorial no es de esencia del registro sino gerencial, dirigido a asegurar la independencia del registrador al retirarlo de las dinámicas propias del mercado y con ello del incentivo de satisfacer los intereses del pagador de la inscripción y no los generales del tráfico inmobiliario, de manera que así se evitan actuaciones disfuncionales. Desde el punto de vista de la acción implica que ni el calificador ni el calificado pueden determinar *a priori* la identidad del otro ni adecuar su acción en precio ni a exigencia del calificado. La doctrina ha planteado esta cuestión con mayor (AGUIRRE, 2017) o menor profundidad (*Normas de régimen interior*, 2016: 6-7), o, incluso, confusamente (RAFÍ y DÍAZ REVORIO, 2016: 245); AGUILERA (2016: 1745) sostiene que «dada la naturaleza del expediente de conciliación parece más seguro mantener el criterio de poderse solicitar la conciliación ante cualquier registrador» pero sin que en nuestra opinión pueda esta ser «una de las cuestiones capitales» (AGUIRRE, 2017). Pero esta misma doctrina no sigue un método deductivo correcto pues parte automáticamente de la de función registral (histórica) para determinar el régimen que deba aplicarse a la (nueva) función conciliatoria, sin considerar la especialidad regulatoria ni la fuente de la «competencia» de los registradores en general, con independencia del registro que sirvan o su demarcación territorial. Si, en cambio, se sigue nuestro orden deductivo resultará que no estamos ante una laguna legal como parece defender AGUILERA.

<sup>18</sup> Quizá el mejor argumento indirecto de que la LJV no establece el criterio de territorialidad para la conciliación es el conjunto de «exóticos sistemas» (AGUIRRE, 2017) inventados, por el Colegio de Registradores con el objetivo declarado de «encajar esta función [de conciliación] en el esquema de la competencia territorial» pero que, en realidad, encubren un intento de extender el justificado de la inscripción para los PERC, generando entonces disfuncionalidad. Así: Colegio de Registradores (2017: art. 3.2 de las *Normas*) y *Guía de conciliación registral* (2019: 2-3) para la supuesta «integración del artículo 103 bis LH con, entre otros, el 1.2, 209 y 274 y siguientes LH» en que tampoco debió tener muy clara su posición cuando en el último de sus informes afirma que «no obstante, esta interpretación [sobre la competencia territorial] podrá ser sometida a revisión en el futuro en función del debate doctrinal». AGUIRRE (2017) añade por su parte un argumento más: que durante el *iter* normativo se incluyó primero y se eliminó después la sujeción de la conciliación a la competencia territorial; en concreto se eliminó el siguiente texto: que la competencia vendría determinada «por razón de la situación del inmueble, del domicilio de cualquiera de los sujetos de la controversia mercantil, o del hecho o acto inscribible en el registro público competente». Este mismo argumento es recogido por DELGADO RAMOS (2017) y MARTÍN MARCO pero ninguno de los tres cita la fuente ni nosotros hemos encontrado este texto ni en el Anteproyecto, ni en el Proyecto. La competencia territorial judicial se da en dos casos: para la propiedad horizontal (art. 52.1 8.º LEC) y para la ejecución de bienes hipotecados (art. 684.1 1.º LEC); para la notarial, el artículo 81 LN es el correlativo al preexistente 3 párrafo II.º RN.

<sup>19</sup> *BOE* núm. 71, de 24 de marzo de 2003, 11664 a 11666; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?lang=ca&id=BOE-A-2003-5940](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?lang=ca&id=BOE-A-2003-5940); fecha de la descarga: 26 de octubre de 2019.



<sup>20</sup> *BOE* núm. 138, de 10 de junio de 2003, 22440 a 22441; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-11690](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-11690); fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

<sup>21</sup> *BOE* núm. 146, de 19 de junio de 2003, 23739 a 23740; <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-12262>; fecha de la descarga: 25 de octubre de 2019.

<sup>22</sup> *BOE* núm. 42, de 18 de febrero de 2005, 6065 a 6066; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-2781](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-2781); fecha de la consulta: 28 de octubre de 2019.

<sup>23</sup> *BOE* núm. 65, de 16 de marzo de 2012, 24200 a 24204; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-3783](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-3783); fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

<sup>24</sup> *BOE* núm. 254, de 22 de octubre de 2012, pp.74631 a 74634; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-13089](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-13089); fecha de la descarga: 25 de octubre de 2019.

<sup>25</sup> *BOE* núm. 229, de 24 de septiembre de 2013, pp.77109 a 77111; <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-9921>; fecha de la descarga: 2 de noviembre de 2019.

<sup>26</sup> *BOE* núm. 189, de 8 de agosto de 2013, 57916 a 57917; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-8774](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-8774); fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

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

<sup>28</sup> *BOE* núm. 80 miércoles 2 de abril de 2014 Sec. III. Pág. 28228; <https://www.boe.es/boe/dias/2014/04/02/pdfs/BOE-A-2014-3536.pdf>; fecha de la descarga: 2 de noviembre de 2019.

<sup>29</sup> *BOE* núm. 109, de 5 de mayo de 2014, 34651 a 34654; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-4708](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-4708); fecha de la descarga: 27 de octubre de 2019.

<sup>30</sup> *BOE* núm. 69, de 21 de marzo de 2015, pp.24931 a 24937; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3015](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3015); fecha de la descarga: 2 de noviembre de 2019.

<sup>31</sup> *BOE* núm. 229, de 24 de septiembre de 2015, 85939 a 85945 [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10279](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10279); fecha de la descarga 25 de octubre de 2019.

<sup>32</sup> *BOE* núm. 253, de 22 de octubre de 2015, 98990 a 98994; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-11370](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-11370); fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

<sup>33</sup> *BOE* núm. 136, de 6 de junio de 2016, 37247 a 37251; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?lang=ca&id=BOE-A-2016-5496](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?lang=ca&id=BOE-A-2016-5496); fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

<sup>34</sup> *BOE* núm. 226, de 19 de septiembre de 2016, 66979 a 66986; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-8565](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-8565)

<sup>35</sup> *BOE* núm. 236, de 30 de septiembre de 2016, 70020 a 70025; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-8946](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-8946); fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

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

<sup>37</sup> *BOE* núm. 40, de 16 de febrero de 2017, 10628 a 10633; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-1609](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-1609).

<sup>38</sup> *BOE* núm. 57, de 08 de marzo de 2017, 17308 a 17313; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-2487](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-2487); fecha de la consulta: 28 de octubre de 2019.

<sup>39</sup> *BOE* núm. 64, de 16 de marzo de 2017, 19106 a 19110; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-2887](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-2887); fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

<sup>40</sup> *BOE* núm. 65, de 17 de marzo de 2017, 19568 a 19571; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-2937](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-2937); fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

<sup>41</sup> *BOE* núm. 137, de 9 de junio de 2017, 47867 a 47872, <https://www.boe.es/boe/dias/2017/06/09/pdfs/BOE-A-2017-6540.pdf>; fecha de la descarga: 26 de mayo de 2019.

<sup>42</sup> *BOE* núm. 193, de 14 de agosto de 2017, 81803 a 81809; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-9720](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-9720); fecha de la consulta: 2 de noviembre de 2019.

<sup>43</sup> *BOE* núm. 274, de 11 de noviembre de 2017, 108655 a 108662; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-13001](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-13001); fecha de la consulta: 28 de octubre de 2019.

<sup>44</sup> *BOE* núm. 286, de 24 de noviembre de 2017, 114011 a 114016; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-13612](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-13612); fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

<sup>45</sup> *BOE* núm. 39, de 13 de febrero de 2018, 17750 a 17757; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-1945](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-1945); fecha de la descarga: 2 de noviembre de 2019.

<sup>46</sup> *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](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?lang=va&id=BOE-A-2018-4279); fecha de la descarga: 2 de noviembre de 2019.

<sup>47</sup> *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](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-10880); fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

<sup>48</sup> *BOE* núm. 190, de 7 de agosto de 2018, 79720 a 79729 ; Disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-11321](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-11321); fecha de la descarga: 26 de mayo de 2019.

<sup>49</sup> *BOE* núm. 231 miércoles 25 de septiembre de 2019, 105621; <https://www.boe.es/boe/dias/2019/09/25/pdfs/BOE-A-2019-13612.pdf>; fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

<sup>50</sup> *BOE* núm. 231, miércoles 25 de septiembre de 2019, 105621; <https://www.boe.es/boe/dias/2019/09/25/pdfs/BOE-A-2019-13612.pdf>

<sup>51</sup> *BOE* núm. 290, de 3 de diciembre de 2019, 132305 a 132310; [https://boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17390](https://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17390).

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





Las aportaciones no dinerarias  
y el derecho de retracto en los  
arrendamientos urbanos: estado  
de la cuestión y necesidad de su  
clarificación

*Non-money contributions and the  
right of retract in urban leases:  
state of the art and the need for  
clarification*

*por*

FRANCISCO JAVIER REY MUÑOZ

*Abogado. Doctor en Derecho*

*Profesor de Derecho civil de la Universidad de Córdoba*

**RESUMEN:** En este trabajo abordamos el derecho de retracto del arrendatario urbano —en cuanto que modalidad subsidiaria de ejercicio del derecho de adquisición preferente— deteniéndonos en los títulos jurídicos que habilitan para su ejercicio, en particular en la transmisión a través de una aportación no dineraria de un inmueble urbano arrendado a una sociedad mercantil. En concreto, estudiamos el discreto, pero perceptible cambio de orientación que se viene produciendo en alguna jurisprudencia y doctrina, en virtud del cual se amplía la tipología de transmisiones que

operarían como presupuesto desencadenante de aquel derecho, más allá de su exponente natural constituido por el contrato de compraventa. De este modo, expondremos el estado de la cuestión y la necesidad de que jurisprudencialmente el Tribunal Supremo fije con mayor nitidez los criterios que deben regir en esta materia.

*ABSTRACT: In this work we analyze the right of retraction of the urban tenant—as a subsidiary modality of exercise of the right of preferential acquisition—, dwelling on the legal titles that enable it to be exercised, in particular in the transmission through a non-monetary contribution of a urban property leased to a commercial company. Specifically, we will study the discreet but perceptible change of orientation that has been taking place in some jurisprudence and doctrine, by virtue of which the typology of transmissions that would operate as a triggering presupposition of that right is expanded, beyond its natural exponent constituted by the contract trading. In this way, we will expose the state of the matter and the need for the Supreme Court to establish with greater clarity the criteria that should govern in this matter.*

**PALABRAS CLAVE:** Retracto. Tanteo. Derecho de adquisición preferente. Arrendamiento. Aportación no dineraria. Dación en pago. Permuta. Renta vitalicia.

*KEY WORDS: Withdrawal. Trial and error. Preferential acquisition right. Lease. Non-monetary contribution. Dation in payment. Exchange. Life annuity.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO DE RETRACTO: 1. NATURALEZA Y DELIMITACIÓN. 2. PRINCIPALES MANIFESTACIONES DEL RETRACTO LEGAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO: A) *Retracto de comuneros*. B) *Retracto de coherederos*. C) *Retracto de colindantes*. D) *Retracto de la Ley de Arrendamientos Rústicos*.—III. EL DERECHO DE RETRACTO DEL ARRENDATARIO URBANO: 1. CONCEPTO Y NATURALEZA. 2. ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS: A) *Sujeto activo*. B) *Sujeto pasivo*. C) *Objeto*. 3. PLAZOS Y CONDICIONES PARA SU EJERCICIO. 4. EXCLUSIÓN DEL DERECHO DE RETRACTO.—IV. TÍTULOS HABILITANTES DEL RETRACTO EN EL ARRENDAMIENTO URBANO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA APORTACIÓN NO DINERARIA: 1. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA APORTACIÓN NO DINERARIA. 2. EXAMEN DEL ARTÍCULO 25 DE LA LAU. 3. POSICIÓN DE LA DOCTRINA: A) *Línea de interpretación restrictiva*. B) *Línea de interpretación extensiva*. C) *Línea de interpretación analógica*. D) *Síntesis crítica de la doctrina analizada*. 4. POSICIÓN DE LA JURISPRUDEN-

CIA: A) *Sentencias contrarias a admitir títulos distintos de la compraventa o sus asimilados.* B) *Sentencias que se apartan del criterio de interpretación restrictivo.* C) *Orientación predominante en la actualidad.* 5. POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA.—V. EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE LA APORTACIÓN NO DINERARIA COMO POSIBLE PRESUPUESTO HABILITADOR DEL RETRACTO EN EL ARRENDAMIENTO URBANO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. EFECTOS Y CONSECUENCIAS REGISTRALES. 3. EFECTOS Y CONSECUENCIAS SOCIETARIAS: A) *Perjuicio básico o patrimonial.* B) *Perjuicio cualificado o societario.*—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

HIERING<sup>1</sup> afirmaba en su obra *El espíritu del Derecho Romano* que «*creer en la inmutabilidad de los principios indica falta de sentido histórico*». Sin duda alguna, en la apasionante época que a los juristas nos ha tocado vivir, esta aseveración cobra una virtualidad absoluta. En efecto, si, por ejemplo, analizamos las diferencias que existen entre una hipoteca constituida a finales del siglo XX y una constituida en 2021 —en cuanto a los requisitos para su constitución y su ejecución—, constataremos de modo palmario la radical mutación de los principios hipotecarios que, por vía legislativa y jurisprudencial, se ha operado en beneficio del deudor. Este cambio de coordenadas no afecta únicamente a la hipoteca, sino que es común y extensivo a múltiples instituciones jurídicas, y se viene produciendo desde principios de este siglo, anudado al auge del Derecho de los consumidores y las consecuencias de la crisis inmobiliaria y financiera que arranca en 2008.

Indicaba DÍEZ-PICAZO<sup>2</sup> que «*(...) la seguridad jurídica es el poder de predecir o pronosticar con algún fundamento el resultado que tendrá un litigio futuro que se contempla solo hipotéticamente en cuanto a su producción o que se contempla como ya ocurrió*». Este valor es inversamente proporcional a la excesiva mutabilidad de los principios ancilares que singularizan una determinada institución jurídica. Indudablemente, la permeabilidad al cambio exterioriza el vigor del Derecho y su adecuación a la realidad social de la época, si bien, no podemos soslayar, que esta virtud debilita el principio constitucional de seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 de la Constitución.

Esta tensión dialéctica entre seguridad jurídica y ajuste interpretativo anida en la génesis de este trabajo. En el mismo analizaremos el derecho de retracto del arrendatario urbano —en cuanto que modalidad subsidiaria de ejercicio del derecho de adquisición preferente— deteniéndonos en los

títulos jurídicos que habilitan para su ejercicio, en particular en la transmisión a través de una aportación no dineraria de un inmueble urbano arrendado a una sociedad mercantil. En concreto, estudiaremos el discreto, pero perceptible cambio de orientación que se viene produciendo en alguna jurisprudencia y doctrina, en virtud del cual se podría ampliar la tipología de transmisiones que operarían como presupuesto desencadenante de aquel derecho, más allá de su exponente natural —el contrato de compraventa— en lo que viene a ser otro signo de la heterogeneidad de los principios a la que antes aludíamos.

Además, avanzaremos algunas consecuencias que se podrían derivar de la admisión de este título, su eventual efecto expansivo y esbozaremos el panorama de los principales derechos legales de adquisición preferente en caso de que esta evolución llegue a fraguar.

Debido al enfoque de esta exposición —que aborda un título que hasta la fecha no ha sido mayoritariamente admitido como hábil para el ejercicio de los derechos de adquisición preferente del arrendatario urbano— nos centraremos en el derecho de retracto, pues, en los supuestos que analizaremos, el arrendatario ejercitará su derecho frente a una transmisión previamente consumada. No obstante, en aquellos casos en los que establezcamos que procede el ejercicio del retracto en el arrendamiento urbano, lo dicho, *mutatis mutandis*, será igualmente válido respecto del derecho de tanteo.

## II. EL DERECHO DE RETRACTO

### 1. NATURALEZA Y DELIMITACIÓN

La STC de 1 de marzo de 2012 señala que *«el retracto supone el otorgamiento de una preferencia adquisitiva que otorga a su titular (...) el poder de desviar, por su sola voluntad, el impulso transmisivo subyacente al negocio jurídico celebrado entre el propietario del inmueble y un tercero, subrogándose en los derechos y acciones del comprador y asumiendo, por su parte, las condiciones estipuladas en el negocio jurídico celebrado»*.

De este modo el retracto atribuye a determinadas personas privadas, a las que reconoce el derecho de adquisición preferente previsto por la misma, el poder de modificar, extinguir o constituir una determinada relación jurídica por su sola voluntad, interfiriendo de ese modo en el contrato celebrado por otros sujetos.

Por su parte, el artículo 1521 del Código Civil dispone que *«el retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en el lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago»*.

El derecho de retracto forma parte de los conocidos como derechos de adquisición preferente, junto con los derechos de tanteo, opción y el denominado retracto convencional<sup>3</sup> o derecho de readquisición<sup>4</sup>. Aunque pueden configurarse como derechos de naturaleza personal o crediticia, para LACRUZ BERDEJO<sup>5</sup> «se trata de derechos reales limitados que facultan a su titular para conseguir la transmisión a su favor de una cosa o derecho, por quien fuere su dueño (o titular), pagando su precio». Estos derechos de adquisición preferente constituyen una categoría doctrinal heterogénea tanto por la estructura de cada uno de ellos como por su naturaleza y funcionamiento. Además, se enmarcan en el ámbito de los derechos de modificación, configuración jurídica o potestativos, en cuanto pueden provocar el efecto de crear, modificar o extinguir derechos subjetivos. En definitiva, los derechos de adquisición preferente otorgan a su titular un poder jurídico, de eficacia o naturaleza real o personal, que le facultan para adquirir un bien determinado con prioridad respecto a otra persona o subrogándose en el lugar de quien ya lo había adquirido<sup>6</sup>. Se trata pues, cuando gozan de naturaleza real, de derechos limitativos del dominio en cuanto condicionan la facultad de libre disposición del titular dominical de la cosa.

En concreto, el derecho de retracto precisa para su ejercicio, al igual que sucede con el tanteo, de un presupuesto previo constituido por la decisión de enajenar por parte del propietario. A diferencia de ambos, en el derecho de opción, la facultad de adquirir el bien puede ejercitarse por la simple voluntad del titular del derecho de adquisición previo el cumplimiento de determinados requisitos.

El retracto se diferencia del tanteo por el momento en el que aquel derecho cobra virtualidad. Así, el tanteo puede hacerse efectivo antes de haberse producido la adquisición por el tercero, mientras que el retracto se ejerce después de haberse consumado la transmisión. En este sentido, con base en la etimología del término —*retracto, retraer, volver a traer*— y puesto que el retrayente no readquiere nada, indica ROCA SASTRE<sup>7</sup> que sería más adecuado denominar al retracto como «tanteo de postadquisición».

A su vez, los derechos de tanteo y retracto pueden constituirse o concederse de modo independiente, cumulativo o como un único derecho<sup>8</sup>.

En el primer caso se conceden de forma aislada y sin conexión entre ellos, de modo que el titular puede ejercitar solo el que le haya sido concedido, bien sea el tanteo, bien el retracto.

Cuando se conceden de modo cumulativo, el titular puede ejercitar ambos de forma indistinta, de modo que el retracto no opera como derecho subsidiario al tanteo, sino que puede ejercitarse, aunque voluntariamente no se haya ejercitado el tanteo. Así sucede en el caso del artículo 1636 del Código Civil relativo al tanteo y retracto en el censo enfiteútico<sup>9</sup>.

Finalmente, ambos derechos pueden otorgarse como facultades de un único derecho de adquisición preferente que opera en dos fases, una primera de tanteo y una segunda de retracto. Esta segunda es de carácter subsidiario y solo procede cuando el derecho no haya podido ejercitarse en la primera fase por causas no imputables a su titular. Es decir, el retracto opera como un mecanismo de defensa frente al incumplimiento de la obligación de notificación veraz del transmitente.

Esta última es la tendencia que viene siguiendo el legislador, plasmada en el artículo 25 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU, en lo sucesivo); en el artículo 22 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos (LAR, en lo sucesivo); o en el artículo 568.15 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña relativo a los derechos reales; y se caracteriza por reconocer un único derecho de adquisición preferente que se puede ejercitar por vía de tanteo o, subsidiariamente, por vía de retracto, como dos posibilidades alternativas de carácter excluyente para el ejercicio de un único derecho<sup>10</sup>.

La Propuesta de Código Civil (PCC, en lo sucesivo) elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil (APDC<sup>11</sup>, en adelante) recoge esta tendencia, estableciendo en su artículo 3111-1.2 que *«el derecho de tanteo y el de retracto son facultades de un mismo derecho de adquisición preferente que faculta a su titular para adquirir la propiedad u otro derecho real sobre un bien cuando su propietario o titular decide enajenarlo o efectivamente lo enajena, con preferencia al adquirente y en las mismas condiciones»*.

Los retractos de carácter legal tienen directamente naturaleza real<sup>12</sup>, pues es de esencia que se puedan ejercitar frente a terceros<sup>13</sup>. A su vez, presentan carácter absoluto, aún sin necesidad de inscripción registral<sup>14</sup>. Sin embargo, los retractos de carácter voluntario para tener carácter real deben constituirse con tal naturaleza, cumpliendo las normas estructurales del estatuto jurídico de los bienes, acreditando una razón justificativa suficiente y determinando de forma precisa los contornos del derecho real, entre otros principios<sup>15</sup>.

El artículo 1518 del Código Civil —que constituye una norma de aplicación general en este punto— establece los reembolsos que el retrayente debe abonar al adquirente. De este modo, aunque se trate de una cuestión controvertida, en este precepto se atisba la tesis doctrinal actualmente mayoritaria de que el retracto, realmente, no opera como una subrogación del retrayente en la inicial transmisión del propietario, sino como una nueva transmisión entre el adquirente y el retrayente<sup>16</sup>. Es decir, este adquiere del primer adquirente y no del primer transmitente. De este modo, la alusión a la «subrogación» que se contiene en el artículo 1521 del Código Civil antes transcrito no se emplearía en sentido técnico. Es decir, en el retracto el retrayente no ocupa la posición del adquirente en la primera transmi-

sión, sino que adquiere del citado adquirente, debiéndole abonar el precio y demás conceptos que se expresan en el artículo 1518 del Código Civil. No obstante, no es posible soslayar la tesis clásica de la subrogación, según la cual el retrayente asume la posición subjetiva del adquirente y se subroga en el contrato celebrado entre este y el vendedor<sup>17</sup>.

## 2. PRINCIPALES MANIFESTACIONES DEL RETRACTO LEGAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Sin perjuicio de los derechos de retracto de carácter voluntario que puedan establecerse por pacto entre las partes, en este apartado analizaremos someramente los principales derechos de retracto de carácter legal, salvo el establecido en la LAU, que abordaremos en el apartado III de este trabajo.

### A) *Retracto de comuneros*

Este derecho constituye un derecho de adquisición preferente de carácter legal, que opera una vez que se ha producido la transmisión de su objeto por el copropietario, dando lugar a una adquisición por ministerio de la ley a favor del retrayente siempre que este haya cumplido con todos los presupuestos legales y bajo las mismas condiciones que fueron estipuladas entre el vendedor y el primer adquirente<sup>18</sup>.

En virtud de este retracto, si un comunero vende su cuota a un extraño, los demás condueños tienen derecho a adquirirla en las mismas condiciones que el tercero.

Cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, solo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común.

Como se puede apreciar, la finalidad de este retracto es la de solventar y poner fin a las situaciones de indivisión, que, una vez más, son tratadas con recelo por el Código Civil. La STS de 24 de enero de 1986, con remisión a la de 28 de diciembre de 1963 indicaba al respecto que *«el derecho de retracto regulado en el artículo 1522 del Código Civil, de antigua raigambre en nuestra legislación —Partida 5.ª, título 5.º, Ley 55 y Ley 75 de Toro—, tiene por finalidad esencial evitar en lo posible el fraccionamiento de la propiedad en porciones o cuotas ideales y lograr su consolidación en un solo titular para evitar los efectos antieconómicos de la desmembración dominical y los conflictos que en cuanto a su administración y disfrute suelen surgir entre los condueños; o en otros términos, la función económico-social que en el supuesto de comunidad cumple el retracto es la de disminuir el número de partícipes y aún eliminar, en último extremo, tal estado de pluralidad subjetiva»*.



El retracto de comuneros precisa de la existencia de una copropiedad romana o por cuotas, de modo que este retracto legal no procede en el caso de que exista una comunidad germánica o de otro tipo en la que no existan cuotas. Tampoco es posible su ejercicio en los supuestos de cotitularidad de un derecho real distinto de la propiedad<sup>19</sup>.

Este derecho se establece en el artículo 1522 del Código Civil para el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno ellos. Sin embargo, el amplio término «enajenación», que comprendería una transmisión por cualquier título, debe entenderse, en principio, acotado por el artículo 1521 del Código Civil, que define el retracto legal como «*el derecho a subrogarse, en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago*»<sup>20</sup>. No obstante, también debe admitirse su ejercicio en el caso de las ventas judiciales<sup>21</sup> y administrativas<sup>22</sup>.

La STS de 5 de marzo de 2020, que aborda un retracto de comuneros, incide en la interpretación restrictiva que debe presidir el ejercicio de los retractos legales e indica que el retracto requiere la existencia de una transmisión cuya contraprestación sea *fungible y no personalísima*, por lo que excluye a aquellos contratos que no permitan la subrogación del retrayente en las prestaciones y obligaciones del retraído, como sucede con la aportación a sociedad, la permuta y la renta vitalicia.

Según el artículo 1524 del Código Civil, el retracto de comuneros puede ejercitarse en el plazo de nueve días desde la inscripción de la transmisión en el Registro, y, en su defecto, desde que el retrayente hubiere tenido conocimiento de la transmisión. Dicho plazo es caducidad<sup>23</sup> y de carácter civil, por lo que se computa conforme al artículo 5.1 del Código Civil.

Con arreglo al artículo 1527 del Código Civil, el retrayente debe reembolsar al tercero o retraído las cantidades que dispone el artículo 1518 del Código Civil: precio de la venta, gastos del contrato o cualquier pago legítimo hecho para la venta y los gastos necesarios o útiles hechos en la cosa vendida.

## B) *Retracto de coherederos*

Del mismo modo que el retracto de comuneros, este derecho constituye un derecho de adquisición preferente de carácter legal, que opera una vez que se ha producido la transmisión de su objeto por el coheredero.

Su regulación se incluye dentro de la sección dedicada a la partición y en ella no figura expresamente el término «retracto», sino que se alude a la facultad del coheredero de «subrogarse en lugar del comprador».

Concretamente el retracto de coherederos lo establece el artículo 1067 del Código Civil para el caso de que un coheredero venda su cuota hereditaria a un extraño.

En este derecho también se hace patente la finalidad que informa el retracto de comuneros, constituida por la idea de solventar y poner fin a las situaciones de comunidad que, también en este caso, son tratadas con recelo por el Código Civil (*communio pariat discordias*).

Para que proceda el ejercicio de este retracto es necesario que se haya abierto una sucesión en la que existan una pluralidad de herederos y que, al menos, algunos de ellos hayan aceptado la herencia. Por su parte, una vez producida la partición, en cuanto forma de extinción de la comunidad hereditaria, no puede ejercitarse este de retracto<sup>24</sup>.

Cuando dos o más coherederos quieran usar del retracto, podrán hacerlo en proporción a su respectiva cuota<sup>25</sup>.

El artículo 1067 del Código Civil instituye este retracto para el caso de que la enajenación se produzca mediante contrato de compraventa, pero a este título deben sumarse la dación en pago<sup>26</sup> y la venta judicial o administrativa<sup>27</sup>. E incluso podría adicionarse la permuta cuya contraprestación sea fungible pues, en este caso, es posible que sea verificable por el retrayente<sup>28</sup>, excluyéndose la permuta con contraprestación no fungible por la razón inversa<sup>29</sup>.

Según el citado artículo 1067, el retracto de coherederos puede ejercitarse en el plazo de un mes desde que estos conozcan la transmisión. Se trata de un plazo de caducidad, cuyo *dies a quo* viene constituido por el momento en el que el coheredero tenga conocimiento de la enajenación, sea porque se le ha comunicado, sea porque la ha conocido de otro modo. Dicho conocimiento debe abarcar el de las condiciones en las que la enajenación ha tenido lugar.

Aunque el artículo 1067 solo alude al precio de la compra, el retrayente debe reembolsar al tercero o retraído las otras cantidades que dispone el artículo 1518 del Código Civil.

### *C) Retracto de colindantes*

#### a) Retracto de colindantes del artículo 1523 del Código Civil

Este retracto, también de carácter legal, obedece a la finalidad de incrementar la extensión de las fincas rústicas y aumentar la rentabilidad de las explotaciones agrícolas mediante una explotación más eficiente de los medios de producción del agricultor. Se trata, por tanto, de una institución conectada a la función social de la propiedad agraria<sup>30</sup>.

Su regulación se halla en el artículo 1523 del Código Civil en favor de los propietarios colindantes, para el caso de que se venda una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea.

El concepto de finca rústica no depende exclusivamente de la calificación urbanística de los terrenos, sino que es un concepto de Derecho civil para cuya

determinación es preciso atender a las características concurrentes —situación o emplazamiento; aprovechamiento o destino; preponderancia de uno de los usos; o relación de dependencia entre los mismos<sup>31</sup>—. Tampoco depende de la calificación que conste en un registro público, pues la inscripción tampoco otorga, *per se* y sin más, la naturaleza de rústica a una finca<sup>32</sup>.

El derecho a que se refiere el párrafo anterior no es aplicable a las tierras colindantes que estuvieren separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas.

La finca del propietario colindante que ejerza el retracto también debe ser rústica, pues, aunque la norma no exija este requisito, la finalidad de este retracto es incrementar la extensión de las explotaciones agrícolas<sup>33</sup>.

Si dos o más colindantes usan del retracto al mismo tiempo, será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida; y, si las dos la tuvieran igual, el que primero lo solicite.

Como hemos indicado, la ley limita este retracto al caso de venta, aunque debe admitirse también en caso de dación en pago y en las ventas judiciales o administrativas, pero no en otros en los que la contraprestación no puede ser sustituida por el retrayente, como sucede en la permuta de cosa específica<sup>34</sup>.

En cuanto a los plazos para su ejercicio son los señalados en el artículo 1524 del Código Civil, que antes hemos expuesto para el caso del retracto de comuneros. Del mismo modo, las cantidades a reembolsar son las establecidas en el artículo 1518 antes mencionado.

El retracto de comuneros excluye al de colindantes según dispone el artículo 1524.2.º del Código Civil.

#### b) Retracto de colindantes del artículo 27 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias

La Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias (en adelante LMEA), también establece en su artículo 27 un derecho de retracto a favor de los propietarios de fincas colindantes, que sean titulares de explotaciones agrícolas prioritarias, cuando se trate de la venta de una finca rústica de superficie inferior al doble de la unidad mínima de cultivo.

La titularidad de una explotación agrícola prioritaria requiere el cumplimiento de los requisitos que establece la LMEA<sup>35</sup> y de su reconocimiento como tal por la autoridad administrativa competente, normalmente la comunidad autónoma que corresponda a su ubicación<sup>36</sup>. Por su parte, según dispone el artículo 23 LMEA, la fijación de la unidad mínima de cultivo viene determinada por la legislación autonómica para secano y regadío en los distintos municipios, zonas o comarcas de su ámbito territorial.

Si fueran varios colindantes los interesados en el ejercicio del retracto, será preferido el dueño de la finca que con la adquisición iguale o supere la extensión de la unidad mínima de cultivo. Si más de un colindante cumple esta condición, tendrá preferencia el dueño de la finca de menor extensión. Y cuando ninguna de las fincas colindantes iguale o supere, como consecuencia de la adquisición, la unidad mínima de cultivo, será preferido el dueño de la finca de mayor extensión. Como vemos este último criterio rompe con el que se recoge en el artículo 1524 del Código Civil.

Esta norma solo alude a la compraventa como título habilitante del derecho de retracto<sup>37</sup>, aunque, al menos, habrá que incluir también a las transmisiones que se verifiquen en virtud de subasta pública judicial o administrativa.

El plazo para ejercitar este derecho de retracto será el de un año contado desde la inscripción en el Registro de la Propiedad, salvo que antes se notifique fehacientemente a los propietarios de las fincas colindantes la venta de la finca, en cuyo caso el plazo será de sesenta días contados desde esta notificación.

El propietario colindante que ejercite el derecho de retracto no podrá enajenar la finca retraída durante el plazo de seis años, a contar desde su adquisición.

Aunque la norma guarda silencio sobre este punto, será de aplicación el artículo 1518 del Código Civil respecto del precio y los gastos a reembolsar al tercer adquirente.

#### *D) Retracto de la Ley de Arrendamientos Rústicos*

La LAR, en su artículo 22<sup>38</sup>, establece un derecho de tanteo y retracto a favor del arrendatario que cumpla determinados requisitos subjetivos<sup>39</sup>: que sea agricultor profesional<sup>40</sup> o sea alguna de las entidades del artículo 9.2 —cooperativas agrarias, cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, sociedades agrarias de transformación y comunidades de bienes—.

Este derecho de tanteo y retracto tiene carácter legal y se configura de modo dual en cuanto que dos facultades de un único derecho de adquisición preferente, que operan en dos fases, una primera de tanteo y una segunda de retracto. Esta segunda es de carácter subsidiario y solo procede cuando el derecho no haya podido ejercitarse en la primera fase por causas no imputables a su titular, como mecanismo de defensa frente al incumplimiento de la obligación de notificación veraz del transmitente.

Este derecho se otorga con gran amplitud, para cualquier transmisión *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas, incluso por donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de

la compraventa, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de aquellas<sup>41</sup>. La extensión con la que se concede este derecho al arrendatario rústico se fundamenta en un marcado componente social y tiene sus antecedentes en el artículo 16 de la LAR de 1935 y en el 86 de la LAR de 1980<sup>42</sup>. Por esta razón, hemos de indicar que, a veces, la ley utiliza el término derecho de «adquisición» como diferente al de retracto, para referirse a los supuestos en los que no existe un precio cierto de la finca, siendo necesario realizar una labor de valoración o tasación de la misma.

Al efecto, el transmitente notificará de forma fehaciente al arrendatario su propósito de enajenar y le indicará los elementos esenciales del contrato y, a falta de precio, una estimación del que considere justo. Si el contrato no tuviera precio y el arrendatario no estuviera conforme con la estimación hecha por el arrendador, el valor se determinará por un perito independiente nombrado de común acuerdo por las partes, y, en defecto de acuerdo entre ellas, por la jurisdicción civil conforme a las normas de valoración que establece la legislación de expropiación forzosa.

El arrendatario tendrá un plazo de 60 días hábiles, desde que hubiera recibido la notificación del propietario, para ejercitar su derecho de adquirir la finca en fase de tanteo por el mismo precio y condiciones, debiéndolo notificar al enajenante de modo fehaciente. A falta de notificación del arrendador, el arrendatario tendrá derecho de retracto durante 60 días hábiles a partir de la fecha en que, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión.

En todo caso, la escritura de enajenación se notificará de forma fehaciente al arrendatario, al efecto de que pueda ejercitar el derecho de retracto o, en su caso, el de adquisición<sup>43</sup>, si las condiciones de la transmisión, el precio o la persona del adquirente no correspondieran de un modo exacto con las contenidas en la notificación previa. El mismo derecho tendrá si no se hubiese cumplido en forma el requisito de la notificación previa. En este caso, el retracto o el derecho de adquisición preferente podrán ser ejercitados durante el plazo de 60 días hábiles a partir de la notificación.

Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de adquisición *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas, deberá justificarse la práctica de las notificaciones que se establecen en los párrafos precedentes.

El apartado 5 del artículo 22 dispone que no procederán los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente en las transmisiones a título gratuito, cuando el adquirente sea descendiente o ascendiente del transmitente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o su cónyuge; ni en la permuta de fincas rústicas cuando se efectúe para agregar una de las fincas permutadas y siempre que sean inferiores a diez hectáreas de secano, o a una de regadío, los predios que se permutan.

Estos derechos de tanteo y retracto serán preferentes con respecto a cualquier otro de adquisición, salvo el retracto de colindantes del artículo 1523 del Código Civil, que prevalecerá sobre estos cuando no excedan de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamente. La LAR, pese a ser posterior a la LMEA, no menciona en este punto al retracto de colindantes del artículo 27 de esta norma, por lo que parece que este retracto no gozará de la anterior preferencia<sup>44</sup>.

Los apartados 7, 8 y 9 del artículo 22, contemplan algunas peculiaridades para el ejercicio de estos derechos, en los supuestos de que la totalidad de la finca estuviese arrendada para aprovechamientos diversos; de que varios arrendatarios arrienden diferentes partes de una finca; y de que solo esté arrendada parte de la finca, respectivamente.

### III. EL DERECHO DE RETRACTO DEL ARRENDATARIO URBANO

#### 1. CONCEPTO Y NATURALEZA

La LAU, en sus artículos 25 y 31, establece un especial derecho de adquisición preferente en favor del arrendatario de vivienda y del arrendatario de inmuebles para uso distinto del de vivienda, respectivamente. Este segundo precepto remite al primero, con lo cual se unifica su régimen jurídico.

El citado derecho potestativo solo existe en los arrendamientos sujetos a la LAU, por lo que no se aplica a los excluidos en base al artículo 5 de esta norma, ni a los que se rijan directamente por el Código Civil, como sucede con el arrendamiento de industria.

Además, se concede en su doble vertiente de derecho de tanteo y retracto, como un único derecho que se puede ejercitar bien por vía de tanteo, en la fase previa a la adquisición, bien por vía de retracto, en la fase posterior a la adquisición. Esta segunda es de carácter subsidiario y solo procede cuando el tanteo no haya podido ejercitarse en la primera fase por causas no imputables a su titular, es decir, como mecanismo de defensa frente al incumplimiento de la obligación de notificación veraz del transmitente.

De este modo, el derecho de retracto en el arrendamiento urbano sería una modalidad de ejercicio subsidiario del derecho de adquisición preferente del arrendatario, que opera después de la transmisión efectuada en favor del tercero. Esta transmisión, generalmente, debe haberse consumado, no bastando la mera perfección del contrato de compraventa, siendo preciso que se haya producido una tradición real o simbólica<sup>45</sup>.

A continuación, analizamos su régimen jurídico.

## 2. ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS

### A) *Sujeto activo*

El ejercicio de este derecho corresponde al arrendatario, ya sea el inicial o el que se haya subrogado o sea cesionario del contrato de arrendamiento con arreglo a derecho, lo cual requiere de la existencia de una relación arrendaticia sujeta a la LAU, real y no simulada, formalizada o no en un documento escrito y que esté vigente en el momento en el que se ejercite el derecho<sup>46</sup>. Lo anterior parece descartar al subarrendatario como titular de este derecho dada la dicción literal del artículo 25.1 de la ley especial. En caso de que existan varios coarrendatarios, el ejercicio del derecho requerirá un acuerdo unánime de los mismos *ex* artículo 397 del Código Civil, en tanto que se trata de un acto que excede de la simple administración. Aunque en la jurisprudencia menor se trata de una cuestión controvertida, parece que con la LAU de 1994 no es necesario que el arrendatario se encuentre ocupando el inmueble en el momento de ejercitar el retracto, bastando con que ostente la posesión mediata<sup>47</sup>. Aun así, entendemos que, para que sea posible el ejercicio del retracto por parte del arrendatario-subarrendador, el subarriendo habrá de haberse formalizado con observancia de las normas que disciplinan esta figura.

### B) *Sujeto pasivo*

La legitimación pasiva corresponde al arrendador en el tanteo y al adquirente en el retracto, como consecuencia de la distinta fase en la que operan ambos derechos, dirigidos a privar de la propiedad a quien sea el propietario del inmueble en el momento el que se ejerciten. De este modo, la legitimación pasiva la ostentarán exclusivamente los anteriores en cada caso, sin que el retracto deba dirigirse contra el arrendador-transmisor, que, en este supuesto, no debe ser demandado, ni, salvo pacto en contrario, sufriría ninguna consecuencia jurídica en caso de que prospere el retracto<sup>48</sup>. En caso de haber varios adquirentes, la situación procesalmente dará lugar a un litisconsorcio pasivo necesario, debiendo ser demandados todos ellos.

### C) *Objeto*

El objeto debe ser en todo caso un inmueble cuyo arrendamiento esté sujeto a la LAU, por lo que no serán objeto del mismo los arrendamientos

excluidos por el artículo 5 de esta norma, ni los que estén sujetos directamente al Código Civil.

Además, debe existir una correspondencia entre el inmueble arrendado y el inmueble transmitido, referida a la realidad material de la finca y no a la finca registral<sup>49</sup>.

De este modo, la ley dispone que, si se vende la vivienda y los demás objetos alquilados como accesorios por el mismo arrendador (plaza de garaje, trasteros, etc.), el derecho de adquisición preferente deberá ejercitarse respecto de todos ellos<sup>50</sup>.

Los supuestos de venta conjunta los analizamos en *infra*, § III.4.

### 3. PLAZOS Y CONDICIONES PARA SU EJERCICIO

El ejercicio de este derecho está presidido por la previa realización de dos notificaciones al arrendatario: una primera que debe verificar el arrendador transmitente y otra segunda que debe efectuar el adquirente.

El derecho de tanteo establecido en la LAU puede ejercitarse por el arrendatario en el plazo de treinta días naturales, a contar desde el siguiente a aquel en que el arrendador le notifique en forma fehaciente la decisión de vender la finca arrendada, el precio y las demás condiciones esenciales de la transmisión. Los efectos de esta notificación caducan a los ciento ochenta días naturales siguientes a la misma.

Si el arrendador no realiza la notificación anteriormente citada o se hubiese omitido en ella cualquiera de los requisitos exigidos, así como si fuese inferior el precio efectivo de la compraventa o menos onerosas sus restantes condiciones esenciales, el arrendatario podrá ejercitar el derecho de retracto, reembolsando al comprador el precio de la venta, los gastos del contrato y cualquier pago legítimo hecho para la venta y los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida, según previene el artículo 1518 del Código Civil.

Este derecho de retracto caduca a los treinta días naturales, computados desde el siguiente a la notificación fehaciente que el adquirente debe efectuar al arrendatario, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fue formalizada la compraventa. Al igual que el anterior, este plazo es de caducidad y solo cabría prescindir de él en los supuestos en los que resulte plenamente acreditado que el arrendatario conoció la venta, si bien, para ello, no basta la mera inscripción de la misma en el Registro<sup>51</sup>.

Como es fácil apreciar, el artículo 25 de la LAU establece una garantía de primer orden para la virtualidad de estos derechos del arrendatario, al exigir que se acredite la realización de las notificaciones antes mencionadas, con sus respectivos requisitos, como un *prius* para inscribir en el Registro de la Propiedad las transmisiones de inmuebles urbanos arrendados. Y, además,



cuando el inmueble vendido no estuviese arrendado, para que su transmisión sea inscribible, el vendedor debe manifestarlo así en la escritura, «bajo pena de falsedad en documento público», según el tenor literal del artículo 25 expresado. En este caso, con independencia de las consecuencias para el transmitente, no existe unanimidad respecto a si habrá lugar al derecho de retracto. Una opinión favorable se sostiene por SÁNCHEZ GONZÁLEZ<sup>52</sup>, pudiéndose invocar como argumento el artículo 1320.2.º del Código Civil<sup>53</sup>, a *sensu contrario*, sobre los efectos de la manifestación errónea o falsa del disponente respecto del carácter de la vivienda. En contra se pronuncia MICÓ GINER<sup>54</sup>, que argumenta que esta manifestación falsa no afecta al tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues el arrendatario no cumplió con el plus de diligencia para inscribir su derecho y enervar la protección del tercero, aunque con las dudas que suscita la buena fe de un comprador que no detecta que el inmueble está arrendado.

El ejercicio del derecho de retracto comportará el pago al adquirente de los conceptos enumerados en el artículo 1518 del Código Civil<sup>55</sup>. En caso de discrepancia entre el precio que conste en la escritura pública de transmisión y el efectivamente satisfecho, aunque la cuestión no es pacífica, parece que debe prevalecer este último siempre que pueda acreditarse su veracidad<sup>56</sup>. Así, la STS de 7 de julio de 2010 indica que se debe abonar el precio real y no el de escritura, al margen de cuál sea el valor de la finca, pues esta es una cuestión distinta; o, en sentido similar, *vid.* STS de 28 de junio de 2003. En esta línea se pronuncia el artículo 3112-6.1 PCC de la APDC, que alude al reembolso del *precio realmente pagado, coincida o no con el reflejado en el contrato*. En sentido contrario, GÓMEZ CALLE<sup>57</sup> que, pese a admitir que la posición jurisprudencial dominante concede prevalencia al precio real que sea debidamente probado, se muestra partidaria de dar prioridad al precio de escritura con base en el principio de autorresponsabilidad y en la doctrina de los actos propios, que vinculan al adquirente; y al principio de protección del tercero que ha confiado en la veracidad del precio consignado en el documento.

#### 4. EXCLUSIÓN DEL DERECHO DE RETRACTO

Este derecho de adquisición preferente goza de preferencia sobre cualquier otro derecho similar, excepto sobre el retracto de comuneros o el convencional que figurase inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la celebración del arrendamiento. De este modo, el retracto de comuneros tendrá preferencia sobre el retracto arrendaticio en el supuesto de que se venda una cuota indivisa a un extraño, pero también cuando se adquiera la totalidad del inmueble por un condeño por división de la cosa

común, atendiendo a la lógica y la finalidad del artículo 1522 del Código Civil, en el que prima la *ratio iuris* de extinguir la comunidad<sup>58</sup>.

No procede el ejercicio del derecho de adquisición preferente cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble, ni tampoco cuando se vendan de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos y locales del inmueble. En tales casos, la legislación sobre vivienda podrá establecer el derecho de tanteo y retracto, respecto a la totalidad del inmueble, en favor del órgano que designe la Administración competente en esta materia, resultando de aplicación lo dispuesto anteriormente respecto de las notificaciones que deben practicarse para el ejercicio de tales derechos<sup>59</sup>. No obstante, la norma aclara que, en el caso de que en el inmueble solo existiera una vivienda, el arrendatario sí conservará los derechos de tanteo y retracto previstos en el artículo 25 de la ley especial.

Finalmente, tampoco cabe el ejercicio de este derecho cuando las partes hayan pactado la renuncia del arrendatario al derecho de adquisición preferente, pese a lo cual, el arrendador debe comunicar a aquel su intención de vender la vivienda con una antelación mínima de treinta días a la fecha de formalización de la compraventa. Se trata, en este caso, de una renuncia previa al nacimiento del derecho o, más bien, de una «exclusión voluntaria de la ley aplicable», como precisa la STS de 4 de marzo de 2015.

#### IV. TÍTULOS HABILITANTES DEL RETRACTO EN EL ARRENDAMIENTO URBANO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA APORTACIÓN NO DINERARIA

##### 1. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA APORTACIÓN NO DINERARIA

Las aportaciones no dinerarias se regulan en los artículos 63 a 77 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo LSC) y constituyen un modo de integrar el capital social. Son aquellas realizadas a la sociedad que no consisten en dinero, pero que resultan susceptibles de valoración económica. Así, los bienes o derechos aportados, aunque no sirvan específicamente al objeto social, deben representar un valor económico para la entidad equivalente o superior al nominal de las acciones o participaciones sociales que la sociedad emite como contraprestación<sup>60</sup>.

Estas aportaciones pueden consistir en todo tipo de bienes y derechos que revistan un valor económico, pero que no sean dinero. La LSC regula las aportaciones de bienes muebles e inmuebles en su artículo 64; de de-

rechos de crédito en el artículo 65; y de empresas en el artículo 66, pero también cabe admitir la existencia de otras aportaciones no dinerarias distintas, siempre que se trate de bienes o derechos que gocen de valoración económica objetivable.

En cuanto a su naturaleza jurídica se han mantenido diversas tesis. Así, la teoría de la comunicación o la del «negocio enajenativo de destinación», hoy superadas; la que asimila la aportación no dineraria a la dación en pago o la que lo hace con la permuta<sup>61</sup>; la que la equipara a la compraventa, considerando las acciones o participaciones como signo que representa el dinero; y la que, sin considerar la aportación no dineraria como compraventa, defiende la aplicación analógica de sus normas<sup>62</sup>.

Por su parte, el artículo 64 de la LSC, siguiendo la estela del artículo 1681 del Código Civil en sede de sociedad civil, dispone que el aportante está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos en el Código Civil para el contrato de compraventa y que se aplicarán las reglas del Código de Comercio sobre el mismo contrato en materia de transmisión de riesgos. No obstante, pese a esta remisión a determinados aspectos de la regulación del contrato de compraventa, es necesario tomar en consideración las diferencias existentes entre ambos títulos. En efecto, el contrato de sociedad no tiene carácter sinalagmático, ni es bilateral, ni la sociedad paga un precio por la contraprestación que adquiere en concepto de aportación, ni los intereses que se protegen son exclusivamente los de los socios, por lo que debe concederse primacía a la aplicación de las normas societarias de carácter imperativo<sup>63</sup>, en tanto que la aportación es un acto típico del Derecho societario distinto de la compraventa.

El artículo 60 de la LSC entiende que las aportaciones se realizan a título de propiedad salvo que expresamente se estipulen de otro modo y el artículo 63 establece que en la escritura de constitución o en la de ejecución del aumento del capital social, deberán describirse las aportaciones no dinerarias con sus datos registrales si existieran, la valoración en euros que se les atribuya, así como la numeración de las acciones o participaciones adjudicadas por razón de cada una de ellas.

En las sociedades anónimas el artículo 67 de la LSC requiere su valoración por uno o varios expertos designados por el registrador mercantil del domicilio social. Este valor opera como límite del que se atribuya a la aportación en la escritura de constitución o de aumento de capital. Según el artículo 68 de la norma que comentamos, el experto responderá frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores de los daños causados por la valoración, y quedará exonerado si acredita que ha aplicado la diligencia y los estándares propios de la actuación que le haya sido encomendada. No obstante, el artículo 69 establece algunos supuestos en

los que no es preciso este informe del experto independiente, que deberá ser sustituido por un informe de los administradores. Por su parte, el artículo 77 dispone que los fundadores responderán solidariamente frente a la sociedad, los accionistas y los terceros de la realidad de las aportaciones sociales y de la valoración de las no dinerarias.

Respecto de las sociedades limitadas, el artículo 73 de la LSC establece que los fundadores, las personas que ostentaran la condición de socio en el momento de acordarse el aumento de capital y quienes adquieran alguna participación desembolsada mediante aportaciones no dinerarias, responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de dichas aportaciones y del valor que se les haya atribuido en la escritura, con las excepciones que se establecen en los apartados 2 y 3 de este precepto.

Finalmente, hemos de indicar que, aunque las aportaciones no dinerarias que se prevén en la LSC son las que se realicen en la constitución de la sociedad o con ocasión de un aumento de capital, también cabe que las mismas se lleven a efecto cuando se efectúen estas aportaciones por los socios para compensación de pérdidas, incluidas las que a fondo perdido se registran en la cuenta 118 del Plan General de Contabilidad por cualquier causa<sup>64</sup>.

## 2. EXAMEN DEL ARTÍCULO 25 DE LA LAU

Los artículos 47 y 48 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en lo sucesivo LAU de 1964), establecían como títulos habilitantes para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto los de venta, cesión solutoria y adjudicación de vivienda como consecuencia de división de cosa común, exceptuados, en este último caso, los supuestos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado y de adquisiciones realizadas antes de 1 de enero de 1947.

La LAU de 1994 en su disposición transitoria segunda 3, respecto de los contratos concertados con anterioridad al 1 de enero de 1995 —tras declarar aplicable el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964— excluye los derechos de tanteo y retracto en los casos de adjudicación de vivienda a consecuencia de división de cosa común, cuando los contratos de arrendamiento hayan sido otorgados con posterioridad a la constitución de la comunidad sobre la cosa y en los casos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado.

Sin embargo, la LAU de 1994 menciona exclusivamente a la compraventa como título habilitante de los derechos de adquisición preferente del arrendatario.

En efecto, como es posible constatar en una primera aproximación al artículo 25 de la LAU, este precepto contiene 14 alusiones a términos propios de la transmisión por título de «compraventa», bien sea empleando directamente este vocablo, bien mediante otros que remiten directamente a este contrato, como «vender», «venta», «vendida», «precio», «vendedor» o «comprador», reiterando algunos de ellos en varias ocasiones.

Por el contrario, el citado artículo 25 no contiene alusión alguna a ningún otro título contractual, con lo que se diferencia del artículo 47 de la LAU precedente. Del mismo modo, se diferencia radicalmente del redactado del artículo 22 de la LAR que, con gran amplitud, alude a la transmisión *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas por cualquier título, incluso por donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de la compraventa, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de aquellas.

Por este motivo, no sería difícil concluir, con base en la regla *inclusio unius exclusio alterius*, que estos derechos de tanteo y retracto del arrendatario urbano se circunscriben, exclusivamente, a las transmisiones por título de compraventa y a aquellas que tradicionalmente en nuestro Derecho se le han asimilado, como es el caso de la cesión solutoria o la venta judicial o administrativa en pública subasta<sup>65</sup>, en este último caso si la ejecución no extingue el arrendamiento<sup>66</sup>. En este aspecto cobra gran importancia la modificación introducida por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler en el artículo 13 LAU<sup>67</sup>, que supone un retorno al régimen anterior a la reforma operada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. En efecto, en la redacción inicial de la LAU el arrendamiento no inscrito es oponible frente a la ejecución hipotecaria durante el plazo mínimo de vigencia de 5 años. La modificación operada en 2013 supuso un intento de acomodar el arrendamiento al régimen general de seguridad jurídica del tráfico inmobiliario, basado en la oponibilidad de lo inscrito y en la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito cualquiera que sea su duración. La reforma de 2019 supone el regreso al régimen anterior a la modificación de 2013, de modo que el arrendamiento no inscrito perdura en los supuestos de resolución del derecho arrendador contenidos en el artículo 13 LAU, por lo que el arrendatario tendrá derecho a continuar en la vivienda arrendada durante el plazo mínimo de vigencia de 5 o 7 años, en este último caso si el arrendador es persona jurídica.

Así, parece que estos derechos de tanteo y retracto se alinearían, en cuanto al título que habilita para su ejercicio, con los derechos de retracto de comuneros, coherederos y colindantes, frente al carácter más amplio que, a estos efectos, caracteriza, histórica y actualmente, al tanteo y retracto del arrendatario rústico en la LAR.

### 3. POSICIÓN DE LA DOCTRINA

La doctrina ha venido considerando que el indiscutible escenario en el que opera, de modo general e incontrovertido, el derecho de retracto en el arrendamiento urbano viene constituido por la transmisión del dominio por título de compraventa, siendo excepcional su concesión en los amplios términos que se contienen en el artículo 22 de la LAR<sup>68</sup>.

En este sentido, COSSÍO Y CORRAL<sup>69</sup> y COCA PAYERAS<sup>70</sup>, excluyen del ámbito natural del retracto las enajenaciones en las que no exista precio, en cuanto en las mismas no es posible la subrogación; y BARBER CÁRCAMO<sup>71</sup> señala la subrogación como elemento esencial, que origina que la compraventa sea el ámbito propio y natural del derecho de adquisición preferente.

La admisión de la compraventa se produce también cuando se trata de transmisión de cuotas indivisas<sup>72</sup>. En el caso de venta de la nuda propiedad existen opiniones encontradas: BLASCO GASCÓ<sup>73</sup>, RODRÍGUEZ MORATA<sup>74</sup> o PÉREZ UREÑA<sup>75</sup> consideran que procede el retracto pues, en otro caso, se podría eludir el derecho del arrendatario; en contra FUENTES-LOJO RIUS y FUENTES-LOJO LASTRES<sup>76</sup>, que ponen de relieve que no existe identidad jurídica entre el objeto de la venta y el del arrendamiento. En cuanto a los casos en los que la venta se limita al usufructo, la doctrina se muestra reacia a admitir el retracto en este caso, salvo que se trate de una venta conjunta o sucesiva de la nuda propiedad y del usufructo<sup>77</sup>. No procede en cambio cuando solo existe un precontrato o una promesa de venta<sup>78</sup>.

No obstante, pese al carácter nuclear que desempeña la compraventa en este ámbito, MANRESA Y NAVARRO<sup>79</sup> ya precisó que la alusión a la venta y la dación en pago que efectúa el artículo 1521 del Código Civil respecto de los retractos legales, no se efectúa en sentido limitativo, sino que también serían admisibles aquellos títulos cuya especial naturaleza no impida la subrogación, entendida como la posibilidad de que el retrayente proporcione al adquirente la misma prestación realizada por este al transmitente.

De este modo, en la doctrina existen diferentes opiniones al respecto, pudiéndose indicar que la posición dominante es la de estimar que la venta, la dación en pago y la venta judicial o administrativa e incluso la permuta de cosa genérica, constituyen títulos que habilitan el retracto; mientras que los demás supuestos no lo constituyen, en cuanto que el retrayente no puede proporcionar al adquirente la misma contraprestación que este efectúa. Así, es minoritaria la postura que ni siquiera lo admite en la dación en pago y también lo es aquella que lo acepta aunque no pueda operar el mecanismo de la subrogación. No obstante, la PCC de la APDC representa en este aspecto una clara evolución pro retracto, al admitir los derechos de adquisición de carácter legal respecto de transmisiones a título oneroso en las que no

existe precio propiamente dicho e incluso respecto de transmisiones a título gratuito, en las que se deberá satisfacer el valor del bien,

A continuación, exponemos las principales opiniones doctrinales, que hemos diferenciado —según la extensión con la que admiten el derecho de retracto— en tres líneas que identificamos como interpretación<sup>80</sup> restrictiva, extensiva y analógica.

#### *A) Línea de interpretación restrictiva*

Esta posición doctrinal tiene su base en la propia redacción del artículo 25 de la LAU que, a diferencia del artículo 47 de la LAU de 1964, solo invoca la compraventa y no menciona la cesión solutoria ni la división de la cosa común; y que, en claro contraste con el artículo 22 de la LAR, no alude al elenco de títulos transmisivos que se contienen en este precepto. De este modo, el título que desencadenaría el retracto sería la compraventa y la subasta pública en cuanto modalidad de venta y, según algunos autores, la dación en pago. Aunque hemos preferido aludir a esta línea de interpretación calificándola como «restrictiva», tal vez hubiera sido más acertado denominarla «declarativa»<sup>81</sup>, pues esta corriente interpreta la norma según su sentido literal que, según esta óptica, coincidiría con su espíritu. No obstante, para marcar con mayor nitidez las diferencias entre las distintas líneas doctrinales y por emplear la terminología habitual, hemos optado por conservar la primera.

De este modo, MARTÍN CONTRERAS<sup>82</sup> solo admite la compraventa basándose en la redacción literal del artículo 25 de la LAU y en que una ley de marcado carácter tuitivo debe ser objeto de una interpretación restrictiva. SOSPEDRA NAVAS<sup>83</sup> también alude expresamente a la subasta pública y rechaza la aptitud, a estos efectos, de otros títulos como la dación en pago, permuta, donación o adjudicación de cosa común. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA<sup>84</sup> rechaza la dación en pago porque considera que el artículo 25 LAU no la menciona, a diferencia de los anteriores artículos 47 y 48 de la LAU de 1964. Por el contrario, esta autora admite la transmisión por razón de un procedimiento de ejecución forzosa, puesto que la venta judicial no deja de ser una venta. PÉREZ UREÑA<sup>85</sup> acepta únicamente como presupuestos habilitantes la transmisión por compraventa o subasta judicial y no admite la división de la cosa común por no tener cabida en el artículo 25 LAU; ni la transformación de una comunidad ordinaria en propiedad horizontal mediante el cambio de cuota por piso; ni la venta con pacto de retro cuando encubra un préstamo garantizado con un inmueble; ni la transmisión a censo reservativo; ni la venta de derechos hereditarios<sup>86</sup>. Señala también este autor que no procede el retracto cuando,



con anterioridad al ejercicio de este derecho, se ha producido la resolución extrajudicial de la venta, supuesto en el que debe primar el efecto resolutorio por el carácter restrictivo con el que debe interpretarse esta preferencia<sup>87</sup>. CORDERO LOBATO<sup>88</sup> sostiene que, como el artículo 25.1 de la LAU se refiere exclusivamente a la venta, el retracto no se puede ejercitar en los negocios gratuitos, incluidas las donaciones disimuladas como compraventas; ni en el contrato de vitalicio; ni en las aportaciones societarias; ni en las transmisiones fiduciarias en garantía; ni en los supuestos de adjudicación posterior a la disolución de la comunidad que tenga por objeto el local arrendado. MATEO SANZ<sup>89</sup> solo admite con claridad la venta, considera la dación en pago y la subasta pública como supuestos dudosos y rechaza otros títulos como las transmisiones a título gratuito, la división de cosa común y las onerosas no fungibles o personalísimas. FUENTES-LOJO RIUS y FUENTES-LOJO LASTRES<sup>90</sup>, únicamente admiten el retracto en caso de venta y lo rechazan en la permuta, la permuta a cambio de obra futura, la donación, la donación disimulada como venta, la renta vitalicia, la aportación a sociedad, la adjudicación de vivienda en caso de reducción a capital o la disolución de sociedad con división del haber social entre los socios y, en general, en aquellos títulos en los que, por no existir precio, no sea posible la subrogación del adquirente, puesto que solo si la subrogación consiste en dinero cabe la subrogación.

Finalmente, dentro de esta línea de interpretación restrictiva, algunos autores sí admiten con claridad la dación en pago. Así, MAGRO SERVET<sup>91</sup> considera como doctrina pacífica el criterio restrictivo que ha de presidir la hermenéutica de las limitaciones del dominio, aunque ya admite, además de las transmisiones por título de compraventa y subasta judicial, la dación en pago. En el mismo sentido, O'CALLAGHAN<sup>92</sup>, sobre la base de que el «presupuesto objetivo es la venta, único negocio jurídico al que se refiere este artículo» limita el elenco de títulos que habilitan el retracto del arrendatario urbano a la venta, dación en pago o venta judicial o administrativa; LOSCERTALES FUERTES<sup>93</sup> admite con nitidez la dación en pago considerando que es una forma de transmisión que no puede quedar al margen del derecho de adquisición preferente del arrendatario, porque la norma legal no la excluye; y FORTEA GORBE<sup>94</sup> acepta el ejercicio de este derecho de retracto en caso de enajenación en el seno del concurso por compraventa, subasta o dación en pago.

### *B) Línea de interpretación extensiva*

Esta posición doctrinal supone un avance respecto de la anterior en lo que respecta a la admisión del derecho de retracto, que se desencadenaría



en aquellas transmisiones en las que sea factible que opere el mecanismo de la subrogación. De este modo, esta línea doctrinal —además de la compraventa, la subasta pública y la dación en pago— acepta la permuta de cosa genérica y, en algunos casos, la aportación no dineraria a sociedad cuando la contraprestación revista carácter fungible.

Así, ALBALADEJO<sup>95</sup> mantiene que, como regla, el retracto se concede para los casos de venta, a los que equipara los de dación en pago —el precio es la suma debida— o la subasta pública y que es excepcional su concesión para otros títulos. Acepta también la permuta de cosa genérica, pues, en este caso, el retrayente puede proporcionar al adquirente la misma contraprestación por la que se cambió la cosa retraible. Así, razona este autor, la concesión del retracto en el caso de venta y no en otros, se fundamenta en que el retrayente podía haber proporcionado idéntica prestación —dinero— al vendedor y puede hacer lo propio con el adquirente, al que puede entregar lo mismo que este dio por la cosa que se retrae. En sentido similar, GONZÁLEZ GARCÍA<sup>96</sup> entiende que el ejercicio del retracto resulta factible en aquellas operaciones en las que es viable la subrogación del titular de la preferencia en la posición del adquirente, lo que supone la intangibilidad de la causa, por lo que este autor lo admite en la permuta de cosa genérica. BORRELL Y SOLER<sup>97</sup> pone el acento y matiza que la subrogación supone que no es posible el retracto cuando su titular no puede cumplir las condiciones del contrato, como ocurre con la permuta de cosa específica. Este aspecto también es esencial para ARRECHEDERA ARANZADI<sup>98</sup>, que hace depender la operatividad del tanteo y retracto del hecho de que al vendedor le sea indiferente quien sea la persona del comprador. Insiste en esta premisa FLORES GONZÁLEZ<sup>99</sup>, que precisa que el argumento crítico para admitir el derecho de adquisición preferente, reside en que quien ejercita el tanteo o el retracto se subroga en la posición jurídica del comprador y pueda cumplir con las obligaciones asumidas por este. El factor decisivo descansa, pues, en que el retrayente pueda asumir la contraprestación pactada en sus propios términos. SÁNCHEZ GONZÁLEZ<sup>100</sup> rechaza que este derecho se pueda ejercitar en el contrato de vitalicio, por su carácter aleatorio e *intuitu personae* y en la renta vitalicia por el carácter aleatorio de esta transacción. Tampoco acepta como títulos habilitantes la cesión de bienes del artículo 1175 del Código Civil, en cuanto no hay una transmisión de la propiedad al acreedor; ni la permuta, salvo que la contraprestación se trate de cosa genérica; ni la donación, ni la división de la cosa común<sup>101</sup>. VÁZQUEZ BARROS<sup>102</sup> no admite tampoco la donación, ni la aportación no dineraria a sociedad.

Un paso más en esta línea de interpretación extensiva se puede apreciar en algunos autores que sí admiten la aportación no dineraria a sociedad, cuando la contraprestación revista carácter fungible. Así, BLASCO GAS-

CÓ<sup>103</sup> extiende el retracto a los supuestos de dación en pago, permuta de cosa fungible y a los de transmisión gratuita que encubre una compraventa; y lo niega en la división de cosa común —salvo que haya sido buscada a propósito para burlar el derecho del arrendatario—, en la renta vitalicia y en la aportación de sociedad, aunque con excepciones que entendemos anudadas a la posibilidad de que la contraprestación sea fungible. En sentido similar, RODRÍGUEZ MORATA<sup>104</sup> admite la venta —incluida la subasta pública— y la dación en pago y rechaza la donación, incluida la remuneratoria —salvo que enmascare una venta—, la permuta, la renta vitalicia, la transmisión de la propiedad a censo reservativo y la aportación de inmueble a una sociedad personalista, aunque sí la estima posible caso de que la sociedad sea de tipo capitalista y la contraprestación pueda adoptar carácter fungible.

### *C) Línea de interpretación analógica*

Esta línea doctrinal supone un mayor avance respecto a las dos precedentes en cuanto a la extensión del derecho de retracto, que se concedería —además de en los supuestos de compraventa, subasta pública, dación en pago y permuta de cosa genérica— en otros distintos, aunque en ellos no pueda operar el mecanismo de la subrogación, en los que, como corolario, habrá que abonar al adquirente el valor del inmueble.

Como hemos indicado, en la doctrina —BLASCO GASCÓ<sup>105</sup> o RODRÍGUEZ MORATA<sup>106</sup>— no niegan la posibilidad de que el retracto también se pueda desencadenar en la aportación no dineraria a sociedad, si esta es de tipo capitalista y la contraprestación reviste carácter fungible. Por el contrario, DÍAZ ROMERO<sup>107</sup> lleva esta opinión doctrinal más allá y admite en cualquier caso el título de aportación a sociedad cuando se trata de viviendas, sobre la base de considerar que su naturaleza es la de un negocio traslativo y oneroso, distinto de la dación en pago y de la compraventa, pero al que se aplican analógicamente las reglas de esta. Y lo hace partiendo de una interpretación extensiva del artículo 25 de la LAU que anuda a la función social de la propiedad y al derecho a una vivienda digna, que se recogen en los artículos 33 y 47 de la Constitución, respectivamente. Destaca esta autora la relevancia de la mención que se contiene en la exposición de motivos de la LAU a este respecto, en cuanto alude a que se mantiene el derecho de adquisición preferente para el supuesto de *enajenación de la vivienda arrendada*, sin limitarlo a la compraventa; y el carácter meramente enunciativo de la alusión a este título que se contiene en el artículo 25 de la LAU. Lo anterior, unido a la jerarquía que atribuye al principio de función social de la propiedad y al derecho del arrendatario de acceso a una

vivienda digna, respecto del principio de libertad de contratación, la llevan a defender el retracto en los supuestos de aportación no dineraria a sociedad, al margen de que el inmueble en cuestión revista, o no, una especial importancia para la entidad.

De este modo, según esta autora, cabe el ejercicio del derecho de retracto en la aportación de una vivienda a una sociedad, debiendo el retrayente abonar al adquirente su valor. Esta opinión aproxima el retracto del arrendatario urbano a la regulación contenida en el artículo 22 de la LAR, en cuanto lo admite en escenarios en los que no es posible que opere la subrogación y en los que el pago del valor del inmueble impregna a este derecho de un cierto matiz expropiatorio.

En este sentido, DÍEZ-PICAZO<sup>108</sup>, en sede de arrendamientos urbanos, aunque no aborda en profundidad esta cuestión, admite que cabe el ejercicio del derecho de adquisición preferente «*en los casos en que se vende la vivienda arrendada y, por la misma razón cuando se lleve a cabo la enajenación de carácter oneroso*», concepto claramente más amplio que el de compraventa. Del mismo modo, este autor, cuando aborda los derechos de tanteo y retracto en el caso de enajenación de los derechos del enfiteuta o de la enajenación de la finca enfiteútica —que el artículo 1636 del Código Civil acota a los supuestos de venta o dación en pago— se muestra partidario de extender el tanteo y el retracto a otras enajenaciones onerosas como es el caso de las aportaciones a sociedades<sup>109</sup>.

En esta línea, la PCC de la APDC, establece una regulación novedosa a este respecto distinguiendo entre los retractos legales y los de origen voluntario. Los primeros, según su artículo 3112, proceden en los supuestos de venta, dación en pago o transmisión forzosa en pública subasta o cuando se simula un negocio distinto para eludir el derecho de adquisición preferente, pero este precepto también admite este derecho en los casos de transmisión a título gratuito o en aquellos a título oneroso en los que no existe precio propiamente dicho, en los que se deberá satisfacer el valor del bien<sup>110</sup>. Como precisa BOSCH CAPDEVILLA<sup>111</sup>, se trata de una norma que fortalece el derecho del titular de la preferencia en cuanto no garantiza la indemnidad del tercero. En el caso de los derechos de adquisición preferente de origen voluntario, el artículo 3113.3.1, alude a la venta, dación en pago, transmisión forzosa en subasta pública y aquellos títulos que presenten analogía con los anteriores atendida la naturaleza y función del negocio. Por el contrario, excluye las transmisiones gratuitas *inter vivos* o *mortis causa*.

Como se puede constatar, en esta PCC se ensancha el ámbito de los retractos legales a operaciones en las que no existe propiamente precio y en las que no se puede materializar el mecanismo de la subrogación. Así, esta redacción supone una novedad significativa en este aspecto al asimilar los retractos legales al régimen del retracto en el artículo 22 de la LAR, que es

el único que actualmente comprende todos estos títulos como habilitantes del derecho de adquisición preferente. No obstante, nótese que el artículo 3112 de la PCC respecto de los retractos legales no excluye expresamente a las transmisiones *mortis causa*, que, sin embargo, sí quedan extramuros del artículo 22 de la LAR y del artículo 3113 de la PCC respecto de los derechos de adquisición preferente de origen voluntario.

*D) Síntesis crítica de la doctrina analizada*

En los términos indicados, resulta difícil apreciar en la doctrina una evolución temporal y discriminar sus distintas posiciones en atención a un criterio cronológico. Así, la línea de interpretación restrictiva y la extensiva coexisten actualmente de modo similar a como lo hacían a finales del siglo pasado. Sí hemos de remarcar que la posición dominante sigue siendo la de estimar que la venta, la dación en pago y la venta judicial o administrativa e incluso la permuta de cosa genérica, constituyen títulos que habilitan el retracto; mientras que los demás supuestos lo hacen inviable. No obstante, la línea de interpretación analógica, mantenida con rotundidad por DÍAZ ROMERO<sup>112</sup> en 1999, se ha visto reforzada más recientemente por la regulación que la PCC de la APDC efectúa respecto de los retractos legales, en la que se admite también este derecho en los casos de transmisión a título gratuito o en aquellos a título oneroso en los que no existe precio propiamente dicho, en los que se deberá satisfacer el valor del bien<sup>113</sup>. En este sentido cumple también destacar la opinión de DÍEZ-PICAZO<sup>114</sup> que, como hemos indicado, acepta el retracto en caso de transmisiones de carácter oneroso sin acotarlas a la compraventa, e incluso, como señala en sede de enfiteusis, con admisión expresa de las aportaciones no dinerarias a sociedades<sup>115</sup>.

Desde nuestro punto de vista, de *lege data* y en línea de principio, el ejercicio del retracto no debiera admitirse en el supuesto de aportación no dineraria a sociedad. No en vano, el artículo 25 de la LAU de 1994 no menciona este título y, por el contrario, hace alusión en catorce ocasiones a términos que unívocamente remiten al contrato de compraventa, apartándose claramente del criterio que se contiene en la LAR e incluso del redactado del artículo 47 de la LAU de 1964. Este entendimiento de la cuestión, nos lleva a considerar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo que esboza el camino para la admisión de títulos distintos de la compraventa, la dación en pago y sus asimilados —según exponemos en el expositivo siguiente—, efectúa una interpretación extensiva máxima o analógica en una materia en la que, con la norma vigente y técnicamente, no existe propiamente una laguna legal<sup>116</sup>. Es decir, cabría esta analogía con respecto a otras regula-

ciones vigentes —incluida la contenida en el artículo 22 de la LAR— si el artículo 25 de la LAU se limitara a reconocer al arrendatario un derecho de adquisición preferente, pero sin determinar las transmisiones que lo desencadenan. No siendo así, y puesto que la literalidad de este precepto es clara y unívoca al respecto, en vez de un argumento a *pari ratione* o de analogía, entendemos que procede aplicar un argumento a *contrario sensu* y una interpretación de la norma meramente declarativa.

De *lege ferenda*, también en línea de principio, entendemos que cabría admitir el retracto en el arrendamiento urbano respecto de las aportaciones no dinerarias, cuando como consecuencia del mismo la sociedad solo sufra lo que más adelante denominamos como *perjuicio básico* o *patrimonial*<sup>117</sup>, supuesto que se dará, generalmente, en sociedades cuyas acciones o participaciones constituyan un bien fungible. Por el contrario, no cabría admitirlo cuando, por su ejercicio, se origine lo que denominamos en este trabajo como *perjuicio cualificado* o *societario*<sup>118</sup>. Esta clase de perjuicio suma al anterior una perturbación en la sociedad, entendida como una alteración en la correlación de fuerzas intersocietaria y concurrirá, generalmente, cuando las acciones o participaciones sociales no tengan carácter fungible.

#### 4. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

En la jurisprudencia es posible apreciar dos líneas distintas. Una de ellas es contraria a admitir títulos distintos de la compraventa o sus asimilados; otra se aparta de este criterio mayoritario a finales del siglo pasado y comienzos del presente y, aunque sin afirmarlo categóricamente, esboza la posibilidad de que se admitan otros títulos, según estudiamos a continuación.

##### A) *Sentencias contrarias a admitir títulos distintos de la compraventa o sus asimilados*

###### a) Tribunal Supremo

La jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo<sup>119</sup> solo admite la compraventa y la dación en pago como títulos que legitiman el mecanismo retractual en el arrendamiento urbano. A la compraventa se equiparan los supuestos de enajenación forzosa mediante subasta judicial<sup>120</sup>, con base en que concurren razones análogas a las que, en los casos expuestos, permiten establecer el derecho de adquisición preferente; admitiéndose igualmente el retracto en enajenaciones forzosas realizadas en procedimiento de apremio

administrativo<sup>121</sup>. La admisión de la compraventa opera aunque se trate de transmisión de cuotas indivisas<sup>122</sup>.

Respecto a la dación en pago, hemos de destacar que su aceptación se produce fundamentalmente en sentencias dictadas en relación a arrendamientos sujetos a la LAU de 1964, cuyo artículo 47 admitía expresamente la cesión solutoria, con lo que cabe la duda de si la dación en pago sería admitida tan abiertamente en un arrendamiento sujeto a la LAU de 1994. Lo anterior pese a que la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>123</sup> equipara a estos efectos la compraventa y la dación en pago, rechazando los títulos que *«no se basen concretamente en la compraventa»* y en su *«único equivalente en la adjudicación en pago de deudas»*.

La admisión de la subasta pública —título este al que no se alude ni en la vigente norma, ni en la precedente— plantea menores dudas al respecto, pues resulta también expresamente aceptada en sentencias relativas a arrendamientos ya sujetos a la LAU de 1994, que aluden a que su naturaleza jurídica se asimila a la venta en los artículos 464, 1459, 1489 o 1493 del Código Civil, entre otros, relativos a la subasta pública o judicial.

Sin embargo, la posición mayoritaria de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido contraria a admitir el título de aportación no dineraria a una sociedad, u otros distintos de los anteriormente citados, como presupuesto legitimador del derecho de retracto, tanto durante la vigencia de la LAU de 1994, como durante la vigencia de la LAU de 1964 y textos anteriores.

Así, la STS de 12 de junio de 1964 rechazaba este título argumentando que, a diferencia de lo que sucede en los supuestos de venta o cesión solutoria, la aportación no dineraria no permite la subrogación del que intenta retraer en el derecho de la sociedad adquirente, puesto que lo entregado por esta, como contraprestación, no es dinero, del que pudiera reintegrarse, sino acciones de la misma, que el retrayente no podrá reembolsar por no obrar en su patrimonio. Además, esta resolución indica que la admisión de este título produciría una alteración en el patrimonio de la sociedad adquirente. En sentido similar, la STS de 2 de febrero de 1982 negó que la aportación no dineraria pudiera equipararse a estos efectos a una enajenación a título oneroso, pues la entrega de las acciones no se efectúa en concepto de precio en metálico, sino que presenta más bien sentido figurado y no corresponde en realidad con el valor de la finca que es lo que el retrayente habría de satisfacer.

La STS de 6 de febrero de 1991 niega el retracto arrendaticio en el supuesto de adjudicación de bienes por disolución de sociedad, indicando:

*«(...) el tránsito de titular unas acciones de una sociedad a ser propietario de los bienes adjudicados como consecuencia de la disolución, ni es*

*compraventa, ni dación en pago, ya se analice la disolución de sociedad desde el campo del derecho civil, mercantil o incluso del derecho fiscal, por lo que no cabe extender el derecho de retracto a un supuesto no contemplado en la norma que lo establece». En el mismo sentido se pronuncia la STS de 14 de abril de 1993».*

Por su parte, la STS de 20 de junio de 1992, acota el derecho de retracto del artículo 48 LAU de 1964 a los supuestos de venta o dación en pago, aunque, según hemos indicado, remarcamos que el supuesto analizado caía bajo la vigencia de la LAU anterior a la de 1994.

En esta línea, la STS de 30 de junio de 1994, aunque relativa a un retracto de comuneros, dispone:

*«(...) procederá el retracto legal siempre que se trate de una transmisión de dominio cuya especial naturaleza no impida la subrogación, como la impide el caso discutido de entrega de acciones que no gozan del carácter de cosas genéricas o fungibles que libremente pueda adquirir el retrayente».*

La STS de 27 de mayo de 2000, dictada en relación a un arrendamiento sujeto a la LAU de 1964, incide en esta línea y niega que el retracto del arrendatario urbano pueda ejercitarse en el caso de aportación de inmuebles al capital de una sociedad, invocando el carácter limitativo de la enumeración legal y el argumento de la imposibilidad de subrogación del retrayente en la contraprestación realizada por el adquirente:

*«(...) la sentencia de 2 de abril de 1985 (RJ 1985, 1679) aplica para el retracto un criterio restrictivo y excluyéndolo para la constitución de renta vitalicia, señalando la sentencia de 9 de diciembre de 1964 (RJ 1964, 5774) que es fundamental para el ejercicio de tal derecho el que exista venta o dación en pago y añade que “la enunciación legislativa lleva en sí un criterio limitativo que obliga a rechazar todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos de transmisión que no se basen concretamente en la compraventa” y en su “único equivalente en la adjudicación en pago de deudas”. Ya más concretamente la sentencia de 12 de junio de 1964 (RJ 1964, 3261), había señalado que la aportación de un inmueble a una sociedad anónima no es una venta, porque lo entregado por la sociedad no es dinero, sino acciones de la misma, que el retrayente no podrá reembolsar por no estar en su patrimonio. Asimismo, se ha negado el retracto cuando lo que se enajena es la nuda propiedad — sentencia de 12 de febrero de 1949 (RJ 1949, 548)»—.*

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 9 de abril 2001 que, en el caso de un arrendamiento sujeto a LAU de 1964, solo admite la venta, la cesión solutoria o algunas de las figuras asimiladas a estas.

La STS de 5 de marzo de 2020<sup>124</sup>, aunque aborda un retracto de comuneros y no el que corresponde al arrendatario urbano, alude al argumento



ancilar de esta línea jurisprudencial relativo de la inviabilidad de la subrogación como criterio delimitador e incide en la interpretación restrictiva que debe presidir el ejercicio de los retractos legales, citando en relación a este segundo aspecto la RDGRN de 25 de julio de 2019<sup>125</sup>:

*«Esto es lo que justifica, junto con la antes aludida interpretación restrictiva propia de la materia, que la jurisprudencia, en línea con los criterios mayoritarios de la doctrina, haya excluido el retracto de comuneros en todos aquellos contratos traslativos (arts. 609 y 1095 CC) en que las prestaciones y obligaciones del comprador no sean íntegramente susceptibles de subrogación o novación subjetiva en la persona del retrayente».*

Además, esta Sentencia de 5 de marzo de 2020 cita la de 22 de octubre de 2007, relativa también a un retracto de comuneros, manifestando que el retracto requiere la existencia de una transmisión cuya contraprestación sea *fungible y no personalísima*, por lo que excluye a aquellos contratos que no permitan la subrogación del retrayente en las prestaciones y obligaciones del retraído, como sucede con la aportación a sociedad, la permuta y la renta vitalicia.

En relación con el mecanismo de la subrogación como criterio vertebral de la admisión del retracto, resulta muy ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 27 de junio de 2017. Esta resolución, aunque relativa a un supuesto de retracto foral gentilicio, no admite la aportación no dineraria al capital de una sociedad como título que habilite para el retracto, a pesar de que la Ley 456 del Fuero Nuevo reconoce los derechos de tanteo y retracto legal en caso de transmisión onerosa, con una fórmula más amplia y genérica que la utilizada para otros retractos legales en el Código Civil:

*«(...) debemos decir que le asiste la razón a la parte recurrente cuando afirma que el retracto opera a través de la subrogación, por lo que al no ser esta posible en el caso presente, la acción pierde su fundamento. Y no es posible por cuanto que el retrayente no puede entregar las participaciones sociales de las que no es titular; solo cabría, como contraprestación, el pago de la cantidad de dinero equivalente al valor fijado para aquellas en la ampliación del capital social. Se convertiría así el retracto en una especie de facultad expropiatoria, en cuyo ejercicio la fijación de la cantidad a abonar por el bien que se recibe es indudablemente compleja, máxime si se trata de una sociedad con un único socio, como es el caso».*

El voto particular concurrente con la sentencia mayoritaria del magistrado Ilmo. Sr. Fernández Urzainqui, aclara en este punto, que no puede extenderse al ámbito del retracto gentilicio la singularidad que recoge la LAR la cual, guiada por el propósito social de extremar la protección de



los arrendatarios frente a transmisiones que pudieran eludir sus derechos, sustituyó para determinadas transmisiones la «subrogación» en la venta propuesta o concluida por una «venta forzosa»:

*«(...) y anudó de este modo a aquel particular derecho de preferente adquisición una facultad expropiatoria, que —como antes se ha dicho— no es propia del instituto retractual; y que «la aportación de bienes inmuebles al capital social con la contrapartida de las participaciones creadas con su constitución o ampliación representa sí una transmisión onerosa de bienes inmuebles; pero la naturaleza y objeto de las prestaciones cruzadas entre aportante y sociedad hace inviable el mecanismo de la subrogación o sustitución del retrayente en la posición de la sociedad adquirente y en las mismas condiciones en que se produjo la operación de aportación: ni el retrayente puede reintegrar a la sociedad las participaciones en el capital social que esta emitió y entregó, ni el patrimonio social tras el retracto queda intacto o en igual situación a la que tenía tras aquella aportación».*

Por su parte, el voto particular a esta resolución del magistrado Ilmo. Sr. Álvarez Caperochipi, sí admite que la ampliación de capital habilite para el ejercicio del retracto:

*«El argumento de que no puede haber subrogación porque el ejercicio del retracto supondría una alteración al funcionamiento de la sociedad, no me parece categórico. No tiene en cuenta que el retracto no hay que interpretarlo desde la perspectiva del tercero adquirente y sus intereses, sino desde la perspectiva del poder de disposición del enajenante, que queda restringido en razón de los intereses familiares».*

Respecto de otros títulos, cabe citar la STS de 19 de noviembre de 1992, que no admite el retracto por tratarse de una donación disimulada como venta; la 22 de noviembre de 1994, que lo rechaza también en una donación disimulada como compraventa; la de 29 de enero de 1996, que tampoco lo estima cuando se constituye una hipoteca por no ser un acto de transmisión de la propiedad; la de 3 de diciembre de 1996, que igualmente lo descarta en las transmisiones fiduciarias en garantía; la de 27 de noviembre de 2001, dictada en relación a un arrendamiento sujeto a la LAU de 1964, que niega que un contrato de vitalicio habilite el retracto del arrendatario, al tiempo que *ob iter dicta* realiza una alusión similar respecto al contrato de renta vitalicia; o la de 2 de mayo de 2008, referida a un arrendamiento igualmente sujeto a la LAU de 1964, que indica:

*«(...) la exclusión del derecho de retracto de los supuestos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado, radica en que*

*tal adquisición lo es a título gratuito, no oneroso, y, por tanto, excluido del mismo que exige, inexcusablemente, una transmisión onerosa, compraventa o dación en pago».*

#### b) Audiencias Provinciales

En la jurisprudencia menor también es mayoritaria la posición que niega el derecho de retracto en casos distintos a la compraventa, dación en pago o sus asimilados y, en particular, en el de aportación de inmuebles a una sociedad.

Así, la SAP de Madrid de 8 de marzo de 1999 no admite el retracto en caso de aportación de inmueble a sociedad limitada.

La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 1 de marzo de 2002, respecto de un arrendamiento sujeto a la LAU de 1994, no estima el retracto en el caso de aportación a una sociedad de un local arrendado.

La SAP de Barcelona de 17 de junio de 2002 sí admite el retracto en un caso de aportación de inmueble al capital de una sociedad, porque considera que la utilización de ese título constituye una simulación<sup>126</sup> en fraude de ley para eludir el derecho de retracto del arrendatario, en referencia a un contrato sujeto a la LAU de 1964. De lo anterior se desprende, a *contrario sensu*, que no se hubiera admitido el retracto de no haberse producido esa simulación en fraude de ley.

La SAP de Asturias de 28 de abril de 2003 rechaza que exista derecho de retracto en el caso de aportación a una sociedad de un local arrendado con arreglo a la LAU de 1994, pues se trata de un título que no se puede equiparar a la compraventa.

La SAP de Oviedo, de 5 de julio de 2007 no lo admite, en relación a un retracto de comuneros, en el caso de permuta por cosa no fungible.

La SAP de Barcelona de 2 de junio de 2009, en relación a un contrato de arrendamiento sujeto a la LAU de 1964, excluye la equiparación de la compraventa a la aportación de un inmueble a una sociedad, porque procede aplicar un criterio restrictivo, citando las SSTS de 9 de diciembre de 1964 y 2 de abril de 1985, que disponen que es fundamental para el ejercicio de tal derecho el que exista venta o dación en pago, y añade que la enunciación legislativa lleva en sí un criterio limitativo que obliga a rechazar todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos de transmisión que no se basen concretamente en la compraventa, y, en su único equivalente, la adjudicación en pago de deudas.

La SAP de Málaga de 30 de marzo de 2012 respecto de un contrato de arrendamiento sujeto a la LAU de 1994, solo admite como títulos habilitantes la venta o la cesión solutoria del inmueble.

La SAP de Barcelona de 4 de octubre de 2013 establece respecto del retracto de comuneros catalán:

*«el artículo 552-4 del Código Civil de Catalunya al regular los denominados derechos de tanteo y retracto legal de comuneros con fundamento en la concepción clásica de la comunidad, que la considera como un estado transitorio improductivo a desaparecer, habla también de enajenación a título oneroso, el problema es que se entiende por tal. El artículo 463-6 CCC establece un criterio en el retracto de coherederos, que presenta una identidad de razón con el de comuneros: en caso de compraventa o dación en pago, por lo que no parece que se permita tampoco el retracto en caso de la aportación de un inmueble a una sociedad».*

Del mismo modo, en relación a otros títulos, la SAP de Asturias de 10 de marzo de 2020 declara haber lugar al retracto en una adjudicación en subasta, precisando que la posibilidad de que la arrendataria pudiera haber accedido a la información no elimina, en ningún caso, la carga de la adquirente de notificación fehaciente de las circunstancias de la misma. La SAP de Córdoba de 22 de febrero de 1992 rechaza el retracto en el caso de una donación disimulada como una venta; en sentido similar se pronuncia la SAP de Alicante de 5 de mayo de 2006, por tratarse de una donación y no haberse acreditado ser una venta encubierta; y la SAP de Cádiz de 5 octubre 2001 tampoco admite el retracto en el caso de una donación. La SAP de Valencia de 13 marzo de 2008 sí declara haber al retracto en un caso de una permuta que constituyó *«un negocio simulado que, con la extinción del condominio y adjudicación de la propiedad, encubrieron una auténtica compraventa»*. De nuevo aparece aquí el fraude de ley como argumento que habilita el ejercicio del derecho de retracto, respecto de transmisiones efectuadas mediante títulos que generalmente lo excluyen, según la línea jurisprudencial que analizamos.

## *B) Sentencias que se apartan del criterio de interpretación restrictivo*

### *a) Tribunal Supremo*

Frente a las sentencias antes citadas, debe indicarse que otras resoluciones del Tribunal Supremo han expresado un criterio más amplio sobre esta cuestión.

En este sentido, la STS de 30 de noviembre de 1973 distingue la aportación no dineraria según se efectúe en la constitución de la sociedad o en una ampliación de capital. Y considera que, en este último caso, ha lugar al retracto pues, de no admitirse, se podría burlar este derecho acudiendo

a la aportación no dineraria en vez de a la compraventa, aludiendo, a su vez, a que lo realmente transmitido fueron las acciones, que son un signo que representa el dinero en los términos del artículo 1445 del Código Civil.

Por su parte, la STS de 24 de enero de 1986, aunque relativa al retracto de comuneros, lo admite respecto *«de toda enajenación onerosa cuya contraprestación no sea infungible o personalísima»*.

Otras resoluciones han considerado que la interpretación del derecho de retracto debe tener carácter extensivo. Así la STS de 25 de abril de 1994, en relación al objeto de un retracto sujeto a la LAU de 1964, expone que *«las normas que regulan el derecho de retracto deben interpretarse y aplicarse con un criterio extensivo, así lo determina, entre otras, la Sentencia de 26 marzo 1960 (RJ 1960, 1656)»*; o la STS de 15 de octubre de 2008 que reitera esta doctrina.

Además, más recientemente, se han dictado otras resoluciones que se apartan del criterio de interpretación restrictivo y que, aunque sin afirmarlo categóricamente, esbozan la posibilidad de otros títulos habilitantes del retracto:

Así, la STS de 18 de noviembre de 2011, en un supuesto de retracto voluntario, equipara la aportación al capital de una sociedad con la transmisión por compraventa, aunque rechaza que el precio del retracto pueda equipararse al valor atribuido al inmueble en la aportación de capital.

La STS de 11 de julio de 2012 aborda el derecho de retracto arrendaticio contemplado en los artículos 47 y 48 de la LAU de 1964, respecto de la interpretación y alcance del requisito de identidad entre el objeto vendido y el objeto sujeto al retracto arrendaticio, y se inclina por aplicar los criterios y reglas de interpretación normativa, sin que deba adoptarse un criterio restrictivo o extensivo al efecto<sup>127</sup>, precisando al respecto:

*«(...) el parecer de esta Sala en la actualidad concorde a no modificar la configuración de la acción, ya sea por el carácter extensivo o bien restrictivo de su aplicación, sin que exista una expresa previsión normativa al respecto, debiéndose ajustar su aplicación al curso general de los criterios y reglas de interpretación normativa»*.

Este criterio de interpretación se reitera en la STS de 14 de enero de 2015, que indica que la aplicación de esta figura no deber ser *«objeto de una interpretación restrictiva más allá de la concurrencia de los presupuestos y requisitos legales exigibles para su realización»*.

Por su parte, la STS de 15 de febrero de 2013, respecto de un local arrendado bajo la LAU de 1994, aborda el supuesto de una transmisión a título de donación disimulada como compraventa. Las sentencias de instancia habían rechazado el ejercicio del retracto porque se trataba realmente

de una transmisión gratuita y no de una compraventa. Por su parte, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al retracto, pero porque considera que, en realidad, no había existido una «transmisión a título oneroso»<sup>128</sup>, supuesto claramente más amplio que el de «compraventa», según se indica en su FD 6.º:

*«De todo lo anterior se desprende que no cabe la acción de retracto cuando no ha habido una transmisión a título oneroso. Lo que implica la confirmación de la sentencia recurrida, que deniega el retracto, aunque por argumento distinto: no por tratarse de una donación, sino por la nulidad (o inexistencia) de todo el negocio jurídico contenido en la escritura pública que se titulaba “de compraventa” del 27 de junio de 2005».*

La STS de 14 de noviembre de 2016 no admite el retracto en un supuesto de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia, en el que la comunidad hereditaria se disolvió mediante la transformación en régimen de propiedad horizontal, determinando que no procede el retracto «al no existir enajenación o transmisión», términos igualmente más amplios que el de «compraventa».

De lo expuesto, se puede inferir, *sensu contrario*, que, para esta línea jurisprudencial, el retracto requiere de una transmisión a título oneroso, sin que este concepto quede siempre acotado a la compraventa.

b) Audiencias Provinciales. Consideración especial de la SAP de Córdoba de 13 de julio de 2020

En la jurisprudencia menor, la SAP de Málaga de 11 de diciembre de 2002, en relación a un inmueble arrendado bajo la LAU de 1964, precisa sobre su aportación a una sociedad:

*«(...) la jurisprudencia ha sido muy cambiante, pero se puede resumir su doctrina, considerando que la aportación de los bienes arrendados a una sociedad de tipo personalista, al hacerse en contemplación de una contraprestación que no puede ser asumida por un tercero, esto no puede originar derecho de tanteo ni de retracto. Ahora bien, cuando se trate de sociedades de tipo capitalista, el carácter fungible de las acciones recibidas en contraprestación de la aportación del inmueble, hará posible la subrogación del tercero arrendatario».*

Para esta sentencia, lo que prima es el carácter fungible de la contraprestación, que dependerá de las condiciones concretas y tamaño de la sociedad capitalista. Así, será más fácil que la contraprestación sea de carácter fungible en una gran sociedad con muchos socios o en una sociedad cotizada; y será más difícil que lo sea en una pequeña sociedad con pocos

socios. En esta línea, la SAP de Madrid de 8 de marzo de 1999, aunque declara no haber lugar al retracto en caso de aportación de un inmueble a sociedad limitada, afirma que sería admisible en una sociedad cotizada cuyas acciones tuvieran carácter fungible.

La SAP de Granada de 7 de abril de 2006 admite el retracto en el caso de una aportación a sociedad aplicando la doctrina del levantamiento y considerando que se ha producido un negocio a título oneroso.

Por su parte, la SAP de Córdoba de 13 de julio de 2020, constituye una clara evolución pro retracto, en cuanto analiza un arrendamiento de vivienda sujeto a la LAU de 1994 y admite el ejercicio de este derecho de adquisición preferente por parte del arrendatario, respecto de una transmisión realizada por el arrendador por título de aportación no dineraria en un aumento de capital de una sociedad mercantil.

Esta resolución considera que las normas sobre el ejercicio del derecho de adquisición preferente del arrendatario no tienen por qué ser objeto de una interpretación restrictiva y que no puede admitirse que la venta sea el único presupuesto legitimador del retracto. Así, razona la sentencia, que la aportación no dineraria es un título de naturaleza traslativa, según aclara el artículo 60 de la LSC, y que, del mismo modo, las obligaciones del aportante, según el artículo 64 de la citada norma, se reconducen a la compraventa:

*«Si la aportación consistiese en bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos en el Código Civil para el contrato de compraventa y se aplicarán las reglas del Código de Comercio sobre el mismo contrato en materia de transmisión de riesgos».*

Finalmente, concluye la Audiencia Provincial en el FD 4.º de esta resolución:

*«(...) a tenor de lo expuesto, la aportación social no dineraria constituye una transmisión onerosa que constituye el presupuesto legitimador del derecho de retracto».*

En su fundamentación jurídica esta sentencia alude a dos de las Sentencias del Tribunal Supremo antes citadas, la de 11 de julio de 2012 —sobre el carácter estricto y no restrictivo del criterio de interpretación—, y la de 15 de febrero de 2013 —que alude como presupuesto legitimador al concepto de «transmisión a título oneroso» y no a la compraventa—.

Para solucionar el problema del valor que ha de abonar el arrendatario, la resolución que comentamos remite a lo dispuesto en el artículo 67 de la LSC que, en las aportaciones no dinerarias al capital de las sociedades anónimas, exige la previa elaboración de un informe de valoración realizado por uno o varios expertos independientes, siendo por tanto el importe a

liquidar por el retrayente igual a la suma a la que ascienda la valoración contenida en el informe mencionado, más los conceptos prevenidos en el artículo 1518 del Código Civil.

Según nuestro criterio, esta resolución realiza una interpretación extensiva máxima del término «compraventa» recogido en el artículo 25 de la LAU, al aplicar a la aportación no dineraria la misma consecuencia, a efectos del ejercicio del derecho de retracto, que a la compraventa. Y esto último en base a la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes mencionada y a la equiparación que el artículo 64 de la LSC efectúa en materia de entrega, saneamiento y riesgos entre ambos títulos. Con todo, aunque no se mencione expresamente, entendemos que el hecho de que el caso de autos aborde un arrendamiento de vivienda ha debido imprimir a estos argumentos un vigor superior, al estar en liza el derecho a una vivienda digna *ex* artículo 47 de la Constitución.

### C. *Orientación predominante en la actualidad*

De la jurisprudencia analizada se puede extraer la conclusión de que, en la actualidad, la tendencia predominante se aparta del criterio mayoritario a finales del siglo pasado y comienzos del presente —del que constituye un claro ejemplo la STS de 27 de mayo de 2000— según el cual el derecho de adquisición preferente del arrendatario urbano era objeto de una interpretación restrictiva y debiera quedar limitado a la compraventa, la dación en pago y títulos asimilados.

De este modo, más recientemente, se han dictado varias sentencias que se apartan del criterio de interpretación restrictivo y que abren la puerta a la admisión de otros títulos que desencadenen el mecanismo retractual. Así, como hemos desgranado anteriormente, la STS de 18 de noviembre de 2011, en relación a un supuesto de retracto voluntario, equipara la aportación al capital de una sociedad con la transmisión por compraventa; la STS de 11 de julio de 2012, se muestra partidaria de no aplicar en esta materia un criterio de interpretación restrictivo; la STS de 15 de febrero de 2013, hace orbitar la procedencia del retracto sobre la existencia de una «transmisión a título oneroso», supuesto claramente más amplio que el de una «compraventa»; la STS de 14 de enero de 2015, reitera el criterio de no aplicar una interpretación restrictiva; y la STS de 14 de noviembre de 2016 centra, igualmente, el debate en torno a la existencia de una «enajenación o transmisión» y no de una «compraventa». No obstante, no podemos soslayar la STS de 5 de marzo de 2020, que cita la de 22 de octubre de 2007, relativa también a un retracto de comuneros y que insiste en la línea de interpretación restrictiva.

En cualquier caso, según nuestro criterio, apreciadas en su conjunto, estas sentencias marcan una tendencia que se distancia de la línea de interpretación restrictiva y esbozan la posibilidad de admisión de títulos distintos de la compraventa, la dación y sus asimilados como mecanismos que desencadenen el retracto del arrendatario urbano. En la jurisprudencia menor, la citada SAP de Córdoba de 13 de julio de 2020 —que invoca algunas de estas sentencias— constituye un claro ejemplo de como podría cristalizar esta evolución pro retracto.

##### 5. POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA<sup>129</sup>

La posición de la DGRN es la que puede considerarse más homogénea y restrictiva en la cuestión que abordamos, pues solo admite como títulos que desencadenan el retracto la compraventa y la subasta judicial o administrativa, de modo que este órgano administrativo no admite como título habilitante del retracto en el arrendamiento urbano la dación en pago.

El título que según la dicción literal del artículo 25 LAU habilita el ejercicio del derecho de adquisición preferente del arrendatario y, en particular, el retracto, es la compraventa, incluso aunque se trate de venta de cuotas indivisas, como se recoge en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN en lo sucesivo) de 11 de mayo de 2005:

*«Como ha dicho reiteradamente este Centro Directivo, la citada Ley de Arrendamientos Urbanos, al igual que la vigente de 24 de noviembre de 1994, considera preferentes los derechos de tanteo y retracto correspondientes al inquilino respecto de cualquier otro derecho de adquisición preferente de carácter legal, a excepción del retracto de comuneros reconocido al condeño de la vivienda o local (cfr. arts. 50 de la antigua Ley 25, párrafo 4.º, de la actual) y ello significa necesariamente que también procede el tanteo y retracto arrendaticio urbano en los supuestos de transmisiones de cuotas indivisas de viviendas o locales de negocio, genuino supuesto en el que puede operar también el retracto de comuneros (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989 y Resoluciones de este Centro Directivo de 30 de enero de 1980 y 17 de enero de 1989). Téngase en cuenta que cualquier otra interpretación permitiría dejarse sin efecto el derecho del inquilino a la adquisición de la propiedad de la vivienda o local arrendado, ya que con la transmisión sucesiva por cuotas del inmueble se lograría eludir la aplicación de una norma, tuitiva de los intereses del arrendatario (...).»*



En esta línea, la posición de la DGRN solo admite la compraventa y la subasta pública como títulos hábiles para el retracto en el ámbito de los arrendamientos urbanos.

Esta orientación se expresa con claridad en la RDGRN de 5 de noviembre de 1993, que admite como título hábil las adjudicaciones en subasta o ventas judiciales por asimilación a la compraventa:

*«A este respecto, ha de tenerse en cuenta que en nuestro sistema jurídico este tipo de transmisión está comprendido en el concepto de venta. Se trata de una venta pública (cfr. art. 464 CC) o en subasta pública o judicial (cfr., entre otros, los arts. 1459, 1489 y 1493 CC, y 1514 y sigs., y 1533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y por ello se comprende que el derecho de tanteo y retracto establecido para el supuesto de venta esté también establecido para las ventas judiciales (cfr. arts. 1636 y 1640 CC)».*

En el mismo sentido se pronuncian otras muchas resoluciones, entre ellas, las RRDGRN de 3 de julio de 2013 o la de 24 de marzo de 2017. No obstante, en ellas, la DGRN consideró que el arrendamiento quedaba extinguido por la ejecución hipotecaria<sup>130</sup> y que, en consecuencia, no eran necesarias más notificaciones que las previstas en el procedimiento de ejecución forzosa, disponiendo esta última:

*«En consecuencia, resuelto, según lo expuesto, en el presente caso el derecho del arrendador, queda extinguido el contrato de arrendamiento y con él sus accesorios como el derecho de retracto, y deviene innecesario realizar notificación alguna expresa y especial, distinta de la que deba realizarse al arrendatario en el propio procedimiento de ejecución (cfr. art. 661 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)».*

También admite la venta en subasta judicial la RDGRN de 14 de septiembre de 2018 precisando que, puesto que el arrendatario tenía derecho a permanecer en el inmueble, deben realizarse las notificaciones previstas en el artículo 25 LAU, sin que a lo anterior pueda oponerse que el arrendatario ha intervenido y estaba personado en el procedimiento de ejecución:

*«En el presente supuesto, del decreto objeto de calificación resulta que la finca está arrendada a una entidad ocupante con derecho a permanecer en el inmueble como arrendataria. Por ello debe acreditarse que se le ha notificado la enajenación formalizada, de suerte que pueda ejercitar su derecho de adquisición preferente. A ello no puede oponerse en el presente caso, como alega el recurrente, que el arrendatario «ha intervenido en el procedimiento teniendo conocimiento del mismo, obteniendo el derecho a permanecer en el inmueble, estando personado con su representación personal, antes de la realización de la subasta y posterior adjudicación, habiendo tenido por tanto conocimiento*

*en todo momento de la ejecución, no habiendo ejercitado, en caso de que libremente hubiera querido, ningún derecho de tanteo».*

La admisión de las ventas mediante subasta judicial también se extiende a las ventas administrativas por cualquiera de los procedimientos legalmente admitidos: subasta, concurso o adjudicación directa. Así se pronuncia la RDGRN de 4 de julio de 2019:

*«El derecho de tanteo y retracto admitido para las ventas judiciales debe admitirse en las ventas administrativas. Dada la común condición de procedimiento de realización o ejecución forzosa que presenta el procedimiento de apremio por deudas tributarias de las que trae causa la adjudicación directa objeto del presente expediente, la doctrina sentada en las resoluciones de este Centro Directivo antes referidas, ha de considerarse aplicable igualmente, por identidad razón, a estos procedimientos de apremio, tanto si el medio de realización forzosa empleado es la subasta, como si lo es el concurso o la adjudicación directa (vid. art. 101 del Reglamento General de Recaudación)».*

Sin embargo, la DGRN no admite la dación en pago —ni por supuesto otros títulos que tengan una menor asimilación con la compraventa, como la permuta, cesión de vivienda por renta vitalicia, adjudicación de la cosa común arrendada a uno de los comuneros, aportaciones no dinerarias, etc.— como título que habilite el ejercicio del derecho de adquisición preferente del arrendatario urbano. En este sentido, se pronuncia la RDGRN de 10 de diciembre de 2007<sup>131</sup>, que dispone la innecesariedad de practicar al arrendatario las notificaciones del artículo 25 LAU, señalando que:

*«(...) a diferencia de la regulación precedente, el vigente artículo 25.1 se refiere exclusivamente a la venta como causa desencadenante del derecho de adquisición preferente y hay unanimidad en la doctrina de que quedan excluidos de su ámbito todos los demás supuestos traslativos del dominio (permuta, cesión de vivienda por renta vitalicia, adjudicación de la cosa común arrendada a uno de los comuneros, etc.); las transmisiones a título gratuito (herencia, legado, donación); las donaciones remuneratorias y las aportaciones «in natura» a sociedades.*

*Por ello es necesario concluir que, dada las notables diferencias entre ambas figuras jurídicas, la dación en pago, además de no estar recogida expresamente en la LAU vigente, a diferencia de la anterior, no es causa o supuesto de derecho de adquisición preferente».*

Esta línea es seguida por la RDGRN de 30 de junio de 2011<sup>132</sup>, que solo admite la dación en pago como título que desencadene el ejercicio de los derechos de adquisición preferente para los arrendamientos que se rigen por la LAU de 1964.

«Por último, partiendo de la base de que se ha producido una transmisión dominical de varias fincas, en su mayor parte arrendadas aunque sujetas a dos legislaciones diferentes por razón del momento de la celebración del contrato de arrendamiento, resulta que la exigencia de notificación a los inquilinos, con carácter previo a la inscripción dominical, solo opera respecto de las fincas sujetas a la legislación arrendaticia de 1964, de suerte que, por las razones ya expuestas, no se ve razón alguna en el presente caso para suspender la inscripción respecto de las fincas que están libres de arrendatarios ni tampoco respecto de las fincas cuyos arrendamientos están sometidos a la vigente Ley de 1994 (...)».

En cuanto a la aportación de inmuebles al capital de una sociedad, el criterio contrario a su admisión que se contiene en la RDGRN de 10 de diciembre de 2007, antes reseñada, ya se establecía en la RDGRN de 5 de septiembre de 1991 que, aunque dictada bajo la vigencia de la legislación anterior, resulta de indudable interés por la contundencia que exhibe a este respecto en base a los siguientes argumentos:

«a) El criterio restrictivo que ha de presidir la interpretación de las limitaciones del derecho de propiedad, de cuya naturaleza participan inequívocamente los derechos de tanteo y retracto arrendaticios definidos por la Ley de Arrendamientos Urbanos b) la concreción del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a las hipótesis de venta, cesión solutoria y adjudicación por división de cosa común; c) la imposibilidad del retrayente para reembolsar al adquirente en cuyo lugar se subroga, la prestación por él realizada, pues esta no consistió en dinero, sino de acciones que no obran en el patrimonio de aquel; d) la reiterada jurisprudencia que «rechaza todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos de transmisión que no se basen precisamente en una compraventa y en su único equivalente de la adjudicación en pago de deudas» —Sentencias de 16 y 23 de mayo de 1960, 9 de diciembre de 1964 y 2 de abril de —y que prácticamente ha excluido la hipótesis ahora debatida— Sentencia de 12 de junio de 1964—; no puede aceptarse el defecto invocado en la nota impugnada toda vez que las previsiones contenidas en el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos solo pueden ser aplicadas a aquellas hipótesis transmisivas en que conforme a los artículos 47 y siguientes proceda el derecho de tanteo y retracto arrendaticio».

Como se puede apreciar, la posición de la DGRN es bastante restrictiva, hasta el punto de no admitir como título habilitante del retracto en el arrendamiento urbano la dación en pago, título este que se admite, por su similitud a la compraventa, por el artículo 1521 del Código Civil respecto de los retractos legales; que también resulta admitido por la jurisprudencia en los términos indicados *supra*, § IV.4, y por la mayoría de la doctrina hemos expuesto, *supra*, § IV.3.

No obstante, nótese que, como hemos matizado, la admisión de la dación en pago por la jurisprudencia del Tribunal Supremo se produce fundamentalmente en sentencias dictadas en relación a arrendamientos sujetos a la LAU de 1964, cuyo artículo 47.3 admitía expresamente la cesión solutoria, por lo que cabe la duda de si la dación en pago sería admitida tan abiertamente en un arrendamiento sujeto a la LAU de 1994, si bien sí lo hace la jurisprudencia menor.

## V. EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE LA APORTACIÓN NO DINERARIA COMO POSIBLE PRESUPUESTO HABILITADOR DEL RETRACTO EN EL ARRENDAMIENTO URBANO

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

De lo anteriormente expuesto, parece que se ha producido una cierta evolución pro retracto, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina —no así en la doctrina administrativa— en lo que al presupuesto habilitador de este derecho se refiere.

De consolidarse esta evolución, en el arrendamiento urbano podría invocarse el ejercicio del derecho de retracto en los supuestos de aportación no dineraria y, por extensión, en el de otras transmisiones onerosas distintas de la compraventa. Y, una vez abierta esta espita, también cabría la duda de si podría hacerse extensivo el mismo argumento que, a estos efectos, equipara la compraventa a otras enajenaciones a título oneroso respecto a los demás retractos legales. Desde luego, si se admite la aportación no dineraria, el sendero queda expedito en operaciones de dación en pago o permuta, aunque se nos plantean mayores dudas en otros títulos en los que la prestación es de carácter personalísimo —como sucede en el contrato de vitalicio— o, además, está indeterminada —como acontece en la renta vitalicia—<sup>133</sup>.

Esta tendencia expansiva del retracto puede originar algunos problemas o lagunas jurídicas, que los aplicadores de la norma deberán colmar, como sucede con el valor del inmueble objeto de este derecho. En el caso de la citada SAP de Córdoba de 13 de julio de 2020, la cuestión se solventa remitiendo a la valoración del experto independiente que el artículo 67 de la LSC exige en las aportaciones no dinerarias al capital de las sociedades anónimas. No obstante, no puede soslayarse que estas valoraciones no son siempre obligatorias y que, cuando se efectúan, generalmente están informadas por principios que no tienden necesariamente a determinar el valor de mercado del inmueble, sino que se realizan desde una óptica de prudencia preordenada a preservar la integridad del capital y a evitar la responsabili-

dad de su emisor y la de los aportantes, lo cual puede generar diferencias de valor que sean fuente de controversias. Así, la STS de 18 de noviembre de 2011, en un supuesto de retracto voluntario, equipara la aportación al capital de una sociedad con la transmisión por compraventa, pero rechaza que el retracto pueda ejercitarse por el valor formalmente atribuido al inmueble en la aportación, aunque es cierto que en este caso parece que no existía valoración de experto independiente. Esta cuestión guarda estrecha semejanza y nos remite a aquella que hemos analizado *supra*, § III.3, sobre si debe prevalecer el precio real del inmueble o el consignado en la escritura

De esta manera, si cristaliza esta orientación y se asimila la compraventa a otras transmisiones a título oneroso, quedaría relegado como criterio crítico el que pueda, o no, operar el mecanismo de la subrogación. Es decir, que el retrayente pueda entregar al adquirente la misma contraprestación que este efectuó por el inmueble objeto de retracto. Esta premisa, plenamente asumida en el arrendamiento rústico, se haría extensiva al ámbito de la LAU, con lo cual también el retracto en el arrendamiento urbano adquiriría parcialmente el perfil de una suerte de facultad expropiatoria<sup>134</sup>. Lo anterior, al menos, en los supuestos en los que el ejercicio del mecanismo retractual no permite que el arrendatario garantice la indemnidad del patrimonio del adquirente, reintegrándole aquello que este entregó al arrendador transmitente.

También hemos de indicar que, de admitirse la aportación no dineraria como desencadenante del retracto en el arrendatario urbano, esta aceptación operaría en diferentes escenarios societarios. Señaladamente en las aportaciones no dinerarias para la constitución de la sociedad y para aumentar el capital social, pero también en las aportaciones para compensar pérdidas y en otras que se efectúen por los socios —incluidas las aportaciones no reintegrables que se registran en la cuenta 118 del Plan General de Contabilidad— por cualquier causa<sup>135</sup>.

A la inversa, en base a idéntica *ratio iuris* y siguiendo la lógica expuesta, el derecho de retracto también debiera poder ejercitarse en las transmisiones de inmuebles en sentido contrario, es decir, en operaciones de disolución y liquidación de sociedad, reducción de capital y separación o exclusión de socios, principalmente, en las que se transmitieran inmuebles urbanos arrendados a los socios.

Más difícil, según nuestro criterio, sería que el retracto operara en los supuestos regulados por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME, en lo sucesivo). Así, no procederá en los supuestos de transformación de la sociedad, en los que no se produce propiamente una transmisión de derechos, pues, aunque se adopta un tipo social distinto se conserva la personalidad jurídica (*vid.* art. 4 LME). Y, entendemos, que tampoco habrá lugar al retracto en las operacio-

nes de fusión o escisión, en las que se verifica la transmisión en bloque de un patrimonio, según disponen los artículos 23, 69 y 70 de la norma citada. En este sentido, aun admitiendo la tesis de que la aportación no dineraria a sociedad originase el retracto, en estos casos se podría objetar que estas operaciones deberían quedar excluidas de este derecho, por analogía con los supuestos de venta conjunta que se contienen en el artículo 25.7 de la LAU. Es cierto que el artículo 32 de esta norma excepciona los supuestos de fusión, transformación o escisión del régimen de la cesión de contrato y que no se hace lo propio con el retracto, pero esta omisión es fácilmente comprensible, pues el artículo 25 de la LAU solo menciona a la compraventa como título desencadenante de este derecho.

## 2. EFECTOS Y CONSECUENCIAS REGISTRALES

El artículo 25.5 de la LAU exige que *«para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los apartados anteriores, con los requisitos en ellos exigidos. Cuando la vivienda vendida no estuviese arrendada, para que sea inscribible la adquisición, deberá el vendedor declararlo así en la escritura, bajo la pena de falsedad en documento público»*.

Como hemos indicado, estas notificaciones serían dos: la que debe hacer el propietario arrendador antes de transmitir el inmueble; y la que debe efectuar el adquirente tras su adquisición. En ambos casos tienen un único destinatario: el arrendatario.

Así pues, este precepto opera como garantía de primer orden de los derechos del arrendatario, provocando un cierre registral e impidiendo el acceso al Registro de la Propiedad de aquellas transmisiones que no respeten aquellos derechos. De este modo, el Registro se constituye en un mecanismo de tutela del derecho de adquisición preferente del arrendatario, exponiendo al adquirente a que su adquisición quede al margen del sistema de protección registral, sin la cual resulta casi imposible, en la práctica, que el inmueble continúe en el tráfico jurídico.

Por este motivo, si se admitiera la aportación no dineraria como título habilitante del derecho de adquisición preferente del arrendatario, las notificaciones y los requisitos que el precepto transcrito requieren como presupuesto previo de la inscripción registral de la transmisión, deberán ser igualmente exigidos respecto de las aportaciones no dinerarias a sociedades por cualquier título —constitución de sociedad, aumento de capital, aportación para compensar pérdidas u otras aportaciones no reintegrables— y, según lo anteriormente apuntado, en aquellas que se den en sentido inverso

— disolución y liquidación de sociedad, reducción de capital y separación o exclusión de socios—.

### 3. EFECTOS Y CONSECUENCIAS SOCIETARIAS

En caso de que se admita el retracto del arrendatario urbano en las aportaciones de inmuebles a una sociedad, se pueden producir diferentes efectos que pueden originar lo que denominamos como *perjuicio básico o patrimonial* —constituido por la pérdida del inmueble y que es equivalente al que origina el retracto ejercitado respecto de una compraventa— o como *perjuicio cualificado o societario* —que adicionalmente al anterior incorpora la perturbación que puede representar la entrada en el capital social de un socio bajo condiciones distintas de aquellas que motivaron que se aceptara su ingreso en la sociedad<sup>136</sup>—.

A continuación, analizamos la distorsión que el retracto puede causar en una sociedad discriminando ambos escenarios:

#### A) *Perjuicio básico o patrimonial*

En este escenario el inmueble aportado no reviste especial interés para la sociedad, sino que simplemente constituye una forma alternativa de integrar el capital social. En esta tesitura, si operara el retracto y el retrayente adquiriese el inmueble abonando su valor en dinero, no se produciría ningún perjuicio especial para la sociedad. Es más, en muchos casos esto podría representar algo positivo, pues le proporcionaría directamente liquidez, ahorrándole el proceso de búsqueda de un comprador para su enajenación. De este modo, como es fácil deducir, el ingreso en la sociedad del socio que efectúa la aportación no dineraria no se habrá producido por las especiales características de esta.

Sin embargo, también puede ocurrir que el inmueble aportado sí revista un especial interés para la sociedad. Por ejemplo, porque constituya por sus características constructivas, dimensiones o ubicación un lugar emblemático para la instalación de una sede social; o porque sea un edificio exclusivo para explotar en régimen de arrendamiento, difícilmente reemplazable. En este caso, pese a que la sociedad sufre también un perjuicio básico o patrimonial, en este supuesto el daño tampoco va más allá y tampoco trasciende al plano societario. Es decir, la entrada del nuevo socio, pese a que se ha efectuado bajo parámetros distintos a los previstos, carecerá generalmente de relevancia por tratarse de una sociedad que, por su elevado número de socios, volumen, tamaño o por ser una entidad cotizada con el suficiente volumen



de negociación de sus títulos, no se verá afectada por esta circunstancia. Generalmente, en estos casos, las acciones o participaciones sociales serán un bien fungible, de modo que la misma razón que determina esta fungibilidad, comportará que carezca de relevancia la entrada o salida de socios en la sociedad. Es decir, la fungibilidad de las acciones o participaciones estará estrechamente anudada al carácter indistinto de la condición de socio.

Además, en este supuesto podría operar el mecanismo de la subrogación, pues el arrendatario podría adquirir un número de acciones o participaciones sociales equivalente a las emitidas por razón de la aportación no dineraria objeto de retracto. No obstante, nótese que, en este caso, lo entregado por el retrayente serían acciones o participaciones de la propia sociedad, sujetas a las limitaciones que al respecto establecen los artículos 134 a 159 de la LSC. Además, tanto si la sociedad puede y decide mantener esas acciones en cartera, como si decide proceder a su amortización, la consecuencia societaria final será que el aumento de capital quedaría sin virtualidad —en el primer caso la cifra del capital aumentado se mantendría, pero este quedaría sin desembolsar y en el segundo la cifra de capital volvería a ser la primitiva—. No obstante, puesto que partimos de la base de que estas acciones o participaciones constituyen un bien fungible, la sociedad podría hacerlas dinero con facilidad, por lo que, en resumidas cuentas, prácticamente daría igual que el retrayente entregara dinero por el valor del inmueble o acciones o participaciones sociales en número y valor equivalente.

Por este motivo, llegados a este extremo, cabría compartir la opinión de los autores<sup>137</sup> que admiten el retracto en las aportaciones no dinerarias cuando las acciones o participaciones constituyen un bien fungible, en tanto que, en estos casos, también puede operar el mecanismo de la subrogación.

En cualquier caso, también puede acontecer que, pese a lo anterior, el ingreso de un nuevo socio o el aumento de la participación en el capital de alguno o algunos de los que ya lo eran, por el elevado valor y la cuantía de la aportación no dineraria, sí pueda tener relevancia y generar un desequilibrio en la correlación de fuerzas intersocietaria, alterando o afectando a la posición de control de la sociedad. En esta situación, el retracto ejercitado respecto del inmueble objeto de aportación no dineraria, aunque se trate de acciones o participaciones que inicialmente tuvieran carácter fungible, sí daría lugar a un *perjuicio cualificado o societario*, según analizamos en el siguiente apartado.

### *B) Perjuicio cualificado o societario*

En este escenario, además del perjuicio básico de carácter patrimonial antes descrito, se origina una perturbación societaria por la entrada de un



nuevo socio bajo parámetros distintos de aquellos que llevaron a aceptar su desembarco en el capital social. Es decir, la adquisición de la propiedad del inmueble aportado y luego retraído fue la única causa que determinó la incorporación de este socio y, además, en este caso, esta circunstancia sí tendrá relevancia por tratarse de una sociedad de menor tamaño o compuesta por un número reducido de socios. Así, por estas circunstancias, se genera en la entidad un desequilibrio y se ve alterada o menoscabada la posición de control que ostentara alguno de ellos, cuando esta consecuencia solo había sido admitida por la junta general en base al especial interés que la mercantil tenía en el inmueble aportado y del que finalmente se ha visto privada.

En este supuesto, generalmente se tratará de acciones o participaciones sociales que no tienen carácter fungible y en el que no puede operar el mecanismo de la subrogación. No obstante, aun así, sería posible que no se produjera el perjuicio cualificado si se trata de una sociedad unipersonal o de una sociedad perteneciente a un grupo de sociedades, cuando la entrada del nuevo socio, o el aumento de participación en el capital de alguno de ellos, no supone ninguna perturbación en la posición de control de la sociedad o en el equilibrio de fuerzas intersocietario.

De cualquier modo, si partimos del escenario en el que el inmueble tiene una especial importancia para la sociedad y de que los títulos no tienen el carácter de bienes fungibles, la admisión del retracto en base a la aportación no dineraria podría dar lugar a situaciones en las que se frustré la finalidad perseguida con la operación societaria correspondiente y en las que el negocio quede descausalizado<sup>138</sup>.

En este sentido, puede ocurrir que se acuerde por la junta general la entrada de un nuevo socio —o el incremento de la participación en el capital de uno de ellos— en base a un aumento de capital mediante la aportación de un inmueble que, por las razones que correspondan, sea de gran interés para la sociedad. De esta manera, si el inmueble aportado está arrendado y se ejercita y se admite el retracto, la sociedad se verá privada del inmueble pretendido y obtendrá a cambio solo una suma de dinero. Por el contrario, el socio que suscribió el aumento de capital, en principio, conservará las acciones o participaciones suscritas. Además, repárese en que el artículo 304 de la LSC solo reconoce los derechos de suscripción o asunción preferente en el caso de aportaciones dinerarias<sup>139</sup>.

Como corolario, la sociedad habrá aumentado su capital mediante una cantidad dineraria, pero aplicando el régimen jurídico correspondiente a las aportaciones no dinerarias, es decir, por ejemplo, con supresión del derecho de suscripción o asunción preferente. De esta manera, como hemos adelantado, podría darse el supuesto de que un socio, merced a la circunstancia analizada, viera incrementada su participación en el capital social, desequili-

brando la correlación de fuerzas intersocietaria con la única justificación que proporciona la oportunidad de que la sociedad adquiriera un determinado inmueble, cuya propiedad finalmente ha perdido por el ejercicio del retracto.

En cualquier caso —si se entendiera que procede el derecho de adquisición preferente en caso de aportación no dineraria— para evitar situaciones como las descritas en perjuicio de la sociedad, cabría arbitrar alguna medida preventiva. Así, bastaría que, antes de su verificación, se cursara la previa notificación al arrendatario para dar oportunidad a este de ejercitar el tanteo. Si lo ejercita, sería su propietario el que se verá privado del inmueble por una suma de dinero; si no lo ejercita, se podrá efectuar la aportación no dineraria sin posibilidad de ejercicio del retracto.

Sin embargo, más difícil sería articular soluciones *ex post*. De este modo, consideramos poco probable que el remedio pudiera instrumentarse por vía de nulidad del negocio societario de constitución o de aumento de capital. Por un lado, la pérdida del inmueble será una circunstancia sobrevenida ajena al proceso de formación y perfección de estos negocios; por otro, el capital social no se verá afectado cuantitativamente, pues el retrayente aportará su valor en dinero; finalmente, la regulación de esta materia en los artículos 56 y 204 de la LSC remite a unas causas de nulidad concretas y tasadas. En cambio, sí vemos más factible que la solución a la entrada de un socio en la sociedad, pese a que esta haya perdido el inmueble aportado por el primero, pueda alcanzarse mediante un pacto de socios que regule esta contingencia, aunque con los efectos propios y limitados que son consustanciales a los acuerdos parasociales, hoy día reconocidos en el artículo 29 de la LSL.

## VI. CONCLUSIONES

I. La regulación de los retractos legales en nuestro ordenamiento jurídico carece de sistemática y claridad en muchos aspectos, entre ellos en el relativo al presupuesto que desencadena su ejercicio. En efecto, mientras que el artículo 22 LAR remite a toda clase de transmisiones *inter vivos*, los preceptos que disciplinan otros retractos legales abordan esta cuestión de modo dispar. Así, el artículo 1067 del Código Civil, sobre el retracto de coherederos, solo menciona la venta; el artículo 1521 del Código Civil respecto de los retractos legales, alude a la compraventa y la dación en pago; el artículo 1522 del Código Civil, en cuanto al retracto de comuneros, habla de enajenación; el artículo 1523 del Código Civil, respecto del retracto de colindantes, solo remite a la venta; el artículo 47 de la LAU de 1964 cita la venta, la cesión solutoria y la división de cosa común; y el artículo 25 de la LAU de 1994 solo invoca la compraventa. En este punto, la PCC de la

APDC, en sus artículos 3112 y 3113, constituye, de *lege ferenda*, un intento de homogeneizar esta materia, unificando y clarificando en este aspecto su régimen jurídico.

II. La posición dominante en la doctrina es la de admitir el retracto en la venta, dación en pago y en la venta judicial o administrativa e incluso en la permuta de cosa genérica; y no admitirla en los demás casos en los que el retrayente no puede proporcionar al adquirente la misma contraprestación que este efectuó, por tratarse de un bien no fungible o de carácter personalísimo. Por esta razón, algunos autores lo admiten en caso de aportación no dineraria cuando las acciones o participaciones constituyan un bien fungible

La PCC de la APDC representa en este aspecto una clara evolución pro retracto, al admitir el ejercicio de los derechos de adquisición preferente de carácter legal respecto de transmisiones a título oneroso en las que no existe precio propiamente dicho, e incluso en relación a transmisiones a título gratuito, debiéndose satisfacer, en ambos casos, el valor del bien. Este posicionamiento puede reforzar la tesis doctrinal minoritaria que admite la aportación no dineraria a sociedad en cualquier caso.

Según nuestro criterio, de *lege data* y en línea de principio, no sería admisible el retracto en el supuesto de aportación no dineraria a sociedad. Así, el artículo 25 de la LAU no menciona este título y, sin embargo, hace alusión en catorce ocasiones a términos que inequívocamente remiten al contrato de compraventa, marcando una clara diferencia con la legislación en materia de arrendamientos rústicos y con el artículo 47 de la LAU de 1964. Este entendimiento de la cuestión, nos lleva a considerar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo que esboza el camino para la admisión de títulos distintos de la compraventa, la dación en pago y sus asimilados, efectúa una interpretación extensiva máxima o analógica en una materia en la que, con la norma vigente y técnicamente, no existe propiamente una laguna legal. No obstante, somos conscientes de que el derecho a una vivienda digna, consagrado en el artículo 47 de la Constitución, en algunos casos puede condicionar este planteamiento —fundamentalmente cuando nos encontremos ante un escenario de *perjuicio básico* o *patrimonial*— e inclinar la balanza a favor del retracto.

De *lege ferenda*, también en línea de principio, entendemos que cabe admitir el retracto en el arrendamiento urbano respecto de las aportaciones no dinerarias, cuando como consecuencia del mismo la sociedad solo sufra lo que hemos denominado como *perjuicio básico* o *patrimonial*, pues este sería equivalente al que sufre el comprador en una compraventa que sea objeto de retracto. Esta situación se dará, generalmente, en sociedades cuyas acciones o participaciones constituyan un bien fungible. Por el contrario, no cabría admitirlo cuando, por su ejercicio, se origine lo que hemos denominado como *perjuicio cualificado* o *societario*, que suma al

anterior una perturbación en la sociedad, entendida como una alteración en la correlación de fuerzas intersocietaria. Así, en este caso, la entrada de un nuevo socio —o el incremento de la participación de alguno o algunos de los que ya lo eran— determina que se vea modificada o menoscabada la posición de control existente hasta ese momento, cuando esta derivada solo habría sido aceptada para adquirir la propiedad del inmueble aportado, finalmente metamorfoseado en una aportación dineraria. Este supuesto concurrirá, generalmente, cuando las acciones o participaciones sociales no tengan carácter fungible.

III. La jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo solo admite la compraventa, la subasta pública y la dación en pago como títulos que legitiman el mecanismo retractual en el arrendamiento urbano. No obstante, cumple destacar, que la admisión de la dación en pago se produce fundamentalmente en sentencias dictadas en relación a arrendamientos sujetos a la LAU de 1964, cuyo artículo 47 sí admitía expresamente la cesión solutoria. Por este motivo, cabe la duda de si la dación en pago sería admitida tan abiertamente en un arrendamiento sujeto a la LAU de 1994. En cualquier caso, no se admite generalmente la aportación no dineraria a sociedad, ni siquiera en las sentencias dictadas en contratos de arrendamiento sujetos a la LAU de 1964, cuyo artículo 47 no se limitaba a mencionar la compraventa.

Para esta jurisprudencia, la imposibilidad de que se produzca la subrogación del retrayente en la posición del adquirente, realizando en sus propios términos la contraprestación pactada entre este y el transmitente, es lo que descarta otros títulos distintos de la compraventa y sus asimilados.

Frente a esta línea jurisprudencial, a partir de 2011 se han dictado algunas sentencias que propugnan una interpretación del retracto de carácter extensivo; otras que defienden una interpretación de carácter neutro, estricto y no restrictivo; y otras que aluden como título habilitador a la «transmisión a título oneroso», supuesto ciertamente más amplio que la compraventa. Estas resoluciones marcan una tendencia que se distancia de la línea de interpretación restrictiva y que, aunque sin afirmarlo categóricamente, esbozan la posibilidad de admisión de títulos distintos de la compraventa, la dación en pago y sus asimilados como mecanismos que desencadenen el retracto del arrendatario urbano.

Por su parte, en la jurisprudencia menor se considera mayoritariamente que no procede el retracto en el caso de aportación de inmueble a sociedad, aunque alguna sentencia —como sucede con la SAP de Córdoba de 13 de julio de 2020— desborda claramente este límite y admite la aportación no dineraria como título desencadenante del retracto en el arrendamiento de vivienda. Esta resolución constituye un claro ejemplo de cómo podría cristalizar la evolución pro retracto que hemos apuntado.

IV. La posición de la DGRN es la que puede considerarse más monolítica y restrictiva en este punto, en cuanto solo admite la compraventa y la subasta judicial, así como las ventas administrativas por cualquiera de los procedimientos legalmente admitidos: subasta, concurso o adjudicación directa. De este modo, la Dirección General no admite como título habilitante del retracto en el arrendamiento urbano la dación en pago, título este que se admite, por su similitud a la compraventa, por el artículo 1521 del Código Civil respecto de los retractos legales; que también resulta admitido por la jurisprudencia, en los términos y con las matizaciones antes indicadas, y por la mayoría de la doctrina.

V. Según la jurisprudencia mayoritaria, la clasificación del retracto legal en cuanto al título que constituye el presupuesto que habilita su ejercicio, podría vertebrarse en dos grupos claramente diferenciados: el retracto del arrendatario rústico, caracterizado por su extensión, que alcanza a cualquier transmisión a título oneroso o gratuito *inter vivos*; y los principales retractos legales —de comuneros, coherederos, colindantes y del arrendatario urbano— acotados al ámbito de la compraventa y, por asimilación, a la venta en subasta judicial o administrativa y, en su caso, a la dación en pago.

El escenario que hemos dibujado en este trabajo pone en tela de juicio dicha clasificación y requiere que esta cuestión sea clarificada, no solo en el ámbito de los arrendamientos urbanos, sino también en el de los demás retractos legales y respecto de todas las transmisiones, a título oneroso o gratuito. Es deseable, por tanto, que —a falta de una modificación legal en esta materia— el Tribunal Supremo se pronuncie a este respecto con mayor claridad, para que los operadores jurídicos conozcan si el retracto en el arrendamiento urbano debe quedar limitado a los supuestos que tradicionalmente han habilitado su ejercicio o, si, por el contrario, en la interpretación del artículo 25 de la LAU debe prevalecer un principio pro retracto, que amplíe el elenco de títulos que lo desencadenan. No es esta una cuestión baladí, pues afecta a importantes intereses en liza, como el derecho a la vivienda o a numerosos procesos de reorganización de patrimonios, de reestructuración empresarial y a la inversión inmobiliaria en general, supuestos todos ellos que precisan de un marco regulador mejor definido, que favorezca la adopción de las decisiones vitales y económicas con pleno conocimiento de sus eventuales consecuencias jurídicas.

## VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC de 1 de marzo de 2012, Pleno (RTC 2012, 28)

SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 12 de junio de 1964 (*RJ* 1964, 3261)
- STS de 9 de diciembre de 1964 (*RJ* 1964, 5774)
- STS de 30 de noviembre de 1973 (*RJ* 1973, 4542)
- STS de 2 de febrero de 1982 (*RJ* 1982, 372)
- STS de 2 de abril de 1985 (*RJ* 1985, 1679)
- STS de 24 de enero de 1986 (*RJ* 1986, 117)
- STS de 6 de febrero de 1991 (*RJ* 1991, 1148)
- STS de 14 de noviembre de 1991 (*RJ* 1991, 8114)
- STS de 20 de junio de 1992 (*RJ* 1992, 5363)
- STS de 19 de noviembre de 1992 (*RJ* 1992, 9417)
- STS de 14 de abril de 1993 (*RJ* 1993, 2882)
- STS de 25 de abril de 1994 (*RJ* 1994, 3223)
- STS de 30 de junio de 1994 (*RJ* 1994, 5994)
- STS de 30 de junio de 1994 (*RJ* 1994, 5997)
- STS de 22 de noviembre de 1994 (*RJ* 1994, 8779)
- STS de 8 de junio de 1995 (*RJ* 1995, 4909)
- STS de 29 de enero de 1996 (*RJ* 1996, 735)
- STS de 3 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 9043)
- STS de 18 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 2.918)
- STS de 17 de junio de 1997 (*RJ* 1997, 5413)
- STS de 27 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 3499)
- STS de 9 de abril de 2001 (*RJ* 2001, 3638)
- STS de 27 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001, 9529)
- STS de 28 de junio de 2003 (*RJ* 2003, 4267)
- STS de 14 de mayo de 2004 (*RJ* 2004, 2758)
- STS de 2 de noviembre de 2006 (*RJ* 2006, 8264)
- STS de 25 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3127)
- STS de 22 de octubre de 2007 (*RJ* 2007, 8457)
- STS de 14 de diciembre de 2007 (*RJ* 2007, 8929)
- STS de 2 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 2823)
- STS de 15 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 6915)
- STS de 18 de marzo de 2009 (*RJ* 2009, 1653)
- STS de 18 de marzo 2010 (*RJ* 2010, 3911)
- STS de 7 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 5707)
- STS de 18 de noviembre de 2011 (*RJ* 2012, 1632)
- STS de 11 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 9329)
- STS de 15 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 2015)
- STS de 22 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 5006)
- STS de 14 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 353)
- STS de 4 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 605)

- STS de 14 de noviembre de 2016 (*RJ* 2016, 5403)
- STS de 21 de noviembre de 2016 (*RJ* 2016, 5648)
- STS de 15 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 652)
- STS de 5 de marzo de 2020 (*RJ* 2020, 773)
- STS de 2 de junio de 2020 (*RJ* 2005, 5621)

#### TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA

- STSJ de Navarra de 27 de junio de 2017, Sala de lo Civil y Penal (*RJ* 2017, 6249)

#### AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Córdoba de 22 de febrero de 1992 (*AC* 1992, 247)
- SAP de Madrid de 8 de marzo de 1999 (*AC* 1999, 1035)
- SAP de Valladolid de 11 de septiembre de 2001 (*JUR* 2001, 291072)
- SAP de Cádiz de 5 de octubre de 2001 (*JUR* 2002, 33957)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 1 de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 137087)
- SAP de Barcelona de 17 de junio de 2002 (*JUR* 2002, 278210)
- SAP de Málaga de 11 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003, 140232)
- SAP de Asturias de 28 de abril de 2003 (*JUR* 2003, 210920)
- SAP de Granada de 7 de abril de 2006 (*JUR* 2006, 179192)
- SAP de Alicante de 5 de mayo de 2006 (*JUR* 2006, 183783)
- SAP de Ávila de 27 de junio de 2007 (*JUR* 2008, 157860)
- SAP de Oviedo de 5 de julio de 2007 (*AC* 2007, 1816).
- SAP de Valencia de 13 de marzo de 2008 (*JUR* 2009, 264945)
- SAP de Barcelona de 2 de junio de 2009 (*JUR* 2009, 409035)
- SAP de Madrid de 28 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 363145)
- SAP de Málaga de 30 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 195339)
- SAP de Barcelona de 4 de octubre de 2013 (*JUR* 2013, 356436)
- SAP de Sevilla de 2 de diciembre de 2013 (*JUR* 2014, 79379)
- SAP de Asturias de 10 de marzo de 2020 (*JUR* 2020, 125476)
- SAP de Córdoba de 13 de julio de 2020 (*JUR* 2020, 298199)

#### DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

- RDGRN de 5 de septiembre de 1991 (*RJ* 1991, 6081)
- RDGRN de 5 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993, 9113)



- RDGRN de 11 de mayo de 2005 (*RJ* 2005, 5621)
- RDGRN de 10 de diciembre de 2007 (*RJ* 2008, 2782)
- RDGRN de 30 de junio de 2011 (*RJ* 2012, 3176)
- RDGRN de 9 de octubre de 2012 (*RJ* 2012, 10976).
- RDGRN de 3 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 5795)
- RDGRN de 24 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 1394)
- RDGRN de 17 de abril de 2017 (*RJ* 2017, 1595)
- RDGRN de 14 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 4111)
- RDGRN de 4 de julio de 2019 (*RJ* 2019, 3060)
- RDGRN de 25 de julio de 2019 (*RJ* 2019, 3956)
- RDGSF de 10 de marzo de 2021 (*RJ* 2021, 1551)
- RDGSF de 10 de marzo de 2021 (*RJ* (2021, 1559)

### VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN DOMENECH, F. (2021). La acción de retracto. En E. Bosch Capdevilla, M.<sup>a</sup> P. Sánchez González, M.<sup>a</sup> A. Blandino Garrido y P. de Barrón Arniches (coord.), *Los derechos de adquisición*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 703-728.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, 10.<sup>a</sup> ed. Madrid: Edisofer.
- ÁLVAREZ OLALLA, M.<sup>a</sup> P. (2008). Los Derechos de Tanteo, Retracto y Adquisición Preferente en la nueva normativa sobre arrendamientos rústicos. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2008 (BIB 2008\606).
- ARRECHEDERA ARANZADI, I. (1980). Los derechos de tanteo y retracto configurados con carácter personal, *Revista de Derecho Privado*, núm. LXIV, 123-136.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018). *Propuesta de Código Civil*. Madrid: Tecnos. [En línea]: <http://www.derechocivil.net/esp/pdf/sep/TITULO-I-OBLIGACIONES.pdf> (fecha de última consulta 16 de agosto de 2021).
- ÁVILA NAVARRO, P. y RIVERA HERNÁNDEZ, F. (1993). Los derechos de preferente adquisición del arrendatario en la aportación de fincas a una sociedad mercantil. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 615, 693-712.
- BARBER CÁRCAMO, R. (1991). *El retracto gentilicio*. Madrid: Montecorvo.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2011). Dudas sobre los derechos de tanteo y retracto de los arrendatarios sometidos a la Ley de Arrendamientos Urbanos. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2011 (BIB 2011\1762).
- BLANCO SARALEGUI, J.M. (2021). Artículo 304. En J.A. García-Cruces e I. Sancho Gargallo (dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo IV. Valencia: Tirant Lo Blanch, 4227-4239.
- BLASCO GASCÓ, F.P. (2007). Comentario al artículo 25. En F.P. Blasco Gascó (coord.), *Arrendamientos Urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 868-877.
- (2019). *Instituciones de Derecho Civil. Derechos Reales. Derecho Registral Inmobiliario*, 3.<sup>a</sup> Ed. Valencia: Tirant lo Blanch.



- BORRELL Y SOLER, A.M. (1959). *El Contrato de compraventa según el Código Civil español*. Barcelona: Bosch.
- BOSCH CAPDEVILLA, E. (2021). Capítulo 1. El derecho de tanteo y retracto. Teoría general. En E. Bosch Capdevilla, M.<sup>a</sup> P. Sánchez González, M.<sup>a</sup> A. Blandino Garrido y P. de Barrón Arniches (coord.), *Los derechos de adquisición*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 39-94.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (2005). *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, Introducción y Parte General*, Vol. I, revisada y puesta al día por A.M. Román García, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid: Reus.
- COCA PAYERAS, M. y MUNAR BERNAT, P.A. (1996). Artículo 25. En C. Larsarte Álvarez (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Madrid: Tecnos, 675-685.
- CORDERO LOBATO, E. (2007). Aspectos controvertidos en el arrendamiento de locales de negocio, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 19 (BIB 2007\2435).
- COSIALLS UBACH, A.M. (2021). Capítulo 9. El retracto de colindantes. En E. Bosch Capdevilla, M.<sup>a</sup> P. Sánchez González, M.<sup>a</sup> A. Blandino Garrido y P. de Barrón Arniches (coord.), *Los derechos de adquisición*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 335-364.
- (2021). Capítulo 11. Los derechos de adquisición preferente en la legislación agraria. En E. Bosch Capdevilla, M.<sup>a</sup> P. Sánchez González, M.<sup>a</sup> A. Blandino Garrido y P. de Barrón Arniches (coord.), *Los derechos de adquisición*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 403-428.
- COSSÍO Y CORRAL, A. (1988). *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, revisado y puesto al día por M. Cossío y Martínez y J. León Alonso. Madrid: Civitas.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1971). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1991). Comentario al artículo 1067. En C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia, 2503-2506.
- DÍAZ ROMERO, M.<sup>a</sup> R. (1999). *La aportación a sociedad de vivienda arrendada como supuesto del derecho de retracto legal del arrendatario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2010). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo IV. *Las particulares relaciones obligatorias*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- (2012). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo VI. *Derechos Reales*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- (2014) *La seguridad jurídica y otros ensayos*. Cizur Menor (Navarra): Civitas.
- DÍEZ SOTO, C.M. (2011). Artículo 1067 del Código Civil. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código Civil Comentado*, Vol. II. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 1761-1762.
- (2020). Inviabilidad del retracto arrendaticio urbano en caso de venta de vivienda hipotecada, cuando el acreedor hipotecario no consiente la subrogación del retrayente en la deuda. Comentario a la STS de 15 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 652). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 114, 251-274.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2000). *Tanteo y Retracto de Colindantes en la ley 19/1995 de Modernización de las Explotaciones Agrarias*. Las Rozas (Madrid): La Ley.

- EMPARANZA SOBEJANO, A. (2021). Artículo 63. En J.A. García-Cruces e I. Sancho Gargallo (dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1017-1022.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2008). Retracto legal arrendaticio, transacción y terceros. Comentario a la STS de 9 de septiembre de 2008, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 22/2009 (BIB 2009\90).
- ESTRUCH ESTRUCH, J. (1998). *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*. Pamplona: Aranzadi.
- FLORES GONZÁLEZ, B. (2011). Enajenaciones que originan los derechos de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Rústicos, *Actualidad Civil*, núm. 6, 2011 (LA LEY 2862/2011).
- (2014). Concepto de tanteo y retracto en el Derecho Civil común. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 745, 2117-2189.
- FORTEA GORBE, J.L. (2018). Derecho de retracto arrendaticio y liquidación concursal. *Actualidad Civil*, núm. 2, ap. IV (LA LEY 1540/2018).
- FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2019). *Nueva Suma de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- GALLEGO, E. (2011). Comentario al artículo 64. En A. Rojo y E. Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 600-615.
- GARCÍA CANTERO, G. (1989). Artículos 1445 a 1541. En M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y las compilaciones forales*, Tomo XIX. Madrid: Edersa, 587-590.
- GÓMEZ CALLE, E. (2009). El precio a pagar por el retrayente para ejercitar su derecho de adquisición preferente, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXII, fasc., 2, 613-545.
- GONZÁLEZ GARCÍA, V. (1949). Notas sobre el retracto arrendaticio rústico, *Revista de Derecho Privado*, núm. XXXIII, 654-672.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2003). *Eficacia del retracto legal frente a los titulares registrales*, *Diario La Ley*, núm. 5.840 (LA LEY 1484/20039).
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.<sup>a</sup> (2019). Estudio jurisprudencial del derecho de retracto arrendaticio, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 773, 1500-1520.
- IHERING, R. (1844). *El espíritu del Derecho romano*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2020). El derecho de retracto arrendaticio urbano para arrendamientos sujetos a la Ley 4/2013, al Real Decreto-Ley 21/2018 y Real Decreto-Ley 7/2019, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, 1878-1905.
- LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (2009). *Elementos de Derecho Civil*, Tomo III, *Derechos Reales*, Volumen Segundo, 3.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por A. Luna Serrano. Madrid: Dykinson.
- LOSCERTALES FUERTES, D. (2018). *Arrendamientos urbanos, legislación y comentarios*, 10.<sup>a</sup> ed. Las Rozas (Madrid): Sepín.

- MAGRO SERVET, V. (2014). El derecho de tanteo y retracto de vivienda y local de negocio del arrendatario, *Práctica de Tribunales*, núm. 111 (ap. 2 c) y e) LA LEY 7716/2014).
- MANRESA Y NAVARRO, J.M. (1919). Artículo 1521. En *Comentarios al Código Civil español*, Tomo X. Madrid: Reus, 361-365.
- MANZANO SOLANO, A. y MANZANO FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> M. (2008). *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- MARÍN LÓPEZ, J.J. y COLÁS ESCANDÓN A.M.<sup>a</sup> (2020). Comentario al artículo 13.<sup>a</sup>. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 455-521.
- MARTÍN CONTRERAS, L. (2004). *Ley de Arrendamientos Urbanos*. Barcelona: Bosch.
- MATEO SANZ, J.B. (2007). Comentario al artículo 25. En E. Llamas Pombo (coord.), *Ley de Arrendamientos Urbanos*. Las Rozas (Madrid): La Ley, 617-633.
- MICÓ GINER, J. (2021). *La compraventa inmobiliaria. Escritura pública e inscripción registral*, Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J.M. (2018). Arrendamientos y ejecución hipotecaria: la suerte del arrendamiento para uso distinto del de vivienda tras la ejecución de la finca arrendada, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 46/2018 (BIB 2018\10974).
- O'CALLAGHAN, X. (2008). *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*. Madrid: Dijusa.
- (2020). *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*, 3.<sup>a</sup> ed., revisada por M.<sup>a</sup> Begoña Fernández González. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- PÉREZ GURREA, R. (2008). No cabe retracto arrendaticio urbano en la dación en pago de deuda: reflexiones acerca de la RDGRN de 10 de diciembre de 2007, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, 1385-1388.
- PEREZ UREÑA, A.A. (2008). *El retracto en los contratos de arrendamiento*. Madrid: Grupo Difusión.
- (2011). Los presupuestos para el ejercicio del retracto arrendaticio urbano. Análisis práctico de la cuestión a la luz del casuismo judicial, *El Consultor Inmobiliario*, núm. 122 (ap. 3.b LA LEY 3426/2011).
- RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F. (2021). Capítulo 8. El retracto de comuneros: algunos aspectos discutidos respecto a su ejercicio. En E. Bosch Capdevilla, M.<sup>a</sup> P. Sánchez González, M.<sup>a</sup> A. Blandino Garrido y P. de Barrón Arniches (coord.), *Los derechos de adquisición*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 309-334.
- REBOLLEDO VARELA, A.L. (1991). Comentario al artículo 1521. En C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo II. Madrid: Ministerio de Justicia, Madrid, 1006-1009.
- (1991). Comentario al artículo 1525. En C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo II. Madrid: Ministerio de Justicia, Madrid, 1017-1019.

- ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÁ I XIRGO, J. (2008). *Derecho hipotecario*. Tomo VI. 9.<sup>a</sup> ed. Barcelona: Bosch.
- RODRÍGUEZ MORATA, F. (2001). *Derecho de Tanteo y Retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, 2.<sup>a</sup> Ed. Elcano (Navarra): Aranzadi.
- (2020). Comentario al artículo 25. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 833-887.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> P. (2021). Capítulo 10. Derecho de adquisición preferente en la Ley de Arrendamientos Urbanos. En E. Bosch Capdevilla, M.<sup>a</sup> P. Sánchez González, M.<sup>a</sup> A. Blandino Garrido y P. de Barrón Arniches (coord.), *Los derechos de adquisición*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 365-402.
- SALAS CARCELLER, A. (2008). El ejercicio del retracto legal en los supuestos de venta en subasta pública. (Comentario sobre la Sentencia núm. 1336/2007, de 14 de diciembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo), *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 7/2008 (BIB 2008\838).
- (2011). El ejercicio del derecho de retracto legal y los reembolsos debidos al comprador. (Comentario sobre la Sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 2011). *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 7/2011 (BIB 2011\1516).
- SOSPEDRA NAVAS, F.J. (2008). Capítulo II.4. En F.J. Sospedra Navas (dir.), *Arrendamientos urbanos: normas sustantivas y procesales*. Cizur Menos (Navarra): Civitas.
- VAQUER ALCOY, A. (2021). Capítulo 12. El tanteo y retracto de coherederos. En E. Bosch Capdevilla, M.<sup>a</sup> P. Sánchez González, M.<sup>a</sup> A. Blandino Garrido y P. de Barrón Arniches (coord.), *Los derechos de adquisición*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 429-456.
- VÁZQUEZ BARROS, S. (2012), *Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

## NOTAS

<sup>1</sup> IHERING, R. (1844). *El espíritu del Derecho romano*. Madrid: Marcial Pons, 2005, 314.

<sup>2</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2014). La seguridad jurídica y otros ensayos. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 14.

<sup>3</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2010) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo IV. *Las particulares relaciones obligatorias*, Cizur Menor (Navarra): ARANZADI, 161 y 162, indica que hay pocas similitudes entre esta figura y el genuino retracto, de modo que la venta con pacto de retro más bien sería una venta sujeta a una condición resolutoria de carácter potestativo, dependiente de la voluntad del acreedor o adquirente del derecho.

<sup>4</sup> Empleamos a este respecto la terminología que se contiene en la Propuesta de Código civil, artículo 3113.16, elaborada por la ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018). *Propuesta de Código civil*. Madrid: Tecnos. [En línea]: <http://www.derechocivil.net/esp/pdf/sep/TITULO-I-OBLIGACIONES.pdf> (fecha de última consulta 16 de agosto de 2021).

<sup>5</sup> LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (2009). *Elementos de Derecho Civil*, Tomo III, Derechos Reales, Volumen Segundo, 3.ª ed., revisada y puesta al día por A. Luna Serrano. Madrid: Dykinson, 342 y 343.

<sup>6</sup> BLASCO GASCÓ, F.P. (2019). *Instituciones de Derecho Civil. Derechos Reales. Derecho Registral Inmobiliario*, 3.ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 432 a 434.

<sup>7</sup> ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÁ I XIRGO, J. (2008). *Derecho hipotecario*. Tomo VI. 9.ª ed. Barcelona: Bosch, 345 a 347.

<sup>8</sup> Seguimos en este punto la clara exposición que realiza BOSCH CAPDEVILLA, E. (2021). Capítulo 1. El derecho de tanteo y retracto. Teoría general. En E. Bosch Capdevila, M.ª P. Sánchez González, M.ª A. Blandino Garrido y P. de Barrón Arniches (coord.), *Los derechos de adquisición*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 40 a 43.

<sup>9</sup> Vid. DIEZ-PICAZO, L. (2012). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo VI. Derechos Reales, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, Capítulo XIV, § 8 a 14, sobre el régimen jurídico de estos derechos de adquisición preferente; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª P. (2021). Capítulo 10. Derecho de adquisición preferente en la Ley de Arrendamientos Urbanos. En E. Bosch Capdevilla, M.ª P. Sánchez González, M.ª A. Blandino Garrido y P. de Barrón Arniches (coord.), *Los derechos de adquisición*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 636, nota 3.

<sup>10</sup> FLORES GONZÁLEZ, B. (2014). Concepto de tanteo y retracto en el Derecho Civil común. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 745, 2136 y 2.66.

<sup>11</sup> ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018), *op. cit.*, artículo 3111-1.2.

<sup>12</sup> Vid. BOSCH CAPDEVILLA, E., *op. cit.*, 54, que analiza esta cuestión siguiendo la regulación contenida en el artículo 3111.3.1 y 2 de la PCC de la APDC.

<sup>13</sup> MANZANO SOLANO, A. y MANZANO FERNÁNDEZ, M.ª M. (2008). *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 614.

<sup>14</sup> Así, el artículo 37.3 LH excepciona la protección del tercero con título inscrito en los supuestos de ejercicio de un retracto legal. Vid. REBOLLEDO VARELA, A.L. (1991). Comentario al artículo 1521. En C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercof Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código civil*, Tomo II. Madrid: Ministerio de Justicia, 1006 a 1009, que destaca su naturaleza real y su oponibilidad al tercero del artículo 34 LH sin necesidad de inscripción, siendo ejercitable frente los posteriores subaquirentes cualquiera que sea su título de adquisición, no rigiendo para las sucesivas transmisiones la limitación a compraventa o dación en pago. Vid. ÁLVAREZ OLALLA, M.ª P. (2008). Los Derechos de Tanteo, Retracto y Adquisición Preferente en la nueva normativa sobre arrendamientos rústicos. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2008, 1 (BIB 2008/606), respecto al derecho de tanteo y retracto en la LAR. Cfr. GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2003). Eficacia del retracto legal frente a los titulares registrales, *Diario La Ley*, núm. 5.840 (LA LEY 1484/20039), sobre la eficacia práctica de esta oponibilidad en base al análisis de la RDGRN de 30 de abril de 2003. Vid. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2008). Retracto legal arrendaticio, transacción y terceros. Comentario a la STS de 9 de septiembre de 2008, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 22/2009 (BIB 2009/90), sobre un supuesto en que se declaró que el retracto arrendaticio no era oponible al acreedor hipotecario de buena fe.

<sup>15</sup> Vid., entre otras muchas, RRDGRN de 17 abril 2017 o 10 de marzo de 2021. En este sentido la Propuesta de Código civil de la APDC, en su artículo 3111.3.2, exige que se haga constar en el título constitutivo que el derecho se constituye con carácter real; que este título se formalice en escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad si recae sobre bienes inmuebles; que su constitución obedezca a intereses legítimos; y que su objeto esté claramente determinado.

<sup>16</sup> Cfr. BOSCH CAPDEVILLA, E. (2021), *op. cit.*, 88 a 92; *vid.* REBOLLEDO VARELA, A.L. (1991). Comentario al artículo 1521 del Código civil, *op. cit.*, 1009.

<sup>17</sup> DIEZ SOTO, C.M. (2020). Inviabilidad del retracto arrendaticio urbano en caso de venta de vivienda hipotecada, cuando el acreedor hipotecario no consiente la subrogación del retrayente en la deuda. Comentario a la STS de 15 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 652). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 114, 11.

<sup>18</sup> GARCÍA CANTERO, G. (1989). Artículos 1445 a 1541. En M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y las compilaciones forales*, Tomo XIX. Madrid: Edersa, 587 a 590.

<sup>19</sup> *Vid.* RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F. (2021). Capítulo 8. El retracto de comuneros: algunos aspectos discutidos respecto a su ejercicio. En E. Bosch Capdevilla, M.<sup>a</sup> P. Sánchez González, M.<sup>a</sup> A. Blandino Garrido y P. de Barrón Arniches (coord.), *Los derechos de adquisición*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 316 a 317 y la doctrina y jurisprudencia citada.

<sup>20</sup> REBOLLEDO VARELA, A.L. (1991). Comentario al artículo 1521 del Código civil, *op. cit.*, 1006 a 1009, que destaca su naturaleza real y su oponibilidad al tercero del artículo 34 LH sin necesidad de inscripción, siendo ejercitable frente a los posteriores subaquirentes cualquiera que sea su título de adquisición.

<sup>21</sup> STS de 8 de junio de 1995 y 18 de marzo de 2009, ambas relativas al retracto de comuneros.

<sup>22</sup> STS de 14 de diciembre de 2007 relativa a un retracto de comuneros.

<sup>23</sup> ESTRUCH ESTRUCH, J. (1998). *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*. Pamplona: Aranzadi, 176.

<sup>24</sup> VAQUER ALCOY, A. (2021). Capítulo 12. El tanteo y retracto de coherederos. En E. Bosch Capdevilla, M.<sup>a</sup> P. Sánchez González, M.<sup>a</sup> A. Blandino Garrido y P. de Barrón Arniches (coord.), *Los derechos de adquisición*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 433.

<sup>25</sup> *Ibidem*, 449.

<sup>26</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1991). Comentario al artículo 1067. En C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código civil*, Tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia, 2503 a 2506.

<sup>27</sup> VAQUER ALCOY, A., *op. cit.*, 435 y 436.

<sup>28</sup> DIEZ SOTO, C.M. (2011). Artículo 1067 del Código civil. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil Comentado*, Vol. II. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 1.781.

<sup>29</sup> VAQUER ALCOY, A., *op. cit.*, 436, que cita la SAP de Oviedo, de 5 de julio de 2007 (*AC* 2007, 1816).

<sup>30</sup> *Vid.* COSIALLS UBACH, A.M. (2021). Capítulo 9. El retracto de colindantes. En E. Bosch Capdevilla, M.<sup>a</sup> P. Sánchez González, M.<sup>a</sup> A. Blandino Garrido y P. de Barrón Arniches (coord.), *Los derechos de adquisición*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 335 y 336.

<sup>31</sup> STS de 14 de noviembre de 1991.

<sup>32</sup> STS de 18 de abril de 1997.

<sup>33</sup> *Vid.* COSIALLS UBACH, A.M. (2021), Capítulo 9, *op. cit.*, 345 y 346, y la doctrina y jurisprudencia ahí citada.

<sup>34</sup> LÁCRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (2009), *op. cit.*, 339.

<sup>35</sup> *Vid.* artículos 3 a 6 LMEA.

<sup>36</sup> *Vid.* artículo 16 LMEA en cuanto al Catálogo General de Explotaciones Prioritarias.

<sup>37</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2000). Tanteo y Retracto de Colindantes en la ley 19/1995 de Modernización de las Explotaciones Agrarias. Las Rozas (Madrid): *La Ley*, 94 a 98.



<sup>38</sup> Artículo 22 redactado por el apartado diez del artículo único de la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos.

<sup>39</sup> ÁLVAREZ OLALLA, M.<sup>a</sup> P. (2008), *op. cit.*, 5 a 14.

<sup>40</sup> El concepto de agricultor profesional es diferente en la LAR y en la LMEA. *Vid.* al respecto COSIALLS UBACH, A.M. (2021). Capítulo 11. Los derechos de adquisición preferente en la legislación agraria. En E. Bosch Capdevilla, M.<sup>a</sup> P. Sánchez González, M.<sup>a</sup> A. Blandino Garrido y P. de Barrón Arniches (coord.), *Los derechos de adquisición.* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 406 y 407.

<sup>41</sup> *Vid.* ÁLVAREZ OLALLA, M.<sup>a</sup> P. (2008), *op. cit.*, 19 a 23.

<sup>42</sup> *Vid.* FLORES GONZÁLEZ, B. (2011). Enajenaciones que originan los derechos de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Rústicos, *Actualidad Civil*, núm. 6, 2011 (LA LEY 2862/2011), que realiza un análisis comparado de estas regulaciones.

<sup>43</sup> ÁLVAREZ OLALLA, M.<sup>a</sup> P. (2008), *op. cit.*, 19.

<sup>44</sup> *Ibidem*, 31 y 32.

<sup>45</sup> *Vid.*, en este sentido RDGSF de 10 de marzo de 2021, que establece que el hecho determinante del nacimiento del retracto y del nacimiento del plazo para ejercitar la acción es la venta entendida como acto de enajenación o traslativo de dominio, esto es, entendida como venta consumada y no meramente perfeccionada. JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2020). El derecho de retracto arrendaticio urbano para arrendamientos sujetos a la Ley 4/2013, al Real Decreto-Ley 21/2018 y Real Decreto-Ley 7/2019, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, 1878 a 1905. En el mismo sentido se expresa SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> P., *op. cit.*, 373 y 374. *Cfr.*, en la misma línea, BOSCH CAPDEVILLA, E., *op. cit.*, 90 y 91, que sostiene que, cuando se ejercita el retracto, el tercero ya ha adquirido la propiedad del inmueble, de ahí que su ejercicio implique una nueva transmisión entre este y el retrayente. En sentido contrario, *vid.* FLORES GONZÁLEZ, B. (2014), Concepto de tanteo y retracto..., *op. cit.*, 2128 a 2136, en las que aborda el momento en el que pueden ser ejercitados los derechos de tanteo y retracto, decantándose, en este último caso, por entender suficiente la venta perfeccionada, aunque no esté consumada.

<sup>46</sup> *Vid.* SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> P. (2021), *op. cit.*, 367 a 369, en las que aborda estas cuestiones, incidiendo en la modificación que el Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, ha introducido en cuanto a la oponibilidad de los arrendamientos de vivienda no inscritos durante el periodo de duración mínimo imperativo para el arrendador; *vid.* sobre la misma cuestión GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.<sup>a</sup> (2019). Estudio jurisprudencial del derecho de retracto arrendaticio, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 773, 1.505 a 1.507; y JIMÉNEZ PARÍS, M.A., *op. cit.*, 1893 a 1896.

<sup>47</sup> *Cfr.* STS de 21 noviembre de 2016, referida a un arrendamiento para uso distinto del de vivienda, que matiza que la LAU de 1994, a diferencia del artículo 47 de la LAU de 1964, no se refiere expresamente a la «ocupación» por el arrendatario de la vivienda o local a retraer, como condición necesaria para poder ejercer tal derecho. En el mismo sentido, SSTS de 18 de marzo de 2010 o 2 de noviembre de 2006. En la doctrina, *cfr.* SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> P. (2021), *op. cit.*, 370 o RODRÍGUEZ MORATA, F., (2020). Comentario al artículo 25. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos.* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 862 a 864.

<sup>48</sup> *Vid.* ADÁN DOMENECH, F. (2021). La acción de retracto. En E. Bosch Capdevilla, M.<sup>a</sup> P. Sánchez González, M.<sup>a</sup> A. Blandino Garrido y P. de Barrón Arniches (coord.), *Los derechos de adquisición.* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 722 y 723, que cita diversa jurisprudencia; y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> P. (2021), *op. cit.*, 373, que cita la STS de 17 de junio de 1997.

<sup>49</sup> STS de 27 noviembre de 2001 o STS de 11 de julio de 2012.

<sup>50</sup> *Vid.* las precisiones que realiza al respecto SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> P. (2021), *op. cit.*, 374 a 376.

<sup>51</sup> GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.<sup>a</sup> (2019), *op. cit.*, 1508 y 1509.

<sup>52</sup> En este sentido, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> P. (2021), *op. cit.*, 401 y 402.

<sup>53</sup> En relación con la disposición de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, el artículo 1320 del Código civil requiere el consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial, aunque sean privativos de uno de ellos. Al respecto, el párrafo segundo de este precepto dispone: *La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.*

<sup>54</sup> MICÓ GINER, J. (2021). *La compraventa inmobiliaria. Escritura pública e inscripción registral*, Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 1041.

<sup>55</sup> *Vid.* STS de 15 de enero de 2020, que niega la procedencia del retracto en caso de que el arrendatario se pretenda subrogar en el préstamo hipotecario que grava la finca sin el consentimiento del acreedor hipotecario. *Vid.*, sobre esta sentencia el trabajo de Díez Soto, C.M. (2020), *op. cit.*, 251 a 274; *vid.* SALAS CARCELLER, A. (2011). El ejercicio del derecho de retracto legal y los reembolsos debidos al comprador. (Comentario sobre la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 2011). *Revista Aranzadi Doctrinal* núm.7/2011 (BIB 2011\1516), en relación al alcance de la expresión «otro pago legítimo hecho para la venta».

<sup>56</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> P. (2021), *op. cit.*, 392; BOSCH CAPDEVILLA, E. (2021), *op. cit.*, 78 y 79; REBOLLEDO VARELA, A.L. (1991). Comentario al artículo 1525. En C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch (dir.), en *Comentario del Código civil*, Tomo II. Madrid: Ministerio de Justicia, 1017-1019.

<sup>57</sup> *Cfr.*, GÓMEZ CALLE, E. (2009). El precio a pagar por el retrayente para ejercitar su derecho de adquisición preferente, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXII, fasc., 2, 641 y 642.

<sup>58</sup> *Vid.* SAP Madrid de 28 de junio de 2010, la cual precisa que «por tanto resultaría contrario a la lógica y al espíritu del artículo 1522 del Código civil y del artículo 25 de Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, el entender que si se enajena a un extraño la cuota de propiedad, los restantes copropietarios puedan acceder a la propiedad de la misma con prioridad al arrendatario, mientras que si se produce la extinción de la comunidad por la división de la cosa común y adjudicación de su titularidad a alguno de los comuneros, el arrendatario pueda hacer suya la propiedad mediante el ejercicio del retracto arrendaticio, con lo cual se produciría la consecuencia contraria a la lógica y al espíritu y finalidad de la norma (art. 3.1 CC) de que la adquisición de la propiedad única del bien priva al arrendatario de la posibilidad del ejercicio de su acción de retracto y solo en caso de que ello haya sido producido como consecuencia de la enajenación de la cuota de propiedad a un tercero extraño a la comunidad, mientras que si la extinción de la comunidad se produce por la adquisición entre los comuneros de la titularidad del bien por parte de alguno de ellos, sí quepa el retracto arrendaticio»; en el mismo sentido, SAP Ávila de 27 de junio de 2007.

<sup>59</sup> Modificación introducida por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

<sup>60</sup> EMPARANZA SOBEJANO, A. (2021). Artículo 63. En J.A. García-Cruces e I. Sancho Gargallo (dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1017-1022.

<sup>61</sup> *Vid.* ÁVILA NAVARRO, P. y RIVERA HERNÁNDEZ, F. (1993). Los derechos de preferente adquisición del arrendatario en la aportación de fincas a una sociedad mercantil. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 615, 694.

<sup>62</sup> *Cfr.* sobre esta cuestión la exposición que realiza DÍAZ ROMERO, M.<sup>a</sup> R. (1999). *La aportación a sociedad de vivienda arrendada como supuesto del derecho de retracto legal del arrendatario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 17.

<sup>63</sup> GALLEGO, E. (2011). Comentario al artículo 64. En A. Rojo y E. Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 601.



<sup>64</sup> Cfr. RDGRN de 9 de octubre de 2012.

<sup>65</sup> SALAS CARCELLER, A. (2008). El ejercicio del retracto legal en los supuestos de venta en subasta pública. (Comentario sobre la sentencia núm. 1336/2007, de 14 de diciembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo), *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 7/2008 (BIB 2008\838), en relación a un retracto de comuneros.

<sup>66</sup> Vid. FLORES GONZÁLEZ, B. (2011). Enajenaciones..., *op. cit.*, que aborda este punto, considerando que la actuación del retracto presupone, como regla general, la conservación de la condición de arrendatario cuando se ejercita este derecho, lo que requiere que la ejecución judicial o administrativa no extinga el arrendamiento; y RDGRN de 3 de julio de 2013. Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J.M. (2018). Arrendamientos y ejecución hipotecaria: la suerte del arrendamiento para uso distinto del de vivienda tras la ejecución de la finca arrendada, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 46/2018 (BIB 2018\10974); SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> P. (2021), *op. cit.*, 367 a 369, en las que se abordan estas cuestiones, incidiendo en la modificación que el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, ha introducido en cuanto a la oponibilidad de los arrendamientos de vivienda no inscritos durante el periodo de duración mínimo imperativo para el arrendador; *vid.* sobre la misma cuestión GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.<sup>a</sup> (2019), *op. cit.*, 1505 a 1507; y JIMÉNEZ PARÍS, M.A. (2020), *op. cit.*, 1893 a 1896.

<sup>67</sup> Cfr. MARÍN LÓPEZ, J.J. y COLÁS ESCANDÓN A.M.<sup>a</sup> (2020). Comentario al artículo 13.<sup>a</sup> En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 455-521.

<sup>68</sup> Vid. FLORES GONZÁLEZ, B. (2011). Enajenaciones..., *op. cit.*, LA LEY 2862/2011.

<sup>69</sup> COSSÍO Y CORRAL, A. (1988). *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, revisado y puesto al día por M. Cossío y Martínez y J. León Alonso. Madrid: Civitas, 353.

<sup>70</sup> COCA PAYERAS, M. y MUNAR BERNAT, P.A. (1996). Artículo 25. En C. Lasarte Álvarez (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Madrid: Tecnos, 675 a 685.

<sup>71</sup> BARBER CÁRCAMO, R. (1991). *El retracto gentilicio*. Madrid: Montecorvo, 113.

<sup>72</sup> MATEO SANZ, J.B. (2007). Comentario al artículo 25. En E. Llamas Pombo (coord.), *Ley de Arrendamientos Urbanos*. Las Rozas (Madrid): La Ley, 632; sostiene la misma opinión RODRÍGUEZ MORATA, F. (2020). Comentario al artículo 25. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 882.

<sup>73</sup> BLASCO GASCO, F.P. (2007). Comentario al artículo 25. En F.P. Blasco Gascó (coord.), *Arrendamientos Urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 872.

<sup>74</sup> RODRÍGUEZ MORATA, F. (2001). *Derecho de Tanteo y Retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, 2.<sup>a</sup> Ed. Elcano (Navarra): Aranzadi, 124 y 125.

<sup>75</sup> PÉREZ UREÑA, A.A. (2008). *El retracto en los contratos de arrendamiento*. Madrid: Grupo Difusión, 34.

<sup>76</sup> FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2019). *Nueva Suma de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi., 312, que citan la SAP de Sevilla de 2 de diciembre de 2013.

<sup>77</sup> RODRÍGUEZ MORATA, F. (2001), *op. cit.*, 126; o PEREZ UREÑA, A.A (2008), *op. cit.*, 36.

<sup>78</sup> RODRÍGUEZ MORATA, F. (2020), *op. cit.*, 851.

<sup>79</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M. (1919). Artículo 1521. En *Comentarios al Código civil español*, Tomo X. Madrid: Reus, 361.

<sup>80</sup> Vid. CASTÁN TOBENAS, J. (2005). *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, Introducción y Parte General*, Vol. I, revisada y puesta al día por A.M. Román García, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid: Reus, 576 y 577, sobre la interpretación restrictiva y extensiva; y 592 y 593, sobre la analogía y sus diferencias con la interpretación extensiva.

- <sup>81</sup> *Ibidem*, 576 sobre el concepto de interpretación declarativa.
- <sup>82</sup> MARTÍN CONTRERAS, L. (2004). *Ley de Arrendamientos Urbanos*. Barcelona: Bosch, 268.
- <sup>83</sup> SOSPEDRA NAVAS, F.J. (2008). Capítulo II.4. En F.J. Sospedra Navas (dir.), *Arrendamientos urbanos: normas sustantivas y procesales*. Cizur Menos (Navarra): Civitas, 245 y 246.
- <sup>84</sup> GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.<sup>a</sup> (2019). *op. cit.*, 1504 y 1505.
- <sup>85</sup> PEREZ UREÑA, A.A. (2011). Los presupuestos para el ejercicio del retracto arrendaticio urbano. Análisis práctico de la cuestión a la luz del casuismo judicial, *El Consultor Inmobiliario*, núm. 122 (ap. 3.b, LA LEY 3426/2011).
- <sup>86</sup> PÉREZ UREÑA, A.A. (2008), *op. cit.*, 40.
- <sup>87</sup> La SAP de Valladolid de 11 de septiembre de 2001 dispone que «cierto es que el actor a la fecha en que presentó la demanda con el fin de ejercitar del derecho de retracto, seguía ostentando la condición de arrendatario, pero cierto es también que en esa misma fecha, el contrato de compraventa objeto de retracto ya había sido válida resuelto por sus otorgantes, mediante el otorgamiento de una escritura pública y notarial...».
- <sup>88</sup> CORDERO LOBATO, E. (2007). Aspectos controvertidos en el arrendamiento de locales de negocio, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 19 (BIB 2007\2435).
- <sup>89</sup> MATEO SANZ, J.B. (2007), *op. cit.*, 632 y 633.
- <sup>90</sup> FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2019), *op. cit.*, 309 a 312.
- <sup>91</sup> MAGRO SERVET, V. (2014). El derecho de tanteo y retracto de vivienda y local de negocio del arrendatario, *Práctica de Tribunales*, núm. 111, ap. 2 c) y e) (LA LEY 7716/2014).
- <sup>92</sup> O'CALLAGHAN, X. (2008). *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*. Madrid: Djusa, 463; y (2020) *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*, 3.<sup>a</sup> edición, revisada por M.<sup>a</sup> Begoña Fernández González. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 454.
- <sup>93</sup> LOSCERTALES FUERTES, D. (2018). *Arrendamientos urbanos, legislación y comentarios*, 10.<sup>a</sup> ed. Las Rozas (Madrid): Sepín, 272.
- <sup>94</sup> *Vid.* FORTEA GORBE, J.L. (2018), *op. cit.*, que indica que, de no procederse a la extinción contractual, el derecho de adquisición preferente pervive ante la enajenación concursal de los activos a los que afecta.
- <sup>95</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *Derecho Civil, III, Derecho de Bienes*, 10.<sup>a</sup> ed. Madrid: Edisofer, 808 y 809.
- <sup>96</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, V. (1949). Notas sobre el retracto arrendaticio rústico, *RDP*, 1949, núm. XXXIII, 654.
- <sup>97</sup> BORRELL Y SOLER, A.M. (1959). *El Contrato de compraventa según el Código civil español*. Barcelona: Bosch, 265 y 266.
- <sup>98</sup> ARRECHEDERA ARANZADI, I. (1980). Los derechos de tanteo y retracto configurados con carácter personal, *Revista de Derecho Privado*, núm. LXIV, 340 (nota 82).
- <sup>99</sup> *Vid.* FLORES GONZÁLEZ, B. (2011). Enajenaciones..., *op. cit.*, ap. I (LA LEY 2862/2011).
- <sup>100</sup> *Vid.* SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> P. (2021), *op. cit.*, 380 a 385.
- <sup>101</sup> No obstante, si se entendiera que procede el retracto arrendaticio en el caso de división de la cosa común, sobre el mismo prevalecería el retracto de comuneros, según hemos expuesto supra, § III.4.
- <sup>102</sup> VÁZQUEZ BARROS, S. (2012). *Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 180.
- <sup>103</sup> BLASCO GASCÓ, F.P. (2007), *op. cit.*, 872.
- <sup>104</sup> RODRÍGUEZ MORATA, F. (2020), *op. cit.*, 852 a 854.
- <sup>105</sup> BLASCO GASCÓ, F.P. (2007), *op. cit.*, 872.
- <sup>106</sup> RODRÍGUEZ MORATA, F. (2020), *op. cit.*, 852 a 854.

<sup>107</sup> DÍAZ ROMERO, M.<sup>a</sup> R. (1999). *op. cit.*, 21 y 22; y 28.

<sup>108</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. (2010). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo IV, *op. cit.*, 304 y 305.

<sup>109</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2012). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo VI..., *op. cit.*, 311 y 312.

<sup>110</sup> Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018), *op. cit.*..., artículo 3112-2.

<sup>111</sup> BOSCH CAPDEVILLA, E., *op. cit.*, 60, que pone de manifiesto que, pese al silencio de esta propuesta, que solo alude al tanteo, la regulación también es aplicable al retracto.

<sup>112</sup> DÍAZ ROMERO, M.<sup>a</sup> R. (1999), *op. cit.*, 21 y 22; y 28.

<sup>113</sup> Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018), *op. cit.*..., artículo 3112-2.

<sup>114</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. (2010) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo IV..., *op. cit.*, 304 y 305.

<sup>115</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2012). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo VI..., *op. cit.*, 311 y 312.

<sup>116</sup> Vid. artículo 4.1 del Código civil: *Procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón*. CASTÁN TOBENAS, J. (2005), *op. cit.*, 592 a 598.

<sup>117</sup> Vid., *infra*, § V.3.A.

<sup>118</sup> Vid., *infra*, § V.3.B.

<sup>119</sup> SSTs de 20 de junio de 1992 y 27 de mayo de 2000, referidas, ambas, a arrendamientos sujetos a la LAU de 1964. En el mismo sentido, la STS de 9 de abril de 2001 que, en el caso de un arrendamiento sujeto a LAU precedente, solo admite la venta, la cesión solutoria o algunas de las figuras asimiladas a estas; la de 2 de mayo de 2008, igualmente referida a un arrendamiento también sujeto a la LAU de 1964, indica que «*la exclusión del derecho de retracto de los supuestos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado, radica en que tal adquisición lo es a título gratuito, no oneroso, y, por tanto, excluido del mismo que exige, inexcusablemente, una transmisión onerosa, compraventa o dación en pago*». Vid. FORTEA GORBE, J.L. (2018). Derecho de retracto arrendaticio y liquidación concursal. *Actualidad Civil*, núm. 2 (ap. IV, LA LEY 1540/2018).

<sup>120</sup> SSTs de 14 de mayo de 2004, relativa un arrendamiento sujeto ya a la vigente LAU; 25 de mayo de 2007 y 22 de julio de 2013, referidas ambas al retracto de comuneros. En concreto, la STS de 30 de junio de 1994, reconoce al arrendatario a retraer en caso de pública subasta, aunque no hubiera participado en la misma.

<sup>121</sup> SSTs de 28 de junio de 2003, referida al retracto en un arrendamiento rústico, y de 14 de diciembre de 2007, relativa a un retracto de comuneros.

<sup>122</sup> Vid. STS de 2 de junio de 2020.

<sup>123</sup> Cfr., SSTs de 2 de abril de 1985 o 9 de diciembre de 1964, entre otras.

<sup>124</sup> Precisa esta sentencia que «esto es lo que ocurre en el supuesto de la presente litis en el que, además de no concurrir la causa justificativa del sacrificio que supone el retracto a la propiedad y a la libertad de contratación al quedar absorbida y superada por la eficacia extintiva de la comunidad derivada de la acción de división ejercitada, tampoco concurren los presupuestos jurídico-materiales que exige el artículo 1522 del Código civil, pues, como vamos a ver, ni todas las estipulaciones y obligaciones pactadas en el contrato de compraventa, por su carácter no fungible, permiten la subrogación de los pretendidos retrayentes en el lugar de la compradora, ni la citada comunidad, una vez disuelta judicialmente y sobre la que existen acuerdos de subasta relativos a la forma de llevar a efecto la sentencia de disolución, puede entenderse que corresponda, aun antes de la realización de la subasta pública de la finca, a la tipología del supuesto de hecho del artículo 1522, en cuanto a la preexistencia a la venta de la cuota de una «copropiedad de una cosa común».

<sup>125</sup> Relativa al derecho de adquisición preferente de un bien de interés cultural, sujeto a la Ley 4/1998, de 11 junio, del Patrimonio Cultural Valenciano, con ocasión de una venta en la que se discutía el carácter cultural del inmueble.

<sup>126</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F. (1971). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985, 350 a 356, sobre la simulación relativa.

<sup>127</sup> Esta sentencia declara haber lugar a la acción de retracto, porque el local arrendado es una construcción que «se presenta arquitectónicamente como independiente del edificio principal, que contiene referencia catastral diferenciada, así como tratamiento urbanístico distinto pero, sobre todo, conforme a lo analizado por su interés casacional, porque el ejercicio del retracto arrendaticio sobre esta unidad física, claramente diferenciable y de utilización independientemente, para nada obstaculiza el destino económico y la explotación que el nuevo adquirente quiera dar al edificio principal conexo al local de negocio objeto del presente recurso».

<sup>128</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. (2010). Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo IV, *op. cit.*, 303 y 304, que alude también al concepto de enajenación a título oneroso como presupuesto desencadenante del retracto del arrendatario urbano.

<sup>129</sup> Aunque en la actualidad este órgano tiene asignada esta denominación, a lo largo de este trabajo, en muchas ocasiones, mantendremos su nombre tradicional desde 1909 a 2020, Dirección General de los Registros y del Notariado, porque la mayoría de las resoluciones que citamos se emitieron bajo su vigencia.

<sup>130</sup> Vid. MARÍN LÓPEZ, J.J. y COLAS ESCANDÓN A.M.<sup>a</sup> (2020), *op. cit.*, 455-521.

<sup>131</sup> Vid. PÉREZ GURREA, R. (2008). No cabe retracto arrendaticio urbano en la dación en pago de deuda: reflexiones acerca de la RDGRN de 10 de diciembre de 2007, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, 1385-1388, que considera que solo procede el retracto en el caso de venta.

<sup>132</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2011). Dudas sobre los derechos de tanteo y retracto de los arrendatarios sometidos a la Ley de Arrendamientos Urbanos. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2011 (BIB 2011\1762), analiza esta resolución incidiendo en el objeto material del retracto.

<sup>133</sup> ÁLVAREZ OLALLA, M.<sup>a</sup> P. (2008), *op. cit.*, 23, también se plantea estas dudas en ambos casos en el ámbito del arrendamiento rústico, pero se inclina por admitir el retracto dada la amplitud con la que el legislador contempla este derecho en el artículo 22 de la LAR, del que se percibe la impresión de que lo principal es que el arrendador va a transmitir la cosa y que el primero en adquirirla debe ser el arrendatario.

<sup>134</sup> Vid. ÁVILA NAVARRO, P. y RIVERA HERNÁNDEZ, F. (1993), *op. cit.*, 697.

<sup>135</sup> Cfr. RDGRN de 9 de octubre de 2012.

<sup>136</sup> Así lo advierte, en un caso de retracto gentilicio, la STSJ de Navarra de 27 de junio de 2017, que no admite la aportación a capital como título hábil para el retracto, argumentando que (...) es claro que la efectividad del retracto supondría una alteración en el funcionamiento de la sociedad, cuyo alcance y gravedad no podemos calibrar, pero que no cabe duda que constituiría una perturbación de la normalidad del tráfico mercantil, al afectar al capital social de la compañía recurrente. Sostener la fungibilidad de las contraprestaciones y admitir, por tanto, que el retrayente pudiera pagar su valor, orillando la necesidad de la subrogación, podría suponer despojar a la sociedad de la posibilidad de cumplir su fin social.

<sup>137</sup> Vid. supra, §, IV.3.B.

<sup>138</sup> ÁVILA NAVARRO, P. y RIVERA HERNÁNDEZ, F. (1993), *op. cit.*, 698.

<sup>139</sup> Cfr. sobre el particular, BLANCO SARALEGUI, J.M. (2021). Artículo 304. En J.A. García-Cruces e I. Sancho Gargallo (dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo IV. Valencia: Tirant Lo Blanch, 4227-4239.

*(Trabajo recibido el 27 de octubre de 2021 y aceptado  
para su publicación el 13 de enero de 2022)*



# ESTUDIOS LEGISLATIVOS





# Quince años sin solución para la vivienda. La innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda\*

## *Fifteen years without a housing solution. Legal innovation and data science in housing policy*

*por*

ROSA MARÍA GARCÍA TERUEL

*Investigadora postdoctoral en Derecho civil. Cátedra UNESCO de Vivienda  
Universidad Rovira i Virgili*

SERGIO NASARRE AZNAR

*Catedrático de Derecho civil. Cátedra UNESCO de Vivienda  
Universidad Rovira i Virgili*

**RESUMEN:** En los últimos 15 años, la política de vivienda en España ha sido errática. Tras haber potenciado un mercado hipotecario cada vez

---

\* El presente trabajo se ha llevado a cabo gracias al proyecto *Data science of judicial decisions for evidence-based housing policies in Spain* (DaSiHo), Social Research Call 2019 de la Fundación «La Caixa» (LCF/PR/SR19/52540009) y en el contexto del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma» (PID2020-112876GB-C31). Los autores quieren agradecer los comentarios recibidos por los Drs. Roger Guimerà y Marta Sales, así como la información provista por la Dra. Angeles Galiana y el Instituto Ivàlua. Cualquier error u omisión, naturalmente, es únicamente imputable a los autores.

menos garantista (1992-2007) y tras una primera etapa poscrisis en la que no se tomó medida alguna para solventar la problemática del acceso y la pérdida de la vivienda (2007-2010), los legisladores estatal y autonómico, influenciados por movimientos sociales y una parte de la judicatura, ha venido aprobando una serie de medidas que no solo no han ayudado a mitigarla, sino que, en ocasiones, la han empeorado. En este trabajo se sistematizan las normas jurídico-civiles adoptadas en estos últimos quince años en materia de vivienda, analizando si se han seguido las recomendaciones de calidad normativa para elaborarlas, para posteriormente estudiar cuál debería ser el papel que habría de desempeñar la investigación en Derecho para contribuir a su mejora y cómo, a través de la ciencia de datos (*data science*), puede desarrollarse una aproximación honesta, objetiva y completa de las Ciencias Sociales, fomentando así las políticas basadas en evidencias (*evidence-based policies*).

*ABSTRACT: Over the last 15 years, housing policies in Spain have been erratic. After having promoted a mortgage market with less and less guarantees (1992-2007), and after an initial post-crisis phase in which no measures to solve the housing crisis were taken (2007-2010), national and regional legislators, both influenced by social movements and part of the judiciary, passed several law and policies that did not help to mitigate this crisis, but even worsened it. This paper systematizes the private law legislation adopted in the last fifteen years in the field of housing, analyzing whether better regulation principles have been followed. It subsequently studies the role that legal research should take in order to improve housing policies and how can data science provide an honest, objective and complete approach of the Social Sciences, thus promoting evidence-based policies.*

**PALABRAS CLAVE:** Políticas de vivienda. Mercado hipotecario. Alquileres. Políticas basadas en la evidencia. Ciencia de datos.

**KEY WORDS:** *Housing policies. Mortgage market. Tenancies. Evidence-based policies. Data science.*

**SUMARIO:** I. EL CAMINO HACIA LA ENCRUCIJADA DE LA VIVIENDA EN 2022. 1. UNA LEGISLACIÓN DE VIVIENDA ERRÁTICA. 2. UNA LEGISLACIÓN DE VIVIENDA REACTIVA A DETERMINADOS *LOBBIES*.—II. LA CALIDAD NORMATIVA: INDICIOS DE LAS VICISITUDES EN EL DISEÑO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE VIVIENDA EN ESPAÑA. 1. MECANISMOS PARA ASEGURAR LA CALIDAD NORMATIVA EN ESPAÑA.

2. ANÁLISIS DE LA CALIDAD NORMATIVA UTILIZADA EN LAS LEYES CIVILES DE VIVIENDA.—III. LA INNOVACIÓN JURÍDICA: LA NECESIDAD DE UNA MEJOR REGULACIÓN. 1. INNOVACIONES JURÍDICAS PARA DAR SOLUCIÓN A PROBLEMAS SOCIALES. 2. HACIA LAS POLÍTICAS BASADAS EN LA EVIDENCIA: EL ROL DE LA INVESTIGACIÓN EN DERECHO Y EL USO DE LA CIENCIA DE DATOS EN LA NORMATIVA DE VIVIENDA.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

*La paz de todas las cosas es la tranquilidad del orden*  
San Agustín, Ciudad de Dios XIX, XIII

*En el mundo, fuera de los teólogos, filósofos y juristas, que atienden á la verdad y al verdadero estudio, hay algunos que no saben nada y estudian para saber. [...] Otros hay que no saben nada, y no estudian, porque piensan que lo saben todo*  
Francisco DE QUEVEDO, El mundo por dedentro. Al lector, 1627.

## I. EL CAMINO HACIA LA ENCRUCIJADA DE LA VIVIENDA EN 2022

### 1. UNA LEGISLACIÓN DE VIVIENDA ERRÁTICA

Llevamos quince años de crisis de la vivienda tras doce de *boom* inmobiliario, que los *millennials* no disfrutaron como adultos con capacidad económica. Si durante el *boom* teníamos al *lobby* bancario marcando el ritmo que nos llevó a un 2007 sin red de seguridad alguna, eso sí, proporcionando pingües beneficios generalizados (de ahí que no les frenara nadie hasta el colapso), las medidas que se han ido tomando desde entonces han sido meramente paliativas y erráticas, cuando no contraproducentes, sujetas a vaivenes judiciales y sociales, meras reacciones instintivas y apresuradas a *twitter*, al que parece que nuestros legisladores tienen como el nuevo oráculo de Delfos, valorando el éxito de sus leyes y políticas según el aumento o disminución de sus *followers*<sup>1</sup> y las correspondientes airadas reacciones de sus *haters*, cual Rosalía.

Esta afirmación está lejos de carecer de evidencias empíricas. La primera, es que no existe en nuestro país un servicio ni generalizado ni obligatorio ni independiente de cuantificación y conveniencia de las leyes y políticas que se pretenden aprobar (*ex ante*<sup>2</sup>) ni que valoren las que se hayan aprobado (*ex post*<sup>3</sup>), no solo ya en materia de vivienda sino en cualquier otra, salvo el reciente (LO 6/2013<sup>4</sup>) y tímido avance de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIREF), que surgió solo a raíz de una imposición de la Unión Europea para controlar nuestra fiscalidad, a diferencia de la

primera de su estilo que surgió en los Países Bajos en 1947<sup>5</sup>. En diciembre de 2020, la presidenta del AIREF reclamaba un cambio en su naturaleza jurídica para que pudiese estatutariamente evaluar políticas públicas, para poder tener acceso a toda la información necesaria para su trabajo y una mayor autonomía funcional, sin haber obtenido respuesta rápida<sup>6</sup>. A nivel de comunidad autónoma, existe en Cataluña desde hace algún tiempo *Ivàlua*, que actúa por encargo, tiene naturaleza pública y con cierta jerarquía y estructura funcionariales (con todo lo que ello conlleva), y solo a veces (en total en 33 ocasiones entre 2008 y 2016 entre todas las materias<sup>7</sup>) es requerida para dichas evaluaciones. Otra cosa es que les hagan mucho caso, como sucedió cuando la Agencia de la Vivienda de Cataluña les encargó en 2014 «analizar la potencialidad del tributo sobre inmuebles vacíos para alcanzar el objetivo de movilizar una parte del parque inmobiliario que poseen las entidades financieras», concluyendo que «parecería que la incidencia del impuesto sobre el conjunto de unidades en disposición de un banco sería más bien baja» y que «el tributo se convertiría mayoritariamente en recaudatorio»<sup>8</sup>. Y, a pesar de ello, se aprobó al poco tiempo la Ley 14/2015<sup>9</sup> que instauró un nuevo tributo a las viviendas vacías durante más de dos años, el cual fue declarado constitucional por STC 4/2019<sup>10</sup>, al entender dicho Tribunal que no duplicaba el recargo del IBI ya previsto para este fin y que tenía contenido extrafiscal y de política de vivienda, al querer incentivar que las personas jurídicas pusiesen en alquiler la vivienda desocupada; es decir, precisamente lo contrario de lo que había considerado *Ivàlua* cinco años antes. Cabe añadir, además, que esta medida fue generalizada a personas físicas y a entes sin personalidad jurídica (como herencias yacentes) en el País Vasco por el art. 57 Ley 3/2015<sup>11</sup>.

La segunda evidencia, es que no es común que nuestros legisladores se apoyen en informes científicos objetivos en la toma de decisiones, no solo en el ámbito de la vivienda, sino en tantos otros como ha ocurrido con la pandemia del COVID-19 y que ha provocado reacciones de investigadores de prestigio internacional<sup>12</sup> solicitando amargamente algo tan sencillo como una evaluación independiente de la gestión de la pandemia, después de que España haya sido considerado como el país que peor la ha gestionado entre los de la OCDE (LAFORTUNE, 2020). Las comparencias parlamentarias de «expertos» y similares usualmente se convierten en un trámite (ej. art. 44 Reglamento del Congreso de los Diputados<sup>13</sup>), que a menudo cumplen invitando a representantes de *lobbies* afines a unos y a otros (con los que, además, ya se habían visto en despachos)<sup>14</sup>, sin que luego dichas comparencias tengan necesariamente un impacto evidente en el resultado de la norma que previamente ya ha sido «cocinada» políticamente.

Pero tampoco se apoyan en trabajos científicos los jueces o, al menos, no explícitamente: el Tribunal Supremo raramente cita autores, aludiendo

a ellos como «doctrina mayoritaria» o «alguna doctrina» (asumiendo o adoptando/apropiándose, eso sí, los planteamientos de estos: «la doctrina debe influir en el pensamiento del juez, no en la letra»), algunos jueces aluden sobrecarga laboral para no leer o citar (ANDRÉS IBÁÑEZ, 2021) y otros consideran que utilizar doctrina es arriesgado porque perjudicaría su neutralidad como juzgadores (especialmente cuando profesores trabajan en o para grandes o menos grandes despachos de abogados); a pesar de que, al menos a nivel de Tribunal Constitucional, parte de sus decisiones se explican por injerencias políticas (GILI, M. *et al.*, 2015). Todo ello además de la manida afirmación de que el trabajo de los investigadores está alejado de la realidad de los juzgados<sup>15</sup>, como si fuéramos extraterrestres.

La tercera evidencia es que fundamentar políticas en datos objetivos o en estudios de cuantificación o conveniencia no es probablemente deseado por los sucesivos gobernantes padres (y madres) de la patria, porque a menudo no coinciden con sus objetivos e intereses políticos, los de sus *lobbies* afines o los de sus votantes, lo que pone en riesgo su propia supervivencia y perpetuación en la cosa pública. Es constante comprobar año tras año en nuestro país cuán alejadas están las preocupaciones reales de los españoles de cuáles son los temas que dominan en el debate político o, incluso, a los que se les dan ministerios, COVID19 mediante, dominando entre los primeros abrumadoramente en el CIS de marzo de 2020, y por este orden, el desempleo, los problemas de índole económica, la sanidad y la corrupción política<sup>16</sup>.

## 2. UNA LEGISLACIÓN DE VIVIENDA REACTIVA A DETERMINADOS *LOBBIES*

En fin, este estudio tiene como objetivo, en primer lugar, recorrer las vicisitudes en la política legislativa de vivienda española, especialmente en cuanto a las normas sobre esta materia de naturaleza civil en los últimos cuarenta años (1981-2021), con énfasis en los últimos quince, para analizar, en segundo lugar, si se han seguido con ellas las recomendaciones internacionales en materia de calidad normativa. Además, queremos aproximarnos a cómo la ciencia jurídica y la ciencia de datos pueden contribuir a su mejora. Para ello, hemos llevado a cabo un estudio doctrinal, jurisprudencial y un análisis dogmático de la normativa española en vigor en materia de vivienda y hemos verificado el grado de cumplimiento de las propuestas internacionales para garantizar la calidad normativa en seis normas de este ámbito de los últimos años.

Para empezar, hemos reunido en la Figura 1<sup>17</sup> una cronología de eventos jurídicos y sociales relacionados con lo que ocupa a este trabajo, la vivienda, que ha dado paso, a nuestro juicio, al círculo de interacción entre eventos disruptivos, sentencias innovadoras, movimientos sociales y cambios legislativos que mostramos en la Figura 2.

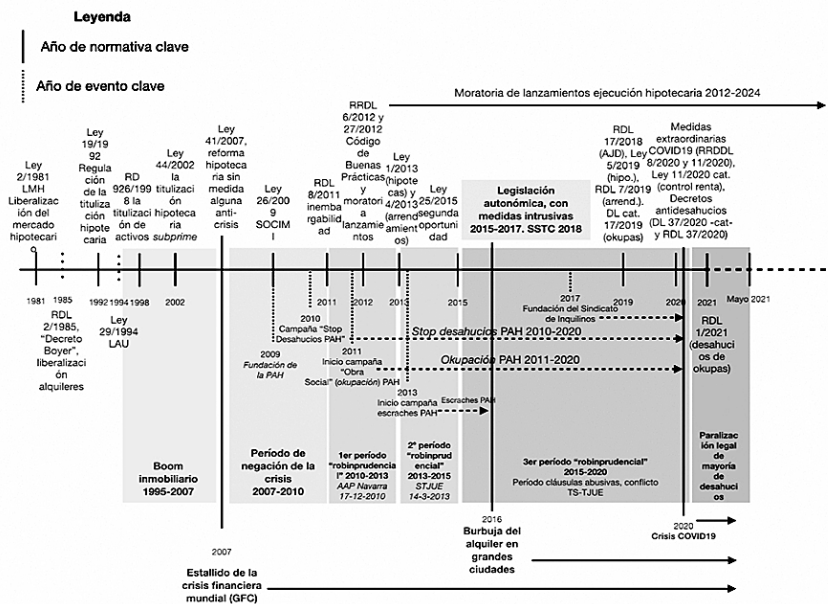


Figura 1. Cronología de la normativa relacionada con la vivienda, acción social relevante y fases de «robinprudencia». Fuente: elaboración propia.

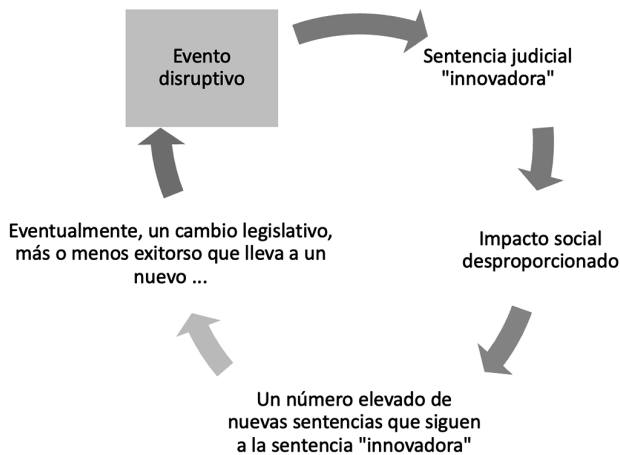


Figura 2. Interacción entre eventos disruptivos, sentencias innovadoras, movimientos sociales y cambios legislativos<sup>18</sup>. Fuente: elaboración propia.

Es decir, en este trabajo partimos de la hipótesis de que es debido a esta cadena de acontecimientos acción-reacción, desprovista de cualquier aproximación objetiva y completa al problema, por lo que nos encontramos en 2022 ante una encrucijada no resuelta en el acceso a la vivienda. En concreto, vemos:

1. Que existe un mercado hipotecario moderno, completo y seguro desde 1981, con un préstamo a largo plazo con hipoteca, un sistema bancario amplio y sistema de refinanciación mediante valores hipotecarios, especialmente a través de cédulas hipotecarias —*on balance*— que existían ya desde 1872<sup>19</sup>. Pero que, a pesar de esta fortaleza, en 1992 el legislador empieza a apostar por la refinanciación *off-balance* (por la cual se disocia el beneficio de la responsabilidad, de manera que permite conceder préstamos hipotecarios cada vez más arriesgados, pasando los riesgos a los inversores en dichos valores, de acuerdo con NASARRE AZNAR, 2021a) a través de los bonos de titulación hipotecaria; para luego pasar a permitir la titulación (financiación sin responsabilidad, insistimos) de activos *subprime* en 1998 y especialmente en 2002, para culminar todo ello en el estallido de la burbuja en 2007 a causa de la coyuntura mundial, particularmente debido a un proceso similar en Estados Unidos. Y, ulteriormente, ya incluso en los años 2008 y 2009, el legislador insistió en la búsqueda de medidas desesperadas para seguir añadiendo carbón a la caldera de la financiación, especialmente de la hipotecaria (a través de *swaps* y cláusulas suelo, vinculados o añadidos a préstamos hipotecarios) y, fuera de este ámbito, a través de las participaciones preferentes.

2. Que existió una negación oficial de la crisis entre los años 2007 y 2010<sup>20</sup>, incluidos, lo que evidencia la total ausencia de la aprobación de leyes a nivel nacional para comenzar a paliar las consecuencias de la misma (véanse los contenidos de la Ley 41/2007<sup>21</sup>, de diciembre de ese año, aprobada en plena crisis financiera mundial y que la obviaba por completo) y que en 2010 surgieran dos fenómenos clave para comprender cómo hemos llegado a 2022: la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH; fundada en 2009, pero su primera campaña la de «Stop desahucios» es de 2010, mientras que el 15-M tuvo lugar en 2011) y la «robinprudencia» (a partir del conocido AAP Navarra de 17 de diciembre de 2010<sup>22</sup>), entendida como sentencias emanadas de algunos jueces y tribunales que resuelven sus casos según su propio criterio de equidad, prescindiendo del Derecho vigente (NASARRE AZNAR, S. 2020c, pp. 339 a 372). Es decir, tenemos aquí la primera evidencia de lo que hemos ilustrado en la Figura 2, es decir, de cómo una deficiente legislación (mejor dicho, una ausencia total de normativa reactiva a la nueva situación) da lugar a movimientos sociales, que se oponen a la consecuencia legalmente prevista para el caso de incumplimiento contractual (ejecución de hipotecas



y, más tarde, desahucio de arrendatarios), según el derecho de obligaciones y contratos civil (naturaleza real de la hipoteca que sujeta especialmente un inmueble y el contrato de arrendamientos urbanos) desde el s. XIX (arts. 1101 y 1124 CC; art. 129 LH y LEC)<sup>23</sup>. Piénsese que la inacción legislativa y la irritación social se estaban dando en un contexto de ejecuciones hipotecarias de primera residencia de entre 33 000 y 39 000 anuales y de unas arrendaticias aún mayores a partir de 2012 (NASARRE AZNAR, S. 2020c, 316), con enorme presencia de las mismas en los medios de comunicación y en las redes sociales<sup>24</sup>; y con una carencia total y absoluta de información fidedigna sobre lo que estaba pasando en nuestro entorno europeo, cuyo primer estudio académico incluyendo los 28 Estados miembros no llegó hasta 2016, el cual reveló que las consecuencias de la crisis en hipotecados y arrendatarios en muchos de ellos fueron mayores que en España y que otros tantos carecían de datos objetivos (KENNA, P. *et al.* 2016). E hipotetizamos que, quizás, ante la falta de herramientas legales ante el aumento de las ejecuciones y de los desahucios, una parte de la judicatura fue permeable a los movimientos sociales y empezó a sentenciar con argumentos como: «Y siendo esto así y en definitiva real la importantísima crisis económica, [...] que ello tiene también en su origen una causa precisa y que no es otra, y no lo dice esta Sala, sino que ha sido manifestado por el presidente del Gobierno español, por los distintos líderes políticos de este país, por expertos en economía y por líderes mundiales, empezando por el propio presidente de Estados Unidos, que la mala gestión del sistema financiero del que resultan protagonistas las entidades bancarias, recuérdense las “hipotecas basura” del sistema financiero norteamericano» (AAP Navarra de 17 de diciembre de 2010) o «al juez no le quedaría otra opción que reabrir o declarar de nuevo el concurso sometiendo al deudor y a la administración concursal a todas sus fases lo que convertiría al deudor concursado en un sosías de Sísifo, el rey de Éfira, obligado a empujar una piedra enorme cuesta arriba por una ladera empinada» (SJM núm. 3 Barcelona de 26 de octubre de 2010<sup>25</sup>); de los cuales concluían atribuyendo beneficios legalmente inexistentes para los deudores —al menos entonces— en las leyes civiles, como no permitir la ejecución hipotecaria sobre el resto del patrimonio del deudor (arts. 666, 671 y 579 LEC de entonces) cuando no se había pactado expresamente según el art. 140 LH o una segunda oportunidad tras una primera liquidación concursal infructuosa. Pero nótese como esta resolución —y otras que vinieron— pudieron a su vez propiciar, junto al nuevo ambiente social, la aparición de la primera ley de segunda oportunidad en España, el RDL 1/2015<sup>26</sup> y la posterior Ley 25/2015<sup>27</sup>.

3. Y que, a pesar de que las primeras reformas que llegaron a nivel estatal incluían el tercer mínimo de inembargabilidad más alto de Europa, tras Bélgica y Alemania (KENNA, P. *et al.* 2016, 182) (RDL 8/2011<sup>28</sup>), o que en 2012 se instaurase una suspensión de lanzamientos resultantes de ejecución



hipotecaria única en Europa (mucho más limitada en alcance y en tiempo la de Grecia, por ejemplo) que se ha ido prorrogando de momento hasta 2024 (RDL 27/2012<sup>29</sup>), la PAH consideró estas medidas insuficientes y en 2011 comienza, incluso con la publicación de manuales *ad hoc*, la promoción pública de la okupación de viviendas («obra social») como solución habitacional que se ha alargado hasta nuestros días. Además, en 2013 inicia una campaña de *escraches* (amenazas personales en el lugar de trabajo o domicilio particular, o virtuales)<sup>30</sup> a responsables políticos entre otros, para «convencerles» de que aprobasen su Iniciativa Legislativa Popular<sup>31</sup>. En este contexto, llegaron los primeros asuntos mediáticos sensibles con los okupas en 2013 (como el de la Corrala Utopía<sup>32</sup>) y las primeras resoluciones judiciales aceptando la okupación de viviendas, como la pionera medida cautelar del TEDH 15 de octubre de 2013 (asunto *Ceesay Ceesay y otros v. España*) o el AJPI núm. 4 Sabadell 8 de mayo de 2013<sup>33</sup>, amparándose en la función social de la propiedad. De hecho, tras unos años de erosión autonómica del derecho de propiedad privada (2015-2017+SSTC de 2018; ver punto siguiente), llegaron las primeras leyes que ampararon legalmente la okupación: primero en Cataluña por DL 17/2019<sup>34</sup>, parcialmente anulada por el Tribunal Constitucional pero recuperada por el Parlamento de Cataluña en febrero de 2022 con la proposición de ley de ampliación de las medidas urgentes en la emergencia habitacional [añadir pie de página: Ref. 202-00005/13.]; luego en el resto del Estado, por disposición final primera RDL 1/2021<sup>35</sup>, formalmente fundamentada en normativa extraordinaria COVID-19 del RDL 11/2020<sup>36</sup>, pero en vigor, de momento hasta el 30 de septiembre de 2022 (tras el desaguisado resuelto por la disp. derogat. única del RDL 3/2022)<sup>37</sup>. Según el CGPJ<sup>38</sup>, las condenas por delitos de usurpación (entendiendo, evidentemente, que aquí no se cuentan los procesos civiles de desahucio de okupas) pasaron de las 420 en 2007, a las más de 6000 anuales entre los años 2016 y 2018. Entre 2008 y 2018 los condenados por delito de usurpación se habían multiplicado prácticamente por once. Nos parece muy sorprendente que movimientos sociales, jueces y legislador amparen la okupación como una «solución habitacional», cuando esta es una situación de *sinhogarismo* según los estándares internacionales<sup>39</sup>.

4. Que, como hemos avanzado, este proceso de amparo de la okupación como «solución habitacional» ha coadyuvado a un proceso mayor de deterioro de la propiedad privada, surgido especialmente a raíz de la normativa autonómica intrusiva en las relaciones privadas en materia de vivienda, especialmente entre el periodo 2015-2017. Efectivamente, la pálida aproximación a la crisis por parte del Estado a través de la protección de consumidores hipotecarios (ver punto siguiente), provocó la reacción encadenada de diversas CCAA que se pusieron a implementar «incentivos negativos» para «animar» a los tenedores de viviendas a ponerlas en el mercado de una o de otra manera con el fin de aumentar la oferta de vivienda pública o, al

menos social, cuando se dan cuenta de que en una época de recesión no pueden cumplir con su aspiración de construir o adquirir vivienda de este tipo por sus propios medios. Es el primer momento en que la Administración fuerza al sector privado a implicarse con su propia obligación pública, introduciendo aquí el ingrediente de la función social de la propiedad (art. 33.2 CE). Estas medidas son, en términos generales (de menos a más intrusivas): derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración, impuesto/canon autonómico sobre viviendas vacías, mediaciones de consumo, obligación de proponer alquiler social en caso de ejecución hipotecaria y/o desahucio arrendaticio, sanciones pecuniarias por viviendas vacías, alquiler forzoso de vivienda deshabitada, expropiaciones del uso/usufructo temporal de viviendas incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria y/o desahucio arrendaticio, expropiación de viviendas vacías por falta de condiciones de habitabilidad y, por fin, la expropiación («cesión obligatoria») de la titularidad de viviendas vacías (NASARRE AZNAR, S. 2020c, 463-475). Dichas medidas fueron recurridas ante el Tribunal Constitucional, el cual no observa inconstitucionalidad prácticamente para ninguna de ellas en una serie de sentencias evacuadas en su mayoría en 2018, excepto para cuando la mediación previa a la ejecución hipotecaria se prevé como obligatoria y las relativas a la expropiación del uso/usufructo temporal de viviendas incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria y/o desahucio por arrendamiento, al considerar que el Estado ya había regulado para este supuesto. A título de ejemplo, dice en la STC 106/2018<sup>40</sup> (Extremadura) que lo de imponer sanciones por viviendas vacías «no implica necesariamente una regulación que imponga el ‘deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto en el ordenamiento jurídico’ como configurador del real contenido esencial de aquel derecho». Considera que es una medida que no desborda el equilibrio justo entre el interés público perseguido y el sacrificio exigido al propietario. Y sobre la expropiación del dominio de viviendas vacías, enuncia en la STC 16/2018<sup>41</sup> (Navarra) que la Ley autonómica recurrida no prevé esta obligación (de ocupar efectivamente la vivienda) como una obligación del propietario sino como un objetivo del poder público (vertiente «institucional» —función social— del derecho de propiedad y no civil), lo que contrastó con la STC 93/2015<sup>42</sup> (Andalucía) donde declaró inconstitucional que el DL de Andalucía 6/2013 impusiese a los propietarios de una vivienda «el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico» (art. 1.3 Ley andaluza 1/2010<sup>43</sup>, redactado conforme al DL 6/2013<sup>44</sup>), limitando el uso de este tipo de bien inmueble a uno solo, lo que afectará, dice el TC, al poder de disposición, reduciéndose el número de compradores; dijo que eso era parte del contenido esencial del derecho de propiedad y que no puede regularse por Decreto-Ley (art. 86.1 CE). Este vaivén reaparece en la más

reciente STC 16/2021<sup>45</sup>, cuando declara inconstitucionales diversos preceptos de DL catalán 17/2019, al haber recortado el derecho de propiedad privada (afecta a su contenido esencial) por Decreto-Ley y al prever este «medidas coercitivas, no voluntarias, limitativas del derecho de propiedad de la máxima intensidad» que dan lugar a «reacciones exorbitantes» de la Administración<sup>46</sup>. No sabemos, pues, si este vaivén es luz de gálibo o solo luz de gas.

5. Que, por otra parte, la combinación entre la comercialización de productos complejos a consumidores en los dos años siguientes al estallido de la crisis (*swaps*, preferentes<sup>47</sup>), y el clima legislativo, económico, social y judicial en los años 2012 y 2013, dio como resultado a nivel estatal a la aparición de una serie de normativa que pretendía una cada vez mayor protección del deudor hipotecario como el Código de Buenas Prácticas (RDL 6/2012) o la Ley 1/2013, como precedente de lo que luego sería la implementación de la Directiva 2014/17/UE<sup>48</sup>, que debería haberse hecho en 2016, pero que no llegó hasta la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario (LCCI)<sup>49</sup>. No obstante, esta sucesiva normativa ha traído dos consecuencias colaterales: la primera, la judicialización masiva de las ejecuciones hipotecarias por todo tipo de «cláusulas abusivas» y, la segunda, que la Directiva 2014/17/UE y sus respectivas implementaciones en los Estados miembros se han revelado ya como ineficaces en muchos de sus términos para una efectiva protección de los consumidores. En cuanto a lo primero, ha llevado a lo que hemos definido como «tercer periodo robinprudencial» (2015-2020; ver Figura 1) caracterizado por discusiones constantes entre TS-tribunales inferiores-TJUE y por un colapso de los tribunales en materia de cláusulas hipotecarias (suelo, IRPH, multidivisa, amortización anticipada, etc.) (NASARRE AZNAR, S. 2020c, 363-372), que alcanzó en 2020 su cénit —al menos hasta el momento— en algunas denuncias de despachos de abogados que se anuncian en los medios como protectores de los consumidores ante jueces y tribunales por no darles la razón en la manera de interpretar sentencias<sup>50</sup>, con el consiguiente contraataque del CGPJ<sup>51</sup>. Esto llevó al legislador a que la Ley 5/2019 prohibiese muchas de estas cláusulas o fijase por ley sus contenidos. Y, en cuanto a la ineficacia de lo que pretendía la Directiva 2014/17/UE sobre la protección de los consumidores, si bien parece que de alguna manera ha contribuido a proteger a los consumidores hipotecarios en términos generales, es difícil separar estos efectos de otros factores, incluidos tipos de interés más bajos, el crecimiento de la economía desde 2008 y el COVID-19. Además, la FEIN no es lo suficientemente clara para ellos y es costosa para los prestamistas, la Directiva no ha contribuido a reducir los productos vinculados ni a generalizar los reembolsos anticipados o la subrogación de acreedores hipotecarios por parte de los deudores<sup>52</sup>, ni tampoco ha contribuido a crear un mercado único para hipotecas en un contexto de disminución constante del número de bancos en Europa que

van formando oligopolios nacionales. Este conjunto normativo, junto con otros como el conocido RDL 17/2018<sup>53</sup> (sobre AJD) ha venido provocando un encarecimiento de los créditos hipotecarios<sup>54</sup> y una elevación de requisitos que ha venido expulsando a las familias con menos recursos del acceso a financiación hipotecaria para adquirir una vivienda en propiedad (lo que curiosamente no ha sido evaluado por la UE), dejándoles como única alternativa real el alquiler, lo que quedó en evidencia cuando estalló la burbuja de este en 2016, volviéndose insostenible en las grandes ciudades, detonando un último proceso que pasamos a explicar a continuación.

6. Muchos gurús de la vivienda, denostando la propiedad privada como método válido para acceder a una vivienda a la vista de lo que estaba sucediendo los primeros años tras el estallido de la crisis de 2007, lo fieron todo al alquiler como solución a todos los males, ignorando su normativa oscilante durante décadas y su escasa eficacia como alternativa a la propiedad en nuestro país y en muchos otros (WHITEHEAD, C. *et al.* 2012), sin conseguir en ninguna de las versiones de la LAU desde 1964 subir el porcentaje de este tipo de tenencia. Y si, además de loar al alquiler, vas dificultando el acceso al crédito hipotecario a más y más familias, sin darles formas de tenencia alternativas suficientes (las tenencias intermedias catalanas eran muy recientes: Ley 19/2015<sup>55</sup>, con STC 95/2017<sup>56</sup> avalando la propiedad temporal) y no generas oportunidades laborales en todo el territorio, pasó lo que sabíamos que iba a pasar, porque ya había pasado igual en Estados Unidos (NASARRE AZNAR, S. 2020c, 77-85): un encarecimiento del alquiler sin precedentes en 2016 (al vencer los primeros contratos con prórrogas forzosas de únicamente 3 años aprobados en la reforma de la LAU por Ley 4/2013<sup>57</sup>) que estaba afectando, de nuevo, a los que menos tienen en forma de desahucios e infravivienda (alquiler de habitaciones, camas calientes, «cohousings» falsos, etc.; incluso ahora legalizados en Cataluña vía art. 2.6 DL 50/2020<sup>58</sup>, que permite construirlos con espacio privativo de 24 m<sup>2</sup>), siguiendo la estela de la PAH (que lleva en su nombre a la «hipoteca»), nace en 2017 el Sindicato de Inquilinos<sup>59</sup>, cuyos métodos y de entidades afines son similares a los de la primera<sup>60</sup>, quien consigue promover un sistema de control de rentas duro en Cataluña, utilizando, sin sorpresa, métodos de *lobby*<sup>61</sup> y de escrache virtual<sup>62</sup> y físico (con concentración en el mismo lugar, día y hora en que se votaba la Ley catalana 11/2020)<sup>63</sup> a diputados, ignorando tanto la demostrada ineficacia internacional de dicho control de rentas (NASARRE AZNAR, S. 2020b) sino también los trabajos que hasta 2017 se habían venido haciendo en Cataluña buscando un sistema equilibrado de arrendamientos al estilo funcional europeo (NASARRE, S. SIMÓN, H. y MOLINA, E. 2018). Además, a nivel legislativo estatal, la reforma de la LAU operada por el RDL 7/2019 no mejora en mucho la situación, al no seguir modelos europeos funcionales (NASARRE AZNAR, S. 2020a, 273-308).

Lo explicado hasta el momento puede ayudar a comprender cómo hemos llegado a 2022 con tal grave problema de acceso a la vivienda y de conservación de la misma. Desde los años 80 del siglo XX y hasta 2007, unas normas cada vez más favorecedoras hacia la relajación de la concesión de préstamos hipotecarios sin ulterior responsabilidad de los prestamistas (titulización *off-balance*); y, desde entonces, una primera inacción legislativa durante 4 años para luego ir aprobando una legislación parcheada y coyuntural, contradictoria y apresurada a nivel estatal y autonómica (sin contar las miles de iniciativas locales), viniendo mucha de ella a resultas de la iniciativa de la UE (Directivas, SSTJUE); la improvisación de determinadas sentencias judiciales sin respaldo legal con gran impacto mediático y emuladas por otros jueces y tribunales; y una constante presión social con éxitos recientes de naturaleza oclocrática, todo ello en un contexto de ausencia de política de cohesión territorial (NASARRE AZNAR, S. 2020c, 551 y ss.), nos ha llevado en 2022: a una propiedad privada de la vivienda cada vez más deteriorada y menos accesible por los que menos tienen, a unos arrendamientos urbanos más onerosos que las hipotecas que han llevado al alquiler de habitaciones y a la infravivienda y la «aceptación» judicial y legal de la okupación como una solución habitacional.

En consecuencia, creemos haber confirmado el círculo al que aludíamos en la Figura 2 para los siguientes ámbitos, dentro de la materia del Derecho de la vivienda:

a) El proceso de generalización del préstamo hipotecario a través de préstamos más arriesgados permitidos por la apuesta cada vez mayor de la titulización *off-balance*, especialmente entre los años 1992 y 2002 y, en los años 2008 y 2009 a través de la introducción de cláusulas suelo y la firma de *swaps*, lo que conllevó un endeudamiento generalizado y en muchas ocasiones la pérdida de la vivienda.

b) Una inacción legislativa entre los años 2007 y 2010 incluidos, que generó la PAH y sus métodos (emulados luego por el Sindicato de Inquilinos) y las primeras decisiones «robinprudenciales» que se alargan hasta nuestros días, ignorando lo que sucedía en otros países, que han influido en otras decisiones judiciales y en la generación de nueva normativa.

c) Lo que ha comportado un deterioro de la fortaleza del título con el que acceden los que menos tienen a la vivienda por la cada vez mayor inasequibilidad de la propiedad privada, el encarecimiento y precarización del alquiler (reducido a habitaciones, a *cohousings* forzosos, etc. de acuerdo con CABALLÉ, G. *et al.* 2020), la opción por la vía de forzar mediante recargos tributarios, sanciones y expropiaciones a los propietarios privados para poner vivienda en el mercado y la aceptación judicial y legal de la okupación como alternativa habitacional. Todo ello con las dudas estructurales

que plantea la replicabilidad de fórmulas de «propiedad colectiva o colectivizada» (NASARRE AZNAR, S. 2020c, 559-625) y la falta de desarrollo y extensión al resto del país de las nuevas tenencias intermedias catalanas, la propiedad compartida y la propiedad temporal (SIMÓN MORENO, H. *et al.* 2017). Es decir, que el acceso a la vivienda en 2022 se ha convertido en un laberinto, de difícil salida.

Y si bien esto a nosotros nos puede parecer una historia del fracaso de las políticas públicas en vivienda, a otros (incluidos, claro, los que han contribuido a todo ello de una manera u otra) les puede parecer que lo hasta aquí descrito y cómo ha resultado en 2022 es innovación y progreso, lo que parece que debería presumirse que es bueno de por sí. Podría entenderse, en fin, que es cuestión de meras «opiniones». Por eso, en este primer trabajo, nos preocupamos a continuación en ver 1) si se siguieron efectivamente las recomendaciones internacionales en materia de calidad normativa en la elaboración de algunas de las recientes leyes civiles en materia de vivienda; 2) qué es «innovación jurídica», y si la interacción movimientos sociales-judicatura-legislación-movimientos sociales representada en la Figura 2 realmente lo es o si tal innovación debería fundamentarse en una aproximación académica y como resultado de la investigación, en concreto, de la investigación en Derecho; 3) y, finalmente, si dicha investigación, podría objetivizarse y optimizarse a través de la utilización de la ciencia de datos (*data science*).

## II. LA CALIDAD NORMATIVA: INDICIOS DE LAS VICISITUDES EN EL DISEÑO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE VIVIENDA EN ESPAÑA

### 1. MECANISMOS PARA ASEGURAR LA CALIDAD NORMATIVA EN ESPAÑA

A nuestro juicio, la cronología de los hechos y de los procesos de elaboración y los resultados descritos de las políticas de vivienda en los últimos cuarenta años, ya dan cuenta de que probablemente (hipótesis) no se siguieron los procedimientos de calidad normativa por parte del legislador para conocer la mejor opción legal en cada circunstancia, previendo y evaluando el potencial impacto de las opciones de políticas públicas disponibles en cada momento (ADELLE, C. y WEILAND, S., 2012), sino atendiendo a *lobbies* y demás presiones; se ha improvisado.

Históricamente, los países del *common law*, en particular los Estados Unidos y Reino Unido<sup>64</sup>, han sido considerados el modelo a seguir en materia de calidad normativa, atendiendo a la eficiencia, reducción de costes

y a la transparencia del proceso de elaboración de las políticas públicas (RENDA, A. 2016, 8). La Unión Europea también inició un programa de mejora de su legislación, con la finalidad de evaluar sus políticas de forma transparente y conseguir que la normativa cumpliera sus objetivos al mínimo coste posible. Para ello, apuestan por evaluaciones de impacto *ex ante*, valorando las repercusiones económicas, sociales y medioambientales de las propuestas, recogen sugerencias y consultan con los grupos de interés, realizan evaluaciones *ex post* y controles de adecuación para asegurar que la legislación, políticas y programas de financiación tengan el impacto esperado. En este sentido, en 2016 entró en vigor el acuerdo interinstitucional «Legislar mejor» por parte del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea, con el objetivo de llevar a cabo una planificación de la normativa a publicar y fijar un calendario que implique la simplificación de las propuestas.

En España, por su parte, es cierto que ha habido un avance en esta materia en cuestión de 20 años. En un principio solo se contaba con los informes del Consejo de Estado, un órgano consultivo del Gobierno que actúa generalmente a requerimiento de este o de sus órganos, y sus informes no son vinculantes (art. 107 CE y art. 2 LO 3/1980<sup>65</sup>). No obstante, en el diseño de las políticas públicas, no solo debe tenerse en cuenta la adecuación jurídica de la propuesta, sino también las repercusiones económicas, sociales o incluso medioambientales. En el informe «*Regulatory Reform in Spain*» (2000)<sup>66</sup>, la OCDE destacaba que el proceso regulatorio español era excesivamente discrecional, sin parámetros explícitos ni control de calidad, a pesar de la publicación de la mencionada Ley 50/1997, que encargaba al Ministerio de la Presidencia la calidad de la actividad normativa, asegurando su congruencia con el resto del ordenamiento jurídico, la elaboración de memorias de análisis de impacto, etc. Pero no fue hasta 2017 que se publicaron diversas disposiciones relativas a la calidad normativa, como el RD 286/2017, por el que se regulan el Plan Anual Normativo, el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa<sup>67</sup>; el RD 931/2017, de Memoria del Análisis de Impacto Normativo<sup>68</sup>; y se introduce una nueva Oficina de Coordinación y Calidad Normativa a través del RD 1081/2017<sup>69</sup>.

En 2018, dieciocho años después del informe *Regulatory Reform in Spain*, la OCDE<sup>70</sup> reconoce el esfuerzo del gobierno español en la implementación de la *Better Regulation Agenda*. No obstante, este organismo detecta que la participación de los grupos de interés todavía no se lleva a cabo de forma habitual y sistemática, y recomienda también la introducción de mecanismos de revisión normativa *ex post*. Y el Tribunal de Cuentas, a instancias del Gobierno, emitió un reciente informe evaluando la actividad normativa del 2017 y 2018, donde advertía de que uno de cada cuatro pro-



yectos del Gobierno presentaba deficiencias en sus informes<sup>71</sup>, por ejemplo, en referencia a la justificación de la adecuación de la norma.

A nivel autonómico, diversas CCAA cuentan con oficinas de calidad normativa. A título de ejemplo, la Comunidad de Madrid dispone de la Oficina de Calidad Normativa en la Consejería de la Presidencia<sup>72</sup>; la Junta de Castilla y León cuenta con normativa sobre calidad normativa y la necesidad de acompañar en todas las propuestas legislativas una evaluación de impacto (Decreto 43/2010<sup>73</sup>) y, en Cataluña, el Departamento de la Presidencia publica las evaluaciones *ex ante*<sup>74</sup> y, como se ha mencionado *supra*, cuenta con un organismo autónomo, el *Institut d'Avaluació de les Politiques Públiques de Catalunya* (Ivàlua).

Y dado que tanto el Gobierno del Estado como las CCAA cuentan con mecanismos para asegurar la calidad normativa de sus propuestas, nos preguntamos si han utilizado en la elaboración de las leyes de vivienda un verdadero procedimiento para asegurar la adecuación de las medidas propuestas. Es decir, si se ha llevado a cabo un análisis *ex ante*, involucrando de manera sistemática a los grupos de interés (*stakeholders*), o si se han previsto mecanismos de revisión *ex post* para verificar la eficacia de las políticas implantadas.

## 2. ANÁLISIS DE LA CALIDAD NORMATIVA UTILIZADA EN LAS LEYES CIVILES DE VIVIENDA

Para resolver esta cuestión, hemos seleccionado seis normas civiles clave en las políticas de vivienda de los últimos diez años (ver Figura 1): la Ley 1/2013, que prevé la suspensión de lanzamientos resultantes de ejecuciones hipotecarias de familias vulnerables; la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos efectuada por Ley 4/2013; el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad; la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos efectuada por RDL 7/2019; la reforma del crédito hipotecario con consumidores efectuada por la LCCI; y, finalmente, en el ámbito autonómico, la Ley catalana 11/2020<sup>75</sup>, de contención de rentas, sometida a recurso de inconstitucionalidad.

### A) *En cuanto al mecanismo legal utilizado*

Conforme al art. 86.1 CE, el uso de los decretos-leyes queda reservado para casos de «extraordinaria y urgente necesidad», no pudiéndose usar con carácter abusivo o arbitrario (STC 61/2018<sup>76</sup>, entre otras), pues se estaría



contraviniendo el principio democrático del art. 1.1 CE. Además, según la misma doctrina, la extraordinaria y urgente necesidad, si bien no hace referencia a situaciones extremas, se justifica cuando, de seguir la tramitación del proceso legislativo ordinario, disminuyese la efectividad de la medida.

De los textos legales analizados, la introducción del mecanismo de segunda oportunidad en 2015 y la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos en 2019 han sido mediante decretos-leyes, no así la reforma de la LAU de 2013, la suspensión de las ejecuciones hipotecarias de familias vulnerables (Ley 1/2013) ni la LCCI. En este sentido, la duda surgiría sobre las diferencias que pudo haber, desde un punto de vista de la extraordinaria y urgente necesidad, para tramitar una reforma de la LAU en 2013 vía ley ordinaria pero en 2019 vía RDL, especialmente teniendo en cuenta el número de desahucios arrendaticios en 2012 fue de 55 523 y en 2019 de 36 467<sup>77</sup> (es decir, habían bajado), y el hecho de que la tasa de vivienda en alquiler a precio de mercado en 2013, según Eurostat, era de 13,2%, mientras que en 2019 fue de 15,8%<sup>78</sup> (es decir, había subido, conforme a los objetivos de la reforma de la Ley 4/2013). Podría justificarse por el hecho de que los precios de los arrendamientos de vivienda se habían incrementado en ciudades españolas como Madrid o Barcelona, pero, precisamente, la reforma de la LAU de 2019 no introdujo ninguna medida en referencia al precio del alquiler, más allá de limitar las actualizaciones de la renta al incremento que hubiese tenido el IPC (art. 18.1 LAU), como ya lo hacía la versión original LAU 1994. De hecho, en el recurso de inconstitucionalidad contra el RDL 7/2019 (resuelto por la STC 14/2020<sup>79</sup>), se alegó precisamente que la extraordinaria y urgente necesidad no se presentaba, existiendo divergencias en cuanto a los datos del mercado inmobiliario aportados para justificarlo; aunque, finalmente, el TC consideró que la necesidad quedaba justificada<sup>80</sup>, excepto para lo que hacía referencia a las medidas de la DA 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, que nada tenían que ver con la problemática de la vivienda.

### *B) Análisis ex ante: justificación de la necesidad y valoración de alternativas*

La justificación de la necesidad de un cambio normativo determinado no solo es relevante para utilizar el mecanismo del Decreto Ley, sino también para seguir una *better regulation policy*<sup>81</sup>. En particular, las iniciativas que pretendan introducir una nueva política pública, en este caso en materia de vivienda, deberían valorar las repercusiones económicas, sociales y medioambientales de la propuesta.

Para saber si en las seis normas de vivienda seleccionadas se ha llevado a cabo un análisis *ex ante* adecuado, hemos buscado en la pá-

gina web de los Ministerios competentes la publicación de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo de cada uno de los textos legales analizados, teniendo en cuenta, además, que desde 2017 es obligatorio publicarlas en el portal de transparencia. A fecha de febrero de 2021 solo encontramos las memorias de la Ley 4/2013 (en fuente no oficial de internet), del Real Decreto Ley 1/2015<sup>82</sup> y de la LCCI<sup>83</sup>. Así, no está disponible información pública acerca del análisis de impacto normativo de la Ley 1/2013, ni de la Ley catalana 11/2020 ni del RDL 7/2019; no obstante, de este último RDL debe existir una Memoria de Análisis de Impacto Normativo no accesible públicamente, puesto que en la STC 14/2020 se menciona este documento como aportado por el Gobierno en sus alegaciones<sup>84</sup>. En referencia a la Ley catalana 11/2020, tampoco consta en el catálogo de evaluaciones *ex ante* del Departamento catalán de la Presidencia<sup>85</sup>.

Por este motivo, hemos analizado la justificación de la necesidad bien con la Memoria del Análisis de Impacto Normativo de cada uno de los textos legislativos, bien con los datos referidos en la exposición de motivos, con los siguientes resultados:

- Ley 1/2013: la necesidad de la suspensión de ejecuciones hipotecarias se justificó en que «numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario [...] se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones». De acuerdo con la exposición de motivos, esta medida era «con carácter excepcional y temporal»; pero la realidad es que se ha ido prorrogando, de momento, hasta 2024. La exposición de motivos no aporta ningún tipo de dato sobre la situación del mercado inmobiliario, ni menciona por qué se ha optado por la suspensión de los lanzamientos y no por otras políticas de vivienda alternativas.

- Ley 4/2013: la justificación de la necesidad de la reforma de la LAU efectuada en 2013 se sintetiza en cuatro párrafos en la exposición de motivos de esta norma. En ella se pone de manifiesto la alta tasa de propiedad española en comparación con la media europea, para después afirmar que el alquiler no constituye una alternativa real a la propiedad. Por su parte, en la memoria de análisis de impacto normativo no se detallan las medidas alternativas que existían, ni un análisis de sistemas arrendaticios comparados, aunque sí que se lleva a cabo un breve análisis económico y presupuestario en la sección IV. En este análisis, se menciona el *target* de la norma: poner en el mercado de alquiler los 8 millones de viviendas secundarias (que son utilizadas menos de 185 días al año<sup>86</sup>), con la consecuente reducción de la renta media de las viviendas alquiladas, y favorecer la movilidad laboral de la población, aunque dicho análisis no calcula esta supuesta reducción de la renta que debería suponer. De

hecho, como se supo posteriormente, las rentas subieron considerablemente a partir de 2016, especialmente por el vencimiento de la prórroga obligatoria de tres años de los contratos celebrados tras la entrada en vigor de la Ley 4/2013.

- RDL 1/2015: en este caso, la exposición de motivos del RDL 1/2015, que introdujo el mecanismo de segunda oportunidad, también carece de cualquier tipo de justificación estadística sobre la necesidad de regular la limitación de la responsabilidad. Se afirma que «[...] cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se producen desincentivos claros a acometer nuevas actividades e incluso a permanecer en el circuito regular de la economía», sin aportar más justificación. No obstante, lo que sí que hace en esta ocasión dicha norma es citar doctrina civilista sobre el alcance y finalidad de la responsabilidad ilimitada del art. 1911 CC, en concreto, autores como MANRESA o el precedente de Las Partidas de Alfonso X el Sabio, y alude a la ética como justificación para introducir dicha medida<sup>87</sup>. En referencia a su memoria de análisis de impacto normativo, no valora posibles políticas alternativas; solo se lleva a cabo una mención a la alternativa de tramitar dicha política vía ley ordinaria. En referencia al análisis económico, la memoria de impacto normativo justifica, con cita de autores internacionales, que un buen sistema concursal estimula la actividad económica. Pero añade que el establecimiento de una segunda oportunidad puede tener un impacto negativo sobre la cultura de pagos de la sociedad, con el consiguiente aumento de los tipos de interés crediticios. Aun así, la propuesta, sin más justificación, considera que el mecanismo regulado, al ser bastante limitado para el deudor, no conllevará dichas consecuencias negativas.

- Real Decreto Ley 7/2019: en este caso, la exposición de motivos hace hincapié en la extraordinaria y urgente necesidad de reformar la LAU vía RDL. Para ello, se citan estadísticas imposibles acerca del total de ingresos que destinaban las familias al pago de la renta y de la población que vive en este régimen de tenencia<sup>88</sup>, datos inconcretos sobre el aumento de los precios del alquiler en indeterminadas zonas<sup>89</sup> o del porcentaje del total que representa el parque de vivienda social<sup>90</sup> y, en muchas ocasiones, sin mencionar la fuente de dichos datos<sup>91</sup>.

- LCCI (Ley 5/2019): en este caso, como el cambio normativo se produce a través de ley ordinaria y, además, con la finalidad de transponer la Directiva 2014/17/UE, la exposición de motivos de la Ley 5/2019 no menciona dato alguno sobre la necesidad de modificar la regulación. En referencia a la memoria de análisis de impacto normativo, en las medidas alternativas, tan solo menciona que la transposición debe hacerse vía ley ordinaria, por eso no se han valorado otro tipo de mecanismos. Aun así, no se menciona qué disposiciones alternativas de las previstas en la Directiva

se han tomado, ni su justificación<sup>92</sup>. En referencia al análisis económico, se sigue la línea de otras memorias analizadas: no se incluye un estudio de coste-beneficio de la norma; tan solo se hace referencia genérica a las repercusiones positivas en materia de fortalecimiento del mercado interior único europeo, al refuerzo de la transparencia, una mayor eficiencia del mercado hipotecario, etc. Ningún dato objetivo.

- Ley catalana 11/2020: en este caso, también se carece de un análisis *ex ante* de la introducción del control de la renta de los alquileres en Cataluña. Por su parte, la exposición de motivos alude a la problemática de la vivienda en esta CA, apoyándolo con estudios del Observatorio Metropolitano de la Vivienda de Barcelona (cuando la normativa es de aplicación a toda Cataluña), y menciona brevemente que Francia y Alemania disponen de medidas similares, cuando, realmente, existen diferencias con el índice introducido en esta comunidad autónoma y la ineficacia de estas y otras similares ha sido demostrada, como ya hemos comentado. Se apunta, asimismo, a que la reforma de la LAU de 2019 «se encuentra lejos todavía de los estándares europeos de seguridad, estabilidad y asequibilidad de los alquileres», sin mencionar ni los estudios ni las características que debe tener la legislación de arrendamientos urbanos para contar con dichos «estándares».

Así, podemos afirmar que, en materia de vivienda, no se ha llevado a cabo como se debiera el análisis de políticas alternativas e, incluso, del impacto económico, social o medioambiental de cada una de las normas estudiadas, como requieren las «políticas *better regulation*». En ninguna de las normas clave estudiadas se valoraron políticas alternativas, ni se llevó a cabo un análisis coste-beneficio de cada una de ellas, lo que recomienda la OCDE en sus informes.

### C) *Participación de grupos de interés y de la ciudadanía a través de la audiencia y consulta pública*

La participación de grupos de interés y de la ciudadanía en las políticas públicas es una de las recomendaciones que también han sugerido tanto la OCDE como la Unión Europea en el marco de sus competencias. Así, en la «Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria» (2012), la OCDE encomienda a los Estados el garantizar la participación en el proceso regulatorio, para asegurar que las nuevas políticas sean acordes con el interés general.

En nuestro país, la participación de grupos de interés y de la ciudadanía se está llevando a cabo de dos formas: en primer lugar, solicitando

proactivamente «la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieran afectados (...)» (art. 133.2 Ley 39/2015)<sup>93</sup>, es decir, los *lobbies*; no existe mención alguna a los científicos y expertos objetivos en la materia. Y, en segundo lugar, sustanciando una audiencia pública sobre un anteproyecto ya redactado a través del portal web de la Administración competente (art. 133 Ley 39/2015 y art. 26 Ley 50/1997).

Pues bien, en referencia a las políticas de vivienda que venimos analizando, se observa que se recabaron informes o la opinión de los siguientes colectivos:

- Ley 1/2013: no consta en abierto la existencia de una consulta pública previa o de una audiencia pública.
- Ley 4/2013: de acuerdo con la memoria de impacto normativo, la tramitación de la reforma de la LAU en 2013 fue promovida por la Secretaría de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda del Ministerio de Fomento. En anteproyecto de ley (es decir, una vez ya existía una propuesta de regulación), fue sometida a sendos informes del Consejo Económico y Social, del CGPJ, y se dio audiencia al Consejo General del Notariado, al Colegio de Registradores, a la CNMV, a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento, del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Hacienda. Además, según la memoria, el anteproyecto se publicó en la web del Ministerio de Fomento para que los posibles destinatarios hiciesen alegaciones. Lo que destaca de este trámite de audiencia es que, por una parte, la participación de la ciudadanía y de los grupos de interés se limitó a cuando ya estaba hecho el anteproyecto; y, en segundo lugar, que entre los grupos consultados no había ninguno representativo ni de arrendadores ni de arrendatarios, cuando una parte sustancial de la Ley 4/2013 hacía referencia a la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos.
- RDL 1/2015: la memoria de análisis de impacto normativo del RDL 1/2015 indica que no procedían trámites de audiencia ni informes previos.
- RDL 7/2019: no consta en el preámbulo del RDL 7/2019 datos acerca de la celebración del trámite de audiencia pública o bien de una consulta pública previa. Como se ha mencionado, tampoco se ha obtenido acceso a la memoria de impacto normativo de la misma.
- Ley 5/2019 (LCCI): en este caso, la memoria informa que no se llevó a cabo la consulta pública previa porque todavía no era obligatorio, pero el borrador de anteproyecto fue sometido al trámite de audiencia pública, en la que se recibieron alrededor de 180 observaciones por parte de asociaciones

de consumidores, colegios notariales, de registradores, etc. No obstante, no constan contribuciones por parte de otros colectivos clave, como podrían serlo representantes de propietarios hipotecados de viviendas o de futuros prestatarios.

- Ley catalana 11/2020: no consta ni en el preámbulo de la Ley 11/2020 ni en el portal de la Generalitat de Cataluña ningún tipo de proceso participativo para la aprobación de la Ley catalana 11/2020. No obstante, sí que se abrió una consulta pública previa para la elaboración del índice de referencia en 2017 (el índice diseñado hacía tres años sin carácter obligatorio, con el fin de aumentar la transparencia del mercado), aunque no se recibió ninguna aportación ni comentario por parte de la ciudadanía<sup>94</sup>.

#### D) *Inclusión de mecanismos de evaluación ex post*

DE BENEDETTO (2013) afirma que la última fase del proceso normativo debe ser la evaluación *ex post*. Por su parte, DOMÉNECH PASCUAL (2005) definía los mecanismos de evaluación *ex post* como «las actividades encaminadas a observar, evaluar e informar sobre el acierto de una regulación jurídica a fin de mantenerla, modificarla o derogarla». La OCDE<sup>95</sup> ha indicado que las evaluaciones *ex post* deben dar respuesta a la idoneidad de la norma (si todavía existe una justificación para mantener la regulación), su efectividad (si ha alcanzado los objetivos por los que se introdujo), su eficiencia (si la regulación genera costes innecesarios) y las posibles alternativas. Para ello, los estados se pueden servir de diversas metodologías, como las consultas públicas *ex post* y, en la medida de lo posible, cálculos de coste-beneficio, que se pueden llevar a cabo con revisiones programadas (ej. con normas de caducidad incluidas en las propias disposiciones transitorias) o las revisiones *ad hoc*, como podrían ser las evaluaciones de organismos como el Ivàlua en Cataluña.

A pesar de los diferentes mecanismos de evaluación *ex post* y de las recomendaciones de la OCDE, BOIX y GIMENO (2021, 12) indican que es inusual a nivel europeo el uso de estos mecanismos y que en España es una materia que está totalmente desatendida. De hecho, como se observa del Plan Anual Normativo 2020<sup>96</sup>, de las 172 propuestas normativas presentadas por todos los Ministerios durante el 2020, solamente 22 prevén evaluaciones *ex post*, justificándose en que son aquellas que tienen un potencial impacto para la economía en su conjunto o sobre determinados sectores. De hecho, en el Plan de 2020 se contempló la futura Ley de Vivienda, pero no se indica la necesidad de llevar a cabo ningún tipo de evaluación (ni *ex ante*, ni *ex post*) de la misma<sup>97</sup>.

Pues bien, en ninguna de las normativas civiles sobre vivienda que estamos analizando se contemplan sistemas de evaluación *ex post* programados que revisen la efectividad de la norma ni la necesidad de mantenerla, modificarla o eliminarla. Ni tan solo una norma de claro impacto económico considerable para ciertos sectores, como la Ley catalana 11/2020, de control de rentas, prevé una vigencia limitada o una revisión de su eficacia, aun habiéndose inspirado en la regulación alemana del *Mietendeckel*<sup>98</sup>, la cual sí contempla un plazo limitado de aplicación de cinco años<sup>99</sup>. Solo la Ley 1/2013 prevé la suspensión de los lanzamientos derivados de ejecución hipotecaria durante dos años (art. 1), lo que podría servir para, transcurrido este tiempo, revisar su efectividad, coste-beneficio, y proponer o no su extensión. No obstante, en la práctica, se ha ido prorrogando la vigencia de esta medida hasta 2024 sin justificar claramente que se haya revisado su efectividad. En las sucesivas prórrogas, tan solo se menciona en las exposiciones de motivos, como sucede en el RDL 6/2020<sup>100</sup>, que la extensión de la suspensión se lleva a cabo porque todavía existen colectivos especialmente vulnerables (¿cuáles? ¿cuántos? ¿dónde? ¿por qué?). Así, solo queda la posibilidad de que el legislador lleve a cabo revisiones *ex post ad hoc*, hecho del cual no se tienen datos, por lo que podemos corroborar que la carencia de mecanismos de revisión tras la aprobación de las normas es generalizada en las políticas de vivienda españolas.

En la Tabla 1 mostramos un resumen del seguimiento de los procesos de calidad normativa en las normas de vivienda analizadas.

En fin, con este estudio queda corroborada la hipótesis planteada en la primera parte de este trabajo e ilustrada en las Figuras 1 y 2 sobre cómo se han adoptado las medidas civiles en materia de vivienda en los últimos años: a rebufo de presiones de determinados *lobbies* (ej. del bancario y financiero, fomentando la desregulación financiera y la tendencia a la titulización *off-balance* de activos cada vez menos sólidos); de determinados movimientos sociales; y a menudo a resultas o fuente de decisiones judiciales alegales o de imposiciones de origen europeo (como la Directiva 2014/17/UE, de dudosa eficacia), sin análisis ni *ex ante* ni *ex post* digno de ser considerados tales. Todo ello de dudosa efectividad para generalizar la vivienda asequible en 2022, corroborando lo que afirmaba DE CASTRO (1942, 381): «[Las disposiciones legales] abandonadas a la libre lucha de los encontrados intereses sociales, pronto perderían su eficacia, serían desnaturalizadas, si no venían a ser puestas al servicio de aquellas situaciones y fuerzas que trataban de corregir, perseguir o reprimir». De manera que surge inevitablemente la duda de cuál debería haber sido el rol del legislador, el de la judicatura y el de la doctrina jurídica ante las



Tabla 1. La calidad normativa en las políticas de vivienda.

Normativa	Análisis <i>ex ante</i> y justificación de la necesidad social en la exposición de motivos y/o en la memoria de impacto normativo	Grupos de interés ( <i>stakeholders</i> ) involucrados / audiencia pública efectiva.	Mecanismos de revisión <i>ex post</i>
Ley 1/2013, de protección de deudores hipotecarios	No existe memoria de impacto normativo accesible públicamente y la exposición de motivos no aporta ningún tipo de dato estadístico que justifique la necesidad de la norma. No se valoran políticas alternativas.	No hay datos sobre la celebración de una consulta pública previa o de una audiencia pública.	No constan mecanismos de revisión <i>ex post</i> programados en la propia normativa. Pero su duración se limita a dos años. No obstante, prorrogada sin justificación concreta hasta 2024.
Ley 4/2013, reformando la LAU	La exposición de motivos no aporta ningún tipo de dato estadístico que justifique la necesidad. En la memoria de impacto normativo, se hacen referencias genéricas a la problemática del alquiler, pero no se valoran políticas alternativas y el análisis económico no aportó ningún tipo de información acerca de la bajada del precio del alquiler potencial	Sí, aunque no se consultó con representantes de propietarios y/o inquilinos a pesar de ser una importante reforma de la LAU.	No constan mecanismos de revisión <i>ex post</i> programados en la propia normativa
RDL 1/2015, de introducción del mecanismo de segunda oportunidad	La exposición de motivos solo justifica la introducción de esta medida a partir de doctrina civilista sobre la responsabilidad universal del deudor. En la memoria de impacto normativo, no se valoran otras políticas alternativas para alcanzar el fin propuesto; tan solo la posibilidad de no regular nada. El análisis económico introducido no muestra un cálculo de coste-beneficio.	En la memoria de análisis de impacto normativo se indica que no procedía un trámite de audiencia pública ni informes previos.	No constan mecanismos de revisión <i>ex post</i> programados en la propia normativa.



<p>RDL 7/2019, reformando de nuevo la LAU</p>	<p>La exposición de motivos aporta más datos estadísticos que la anterior reforma de la LAU en 2013 para justificar la extraordinaria y urgente necesidad, aunque cuestionables. No obstante, partiendo de lo mencionado en la STC 14/2020, en la memoria de análisis de impacto normativo no se lleva a cabo un verdadero estudio de políticas alternativas ni de impacto económico de la reforma.</p>	<p>No hay datos sobre la celebración de una consulta pública previa o de una audiencia pública.</p>	<p>No constan mecanismos de revisión <i>ex post</i> programados en la propia normativa.</p>
<p>Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario 2019 (LCCI)</p>	<p>La exposición de motivos se limita a justificar la reforma en la necesaria implementación de la Directiva 2014/17/UE. Sin embargo, la memoria de análisis de impacto normativo no menciona políticas alternativas (la Directiva permitía a los Estados miembros implementar o no algunas disposiciones), ni lleva a cabo un análisis económico, más allá de afirmar que contribuirá al mercado interior y a la transparencia.</p>	<p>Sí, una audiencia pública en la que participaron diversas entidades. Pero no consta la participación de propietarios.</p>	<p>No constan mecanismos de revisión <i>ex post</i> programados en la propia normativa.</p>
<p>Ley catalana 11/2020, que fija un control de renta para los arrendamientos urbanos</p>	<p>Se cita en la exposición de motivos que en países como Alemania y Francia existen controles de renta, pero no se menciona acerca de la (in)efectividad de estas medidas en los respectivos países o en terceros. Se alude, asimismo, a que la acción por parte del Parlamento catalán surge por el hecho de que la reforma de la LAU en 2019 no se alinea con los estándares de asequibilidad, seguridad y estabilidad, pero no se citan estudios sobre estos parámetros ni qué medidas se pueden promover para alcanzarlos. No consta un análisis <i>ex ante</i> público.</p>	<p>No hay datos sobre la celebración de una consulta pública previa o de una audiencia pública.</p>	<p>No constan mecanismos de revisión <i>ex post</i> programados en la propia normativa.</p>

Fuente: elaboración propia.

necesidades sociales en materia de vivienda que han ido apareciendo, tanto antes como después de la crisis financiera e internacional de 2007, lo que vemos a continuación.

### III. LA INNOVACIÓN JURÍDICA: LA NECESIDAD DE UNA MEJOR REGULACIÓN

#### 1. INNOVACIONES JURÍDICAS PARA DAR SOLUCIÓN A PROBLEMAS SOCIALES

El vínculo entre el Derecho y el cambio social ha sido tradicionalmente estudiado por la Sociología del Derecho. En este sentido, FRIEDMAN, L.M. (1975) distinguió cuatro tipos de cambios legales dependiendo de su relación con el cambio social:

a) Cambios legales que se originan fuera del ordenamiento jurídico —por ejemplo, por necesidades sociales que finalmente se reflejan en la normativa—, pero que solo tienen un impacto en el mismo ordenamiento jurídico y no consiguen realmente afrontar esa problemática por la que surgieron. En materia de vivienda sería un ejemplo la introducción en la legislación catalana del control de renta, que fue impulsado por ciertos sectores sociales (esencialmente, el Sindicato de Inquilinos), pero que ya está mostrando, sin sorpresas, que no solo no ha servido para contener las rentas de los arrendamientos urbanos, sino que ya está produciendo las primeras consecuencias adversas en forma de reducción de la oferta<sup>101</sup>.

b) Cambios legales que se originan fuera del ordenamiento jurídico y que acaban afectando tanto al propio ordenamiento jurídico como a la sociedad. Uno de los ejemplos que mencionaba FRIEDMAN de esta tipología, era la reinterpretación por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos de la 14<sup>a</sup> enmienda, sobre la igualdad racial (Caso *Brown v. Board of Education*, 347, 1954), que provino de la opinión social sobre esta materia. En el ámbito de estudio de este trabajo, es difícil encontrar un ejemplo porque, como se ha dicho, los cambios normativos de los últimos 15 años no han conseguido solventar los problemas de acceso a la vivienda. Algo que se le aproximaría serían aquellas personas con sentencia firme de desahucio pero que no han sido lanzadas desde 2012 y no lo serán, al menos, hasta 2024, aunque escasean los estudios exhaustivos de lo que implica esto para terceros (ej. comunidades de propietarios, entidades de crédito, futuros tomadores de préstamos hipotecarios).

c) Cambios legales que no proceden de fuera del ordenamiento jurídico, es decir, no se basan en una nueva realidad social, y que solo tienen un pequeño o nulo impacto en el ordenamiento jurídico. En este sentido,

FRIEDMAN cita aquellas correcciones formales de la legislación que no inciden en la vida de las personas.

d) Cambios legales que no proceden de fuera del ordenamiento jurídico pero que implican un impacto en la sociedad. Aquí se incluirían aquellos cambios propuestos por el poder legislativo, que no derivan de una exigencia o necesidad social. Un ejemplo son los sucesivos cambios normativos en materia de mercado hipotecario hasta 2007, inspirados por ciertos *lobbies* bancarios y financieros.

Así, en algunas ocasiones es el Derecho el que se ve impactado por determinados cambios sociales (como ha sucedido con la diversa normativa antidesahucios, de control de renta duro o pro-okupas, promulgadas en el marco de campañas de la PAH y del Sindicato de Inquilinos) (casos a y b), mientras que en otras es la propia normativa la que ha tenido un impacto en la sociedad (caso d), a pesar de que tradicionalmente el Derecho ha sido percibido como un mecanismo para mantener el *statu quo* (SORIANO, R. 1997, 310). En estos casos, estaríamos hablando de «innovaciones jurídicas» (ZIELINSKI, D. 1973, 58). De acuerdo con HOFFMANN (2016), las innovaciones jurídicas estarían incluidas en las innovaciones sociales, y consistirían en el proceso cognitivo para imaginar nuevas soluciones legales a problemas sociales, en forma de desarrollo de nuevas instituciones jurídicas o creando nuevas áreas del Derecho, siempre que terminen siendo aplicables en la práctica.

Pero, claro, estas innovaciones, partan del Derecho, partan de la sociedad, hay que hacerlas bien. Manuel ATIENZA (2021) considera que «el Derecho [...] tiene que servir para algo y para algo útil, que es mejorar las cosas, en la medida que se pueda hacer». Coincidimos, como no podría ser de otro modo, con el Prof. ATIENZA, pero ¿qué es ser útil? ¿qué es mejorar? y ¿qué son «las cosas»? Para poder influir en algo adecuadamente, primero hay que conocerlo bien, y esto no es tarea sencilla para los juristas que tienen la capacidad para ello: los asesores legales del poder ejecutivo y del legislativo, los jueces y la doctrina jurídica. Habitualmente, solo están formados en Derecho y únicamente conocen «las cosas» sobre las que deciden de manera superficial, a menudo a través de los medios de comunicación o, alerta, a través de *twitter*<sup>102</sup>. Los asesores legales del poder ejecutivo y del legislativo, al tiempo que sus superiores, a menudo sucumben, como hemos demostrado, a presiones de toda índole, en parte arrastrados por falta de asesorarse de fuentes objetivas. Por su parte, el poder judicial podría contribuir a estas innovaciones jurídicas reinterpretando instituciones y conceptos jurídicos con el fin de dar solución a problemas sociales. No obstante, no pueden incluirse en este concepto aquellas resoluciones judiciales que distorsionan conceptos jurídicos en pro de un determinado

cambio social (como los incluidos dentro de la «robinprudencia» vistos *supra* o a jueces que, por algún motivo, ceden ante la eufemísticamente llamada «litigación estratégica»), que van contra el propio ordenamiento jurídico o las que no solucionan ninguna problemática del ámbito social<sup>103</sup>. Finalmente, dos de las tareas encomendadas a los profesores universitarios, también los de Derecho, es investigar<sup>104</sup> y transferir dicha investigación a la sociedad, de manera que con base a la primera se promueva el «desarrollo social» (arts. 1, 9, 39 a 41 y 56, entre otros LOU<sup>105</sup>), estando llamados —incluso legalmente— a informar con objetividad, honestidad y completitud, con aproximación científica, a los que toman las decisiones políticas, dictan sentencias y diseñan y adoptan leyes.

Sin embargo, no existe unanimidad sobre qué significa «investigar en Derecho», ni si ello tiene que conllevar necesariamente un impacto positivo (siempre que entendamos primero qué significa «positivo»: ¿qué beneficie al bien común?) en la sociedad, constituyendo con ello una verdadera innovación jurídica<sup>106</sup>. En pleno siglo XXI permanece la duda de si el Derecho es una «ciencia» y si, por lo tanto, genera conocimiento «científico». Pero nos queda un consuelo: tampoco está claro qué es ciencia en sí. Para los científicos reduccionistas lo es seguir el «método científico» de NEWTON<sup>107</sup>, marcado por la objetividad, y que ha influido en todas las ramas del saber desde el s. XVII, con el resultado de la «Guerra de la Ciencia» de la década de los 90 del s. XX, que dejó a la Filosofía o a la Psicología y, por lo tanto, también al Derecho, fuera del club exclusivo de las «ciencias» debido a su subjetividad. Es bien conocido el escepticismo de VON KIRCHMANN al negar la científicidad del estudio del Derecho, porque entendió que la ley positiva es fruto de la pura arbitrariedad del legislador dado que «tres palabras rectificadoras [del mismo] convierten bibliotecas enteras en basura». Por su parte, CHYNOWETH (2008) destaca el fracaso de los investigadores en Derecho de hacer entender a la comunidad científica cuáles son nuestras metodologías y objetivos; de hecho, según ÁLVAREZ DEL CUVILLO (2018), en ocasiones se aprenden las metodologías del Derecho de manera informal y BARKAN *et al.* (2015) afirman que la investigación en Derecho es solo el proceso de identificación y obtención de la información legal necesaria para apoyar la toma de decisiones legales. También DOMÉNECH PASCUAL (2016) apuntaba los problemas de la investigación científica española, indicando que esta «debería ser, idealmente, original, creativa e innovadora», refiriéndose a la innovación como las aportaciones que resuelven un problema concreto.

Ante tal discusión de lo que es auténticamente «científico», todas las ramas del conocimiento, también los físicos (que siguen usando el método científico newtoniano, a pesar de haber sido cuestionado por la teoría de la relatividad o por las reglas que rigen la física cuántica<sup>108</sup>, que relegan al mun-

do microscópico<sup>109</sup>), nos tenemos que conformar con aceptar unas reglas lo más objetivas y útiles posibles para dar respuesta a lo que nuestro ámbito de estudio requiere de nosotros: sea este comprender la física de los objetos que nos rodean, sea cómo irnos aproximando a los ideales de igualdad, libertad y dignidad en una sociedad democrática, para lo que usaremos las herramientas que nos da el Derecho. Así, debemos utilizar todas las herramientas a nuestro alcance para asegurar la universalidad y la consistencia<sup>110</sup> de la solución propuesta a través de las leyes para el problema que se nos plantea. Es decir, debemos prescindir de la anécdota, de la experiencia/opinión personal, de la noticia, de lo que he hecho o han hecho otros o de imponer una ideología y recurrir a metodologías que tiendan a la objetividad, como por ejemplo la ciencia de datos (ver *infra*), que permite el estudio completo y riguroso de las evidencias, a partir del cual pueden proponerse normas.

Así, siguiendo el concepto de innovación de HOFFMAN mencionado *supra*, a nuestro juicio la investigación en Derecho, para ser innovadora, debería consistir en desarrollar de manera honesta y completa nuevas soluciones legales a problemas sociales reales, fundadas en metodologías que tiendan a la objetividad, procurando que dichas soluciones resulten finalmente aplicables en la práctica y beneficiosas para el bien común. Y esta aplicación práctica se puede encontrar, precisamente, en la participación en el proceso legislativo y en el diseño de las políticas públicas, siempre que acaben contribuyendo a resolver un problema social.

## 2. HACIA LAS POLÍTICAS BASADAS EN LA EVIDENCIA: EL ROL DE LA INVESTIGACIÓN EN DERECHO Y EL USO DE LA CIENCIA DE DATOS EN LA NORMATIVA DE VIVIENDA

Ante la problemática presentada en el marco de las políticas de vivienda, que no parecen haber seguido las recomendaciones internacionales en materia de calidad normativa ni haber conseguido los objetivos que se había propuesto, nos planteamos cómo puede contribuir la investigación en vivienda y la ciencia de datos para mejorarlas.

La política basada en evidencias (*evidence-based policy*) puede ayudar a determinar la efectividad de las opciones políticas antes de su implementación (SANDERSON, I. 2002, 9), incluso también a evaluar las implementadas, lo que puede conducir a ajustes y mejoras. Además, puede ayudar a una mejor comprensión de los problemas sociales a abordar, siendo un método apolítico, neutral y objetivo, que aspira a ir más allá de una ideología determinada (DE MARCHI, G. LUCERTINI, G. y TSOUKIÁS, A. 2016). El modelo de políticas basadas en la evidencia se inició en el campo de las Ciencias de la Salud (SALTELLI, A. y GIAMPIETRO, M. 2017),

aunque los investigadores de las Ciencias Sociales participaron en programas de bienestar social, educación y renovación urbana durante varias décadas desde 1960 (HEAD, B.W., 2010). Formalmente, el concepto de «política basada en evidencia» fue acuñado por primera vez en 1997 por el gobierno de Blair en el Reino Unido (DE MARCHI, G. LUCERTINI, G. y TSOUKIÁS, A. 2016), pasando de una formulación de políticas públicas basada en opiniones a una basada en evidencias<sup>111</sup>.

La *evidence-based policy* ha sido, no obstante, criticada por intentar eliminar ideologías o incluso por ser utilizada con fines partidistas (SALTELLI, A. y GIAMPIETRO, M. 2017, 63). Puede haber discusiones acerca del propio concepto de «evidencia»<sup>112</sup> y, si bien la *evidence-based policy* aspira a ser objetiva, la selección de la evidencia «correcta» puede llevarse a cabo con fines partidistas, escogiendo aquella más cercana a los intereses políticos. Además, los resultados de las políticas basadas en la evidencia han sido a veces decepcionantes debido a posibles deficiencias en la investigación social y, en ocasiones, los investigadores no están preparados para comunicar sus hallazgos, estando distantes de los debates públicos (HEAD, B.W. 2010, 80).

En esta línea, las innovaciones jurídicas podrían contribuir a las políticas, en especial a las de vivienda, pero siempre que no siguiesen un sesgo personal, que se puede dar especialmente en este ámbito. Como consecuencia, algunos autores como DE MARCHI, G. LUCERTINI, G. y TSOUKIÁS, A. (2016) afirman que la evidencia en sí misma no debería ser el único determinante de la formulación de políticas, sino uno de varios factores, que incluiría la eficiencia en la asignación de recursos públicos, las prioridades y valores sociales, la coherencia con el ordenamiento jurídico, la opinión de grupos de presión y la visión de largo plazo de esa sociedad. Sin embargo, a pesar de estos inconvenientes, la evidencia sigue siendo una herramienta para respaldar la formulación de políticas, siempre que lo sea de forma objetiva a través de la investigación (HEAD, B.W. 2010, 89).

Y, como mecanismo para asegurar la neutralidad de la ciencia, en especial de las Ciencias Sociales, planteamos la utilidad de la denominada «ciencia de datos». La ciencia de datos, entendida como el uso de amplias bases de datos y que se suele servir de técnicas como el minado de datos o el *machine learning*, puede mitigar la problemática de la politización en las *evidence-based policy*. Del mismo modo, puede usarse la tecnología *big data*, que sería un término más acotado, pues requiere de un volumen de datos variados e indefinidos, que pueden ser tratados a alta velocidad<sup>113</sup>. En 1969, CAMPBELL ya propuso el uso de datos cuantitativos para proporcionar evidencias de confianza para los gobernantes y, con el uso cada vez más sofisticado de grandes cantidades de datos, diversos autores ya han destacado su potencial tanto para la elaboración de políticas públicas como para la administración judicial (VAN ETTEKOVEN, B.J. y PRINS,

C. 2018). Así, para la judicatura, de acuerdo con VAN ETTEKOVEN y PRINS (2018), la ciencia de datos puede servir para predecir el comportamiento de los juzgadores (*judge profiling*), facilitando la comparativa entre ellos. En materia de vivienda, esto puede ser de especial interés para evitar sesgos ideológicos en la resolución de casos de *okupación*, de desahucios por impago de alquiler o de ejecuciones hipotecarias, proporcionando datos a los propios magistrados sobre el sentido generalizado y mayoritario de sus resoluciones y proponiendo mecanismos de corrección, si procede<sup>114</sup>. Y para la elaboración de políticas públicas, la cantidad de datos procesada puede servir, entre otras, para detectar la conflictividad de algunos preceptos legales, detectar necesidades sociales que requieran de nuevas políticas (ej. si ya no existiesen ejecuciones hipotecarias de personas vulnerables, sería un dato que podría tomarse en cuenta en la prórroga de la Ley 1/2013), etc. De hecho, la ciencia de datos contribuye a obtener información acerca del número de casos por tribunal, por normativa citada, tiempo medio de resolución, etc., lo que beneficia a la sociedad al poder ser utilizado para una agenda política o social informada<sup>115</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

I. ¿Se imaginan un país en el que legislen los bancos, los movimientos sociales o los jueces<sup>116</sup> y en el que, en quince años, hayamos pasado de potenciar la propiedad a amparar legalmente la okupación como solución habitacional, llegando a 2022 sin resolver el problema del acceso a la vivienda o incluso acrecentándolo? Esta ha sido la realidad en España a causa del círculo que presentábamos en la Figura 2: «suceso disruptivo» (ej. crisis financiera, COVID19), sentencia «innovadora», presión social, «robinprudencia» y cambio normativo (sin justificación objetiva suficiente y sin controles de calidad), hasta generar un siguiente «evento disruptivo».

II. Dicho círculo, además, ha establecido una «lógica» indiscutida social, judicial y legalmente que transcurre desde las malas prácticas bancarias legalizadas (ej. las participaciones preferentes), a la moratoria de lanzamientos (2012-2024); de la cada vez mayor dificultad de acceso a la propiedad en parte debido a la restricción del crédito como consecuencia de la normativa de protección de consumidores (Leyes 1/2013 y 5/2019, especialmente) a la consiguiente generación de la burbuja del alquiler (cuando se había promovido como única forma de tenencia a promover a partir de 2007, sin pensar en que se está creando una generación que siempre dependerá de caseros, públicos o privados, con la consiguiente merma de libertad) ante la falta de generalización de tenencias alternativas; lo que a su vez ha justificado el control duro de la renta de los alquileres (de momento solo en Cataluña) a



pesar de sus efectos adversos en otros países, la sanción, el aumento de la tributación y la expropiación de derechos de los propietarios de viviendas vacías (bendecido en 2018 por el TC), la admisión de pisos de 24m<sup>2</sup> en plena pandemia, y finalmente la justificación de la okupación (primero en Cataluña, 2019, y luego en el resto del Estado en contexto COVID19, en 2021 y 2022).

III. En este trabajo hemos demostrado que, en la elaboración de algunas normas clave sobre vivienda no se han planteado (y, en su caso, descartado) alternativas legislativas a la adoptada y que, en la mayoría de los casos, no aportan datos sobre la necesidad de la medida. En otros casos, los datos son dudosos (ej. la memoria de la 4/2013 incluso menciona que los datos de pisos vacíos no son fiables); el análisis económico en las memorias normativas y exposiciones de motivos es muy pobre (ej. Ley 4/2013 y RDL 7/2019) y no incorporan cálculos de coste-beneficio. Existen pocos datos sobre la efectiva participación pública, no todas las normas han pasado dicho trámite y, en algunos casos, los *stakeholders* consultados no cubren a todos los grupos afectados ni incluye de ninguna forma a investigadores. Tampoco existe ningún tipo de mecanismo de revisión *ex post*, a pesar de apercibimiento por parte de la OCDE.

IV. Ante esta situación, los investigadores del Derecho estamos llamados a ofrecer soluciones honestas, objetivas y completas a la problemática planteada, tras conocer bien la dimensión de lo que se quiere resolver y la implicación de legislar de uno u otro modo, superando así la improvisación o la influencia de unos y de otros sobre el legislador o la judicatura. Es nuestra obligación luchar por una mejor organización de la comunidad, buscar la verdad y tener como finalidad el ideal de Justicia, como nos recordaba DE CASTRO (1942). Creemos que, para poderlo hacer, es imprescindible que las medidas que acabemos recomendando con el fin de hacer normas eficaces (más allá del mero positivismo de aceptarlas ciegamente) estén basadas en evidencias que no sean subjetivas, para lo que la metodología de *data science*, consistente en el uso de amplias bases de datos y que se sirve de técnicas como el minado de datos, se revela como un instrumento fundamental para fomentar las *evidence-based policies*, todo ello en pro del bien común.

## V. RESOLUCIONES CITADAS

- STC de 14 de mayo de 2015
- STC de 6 de julio de 2017
- STC de 22 de febrero de 2018
- STC de 4 de octubre de 2018
- STC de 14 de febrero de 2019



- STC de 28 de enero de 2020
- STC de 28 de enero de 2021
- AAP Navarra de 17 de diciembre de 2010
- SJM núm. 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010
- AJPI núm. 4 de Sabadell de 8 de mayo de 2013

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ADELLE, C. y WEILAND, S. (2012). Policy assessment: the state of the art. *Impact Assessment and Project Appraisal*, 30 (1), 25-33.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. (2018). Reflexiones epistemológicas sobre la investigación académica en las disciplinas de Derecho positivo. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 21, 77-133.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2021). Ciencia y jurisprudencia en una sentencia inconsistente. *Boletín Informativo Jueces para la Democracia*, enero 2021, 4-7.
- ATIENZA, M. (2021). *Conversatorio web sobre casos difíciles: técnicas de argumentación y análisis de ejemplos*, 11 de febrero de 2021, minuto 12:40, disponible en <https://youtu.be/Bs7Y3OjSfnc>.
- BARKAN, S. BINTLIFF, B. y WHISNER, M. (2015). *Fundamentals of Legal Research*. 10.<sup>a</sup> ed. USA: Foundation Press.
- BOIX PALOP, A. y Gimeno Fernández, C. (2021) *La mejora de la calidad normativa*. Valencia: Publicacions Universitat de València.
- CABALLÉ, G. et al. (2020). *La vivienda compartida en Barcelona y su adecuación a los estándares internacionales*. Sindicatura de Greuges (Defensora del Pueblo) de la ciudad de Barcelona.
- CARRASCO POLAINO, R., VILLAR CIRUJANO, E. y TEJEDOR FUENTES, L. (2018). Twitter como herramienta de comunicación política en el contexto del referéndum independentista catalán: asociaciones ciudadanas frente a instituciones públicas. *Icono 14*, volumen 16 (1), 64-85. doi: 10.7195/ri14.v16i1.1134.
- CHYNOWETH, P. (2008). Chapter three. Legal research. En KWIGHT, A. y RUDDOCK, L. *Advanced research methods in the built environment*. Oxford, UK: Wiley-Blackwell (28-38).
- DE BENEDETTO, M. (2013). Good regulation: organizational and procedural tools. *Italian Journal of Public Law*, Vol. 2, 5, 235-260.
- DE CASTRO, F. (1942). La función de los juristas en el Estado. *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, Vol. 1, 2003, 381-408.
- DE MARCHI, G. LUCERTINI, G. y TSOUKIÁS, A. (2016). From evidence-based policy making to policy analytics. *Annals of Operations Research*. Springer Verlag, Vol. 1, 236, 15-38.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2005). El seguimiento de normas y actos jurídicos. *Revista de Administración Pública*, 167, 97-145.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2016). Que innoven ellos. *Indret*, 2.
- (2022). La evaluación *ex post* de las normas jurídicas. *Almacén de Derecho*, 21 de enero de 2022.

- FRIEDMAN, L.M. (1975). *The Legal System. A Social Science Perspective*. Nueva York: Russel Sage Foundation.
- GARCÍA TERUEL, R.M. (2014). Participaciones preferentes. Un producto complejo en manos de consumidores. *RJC*, 2, 397-429.
- GILL, M. *et al.* (2015). Explicando el comportamiento de la judicatura española. Una revisión crítica de la evidencia empírica. *Economía Industrial*, 398.
- HEAD, B.W. (2010). Reconsidering evidence-based policy: Key issues and challenges. *Policy and Society*, Vol. 29, 2, 77-94.
- HOFFMANN-RIEM, W. (2016). *Innovation und Recht-Recht und Innovation: Recht im Ensemble seiner Kontexte*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- HONG, F.T (2015). Free will: a case study in reconciling phenomenological philosophy with reductionist sciences. *Progress in Biophysics and Molecular Biology*, 119.
- IGLESIAS-ONOFRIO, M. y MARTÍN CABALLO, M. (2020). La gestión de la información doctrinal y su interés para la argumentación de las sentencias: la perspectiva de los magistrados españoles. En CERVILLA GARZÓN, M.D. *Jurisprudencia y doctrina: incidencia de la doctrina en la resoluciones judiciales*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- KENNA, P. *et al.*, *Pilot project - Promoting protection of the right to housing -Homelessness prevention in the context of evictions*. VT/2013/056, European Commission-Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, Publications Office of the European Union.
- LAFORTUNE, G. (2020). *Sustainable development report 2020*, junio, Cambridge: Cambridge University press.
- NASARRE AZNAR, S. (2020a). Lluve sobre mojado: el problema del acceso a la vivienda en un contexto de pandemia, *Derecho privado y Constitución*, 37, 273 a 308.
- (2020b). El control de la renta de los arrendamientos urbanos de vivienda en Cataluña: el riesgo de excluir a los ya excluidos, *Hay Derecho-Expansión*, 29 de octubre de 2020.
- (2020c). *Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2021a). *La gran apuesta. Avaricia. El beneficio sin responsabilidad*. Colección Cine y Derecho, 3. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2021b). La tormenta perfecta que precede a la Ley de vivienda, *Hay Derecho*, 13 de octubre de 2021.
- NASARRE, S., SIMÓN, H. y MOLINA, E. (eds.) (2018). *Un nou dret d'arrendaments urbans per a afavorir l'accés a l'habitatge*, Barcelona: Atelier.
- NASARRE AZNAR, S. y GARCÍA TERUEL, R.M. (2018). Evictions and homelessness in Spain 2010-2017. En Kenna, P. *et al.* *Loss of Homes and Evictions across Europe*. Cheltenham, UK; Northampton, USA: Edward Elgar.
- PICCATO RODRÍGUEZ, O. (2017). *Teoría del Derecho*. México D.F.: Iure.
- RENDA, A. (2006). *Impact Assessment in the EU. The State of the Art and the Art of the State*. Bruselas: Centre for European Policy Studies.
- SALTELLI, A. y GIAMPIETRO, M. (2017). What is wrong with evidence based policy, and how can it be improved? *Futures*, 91, 62-71.

- SANDERSON, I. (2002). Evaluation, policy learning and evidence based policy making, *Public Administration*, Vol. 80, 1, 1-22.
- SIMÓN MORENO, H. *et al.* (2017). Shared ownership and temporal ownership in Catalan Law. *International Journal of Law in the Built Environment*, 2, 63-78.
- SORIANO, R. (1997). *Sociología del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- STEINER, G. (2006), *Los logócratas*. Madrid: Siruela.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1960). La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 30, 249-490.
- VAN ETTEKOVEN, B.J. y PRINS, C. (2018). Data analysis, artificial intelligence and the judiciary system. En MAK, V. *et al.* *Research Handbook in Data Science and Law*. Cheltenham, UK y Northampton, USA: Edward Elgar.
- VON KIRCHMANN, J.H. (1983). *La jurisprudencia no es ciencia*. Trad. A. Truyol Serra, 3ª ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- WHITEHEAD, C. *et al.* (2012). *The Private Rented Sector in the New Century - A Comparative Approach*. Copenhagen: Boligøkonomisk Videncenter.
- ZIELINSKI, D. (1973). *Das juristische Informationssystem*. Berlin/Munich/Boston: De Gruyter.

## NOTAS

<sup>1</sup> Ver, en general, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2019/04/political-leaders-should-stop-caring-about-twitter/588004/>. Sobre otros eventos políticos recientes en nuestro país, ver CARRASCO POLAINO, R., VILLAR CIRUJANO, E. y TEJEDOR FUENTES, L. (2018). Sobre algunas medidas sobre vivienda adoptadas recientemente, les reproducimos algún tweet ilustrativo cuando se iba a aprobar la Ley 11/2020 catalana que establecía el control de renta: por parte del diputado independentista, Josep Costa, en un tweet del 6-9-2020 anunciaba que: «*Si algú interpreta que no sóc partidari d'aprovar-la està molt equivocac. L'hem d'aprovar per deixar en evidència que el Parlament està intervingut, per veure si es publica el text i per deixar en evidència els que ara la defensen i després la portaran al TC i no la compliran*», es decir, era partidario de aprobarla para evidenciar que Cataluña estaba intervenida por España.

<sup>2</sup> Más allá del procedimiento que formalmente debe seguirse para la elaboración de, entre otros, los anteproyectos de ley, previsto en el artículo 26 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1997). Además de lo que iremos viendo en este trabajo, otra evidencia de su ineficacia es el contenido del más reciente Anteproyecto de Ley de vivienda de octubre de 2021, como explicamos en Nasarre, S. (2021b).

<sup>3</sup> Los artículos 25.2 Ley 50/1997 y 130.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015) son mucho menos concretos que el mencionado artículo 26 Ley 50/1997, de lo que se lamenta Doménech G. (2022).

<sup>4</sup> BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2013.

<sup>5</sup> <https://www.airef.es/es/ifis/> (visitado 14 de febrero de 2021).

<sup>6</sup> <https://www.airef.es/es/noticias/la-airef-defiende-que-se-fortalezca-su-autonomia-funcional-el-acceso-a-la-informacion-y-su-funcion-evaluadora-de-las-politicas-publicas/> (visitado 14 de febrero de 2021).

<sup>7</sup> Ivàlua, *L'ús de les avaluacions d'Ivàlua (2008-2016)*, 2018, 5.

<sup>8</sup> <https://ivalua.cat/ca/avaluacio/habitatge/impost-sobre-habitatges-buits-propietat-de-les-entitats-financeres> (visitado 14 de febrero de 2021).

<sup>9</sup> BOE núm. 195, de 15 de agosto de 2015.

<sup>10</sup> ECLI:ES:TC:2019:4.

<sup>11</sup> BOE núm. 166, de 13 de julio de 2015.

<sup>12</sup> Ver en *The Lancet*: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)31713-X/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)31713-X/fulltext) (visitado 14-2-2021).

<sup>13</sup> Res. 24-2-1982, BOE núm. 55, 5 de marzo de 1982.

<sup>14</sup> Ver las fotografías sobre el proceso oclocrático de imposición de un sistema duro de renta controlada en Cataluña y su posible extensión al resto del Estado, oponiéndose a cualquier estudio de impacto existente a nivel internacional que la desaconseja, en: <https://www.aldia.cat/espanya/noticia-sindicat-llogaters-assegura-torra-dona-suport-llei-lloguers-malgrat-cge-20200806185227.html> y <https://fotos.europapress.es/temasactualidad/f3376495/> (visitados 14 de febrero de 2021). Véase que poca diferencia existe con esta famosa fotografía del presidente RODRÍGUEZ ZAPATERO con los presidentes de los principales bancos de España el mismo año de la crisis financiera (2008) (<https://www.20minutos.es/noticia/427402/0/reunion/zapatero/banqueros/>; visitado 14 de febrero de 2021) en lugar de pedirles responsabilidades por lo sucedido con conclusiones como «*el presidente del Gobierno y los responsables bancarios hablaron de las 'buenas prácticas' que tienen los bancos españoles tras los citados 30 años de experiencia en supervisión y control, y coincidieron en que son un ejemplo de solvencia en el mundo*», algo que los afectados por la pérdida de sus viviendas y los jueces se encargarían de desmentir los siguientes años.

<sup>15</sup> Estas son conclusiones de un estudio resultante de 106 respuestas obtenidas de magistrados operando en todas las CCAA en 2018, publicadas en IGLESIAS-ONOFRIO, M. y MARTÍN CABALLO, M. (2020).

<sup>16</sup> [http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos\\_html/TresProblemas.html](http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html) (visitado 14-2-2021).

<sup>17</sup> Fuentes escraches PAH: <https://afectadosporlahipoteca.com/category/propuestas-pah/escrache/page/4/>; Ley de vivienda PAH: <https://afectadosporlahipoteca.com/2017/03/22/ley-de-vivienda-de-la-pah/>; Campaña «Obra Social» (*okupación*) PAH: <https://afectadosporlahipoteca.com/2011/09/04/la-pah-anuncia-nueva-campana/>; Campaña Stop Desahucios PAH: <https://afectadosporlahipoteca.com/2010/04/04/entrevista-de-vilaveb-a-ada-colau-entre-otras-cuestiones-detalla-la-actuacion-de-la-administracion-y-la-violencia-de-los-mossos-de-esquadra-ante-el-desalojo-de-la-familia-de-sabadell/>; propuestas del Sindicato de Inquilinos: <https://sindicatdellogateres.org/es/10-propostes/> (visitados todos 18 de diciembre de 2020).

<sup>18</sup> *Vid. infra* sobre el concepto de «innovación» en Derecho y las demás cuestiones.

<sup>19</sup> Art. 23.6 Ley 2 de diciembre de 1872, relativa a la creación de un Banco español hipotecario y a la forma de satisfacer los intereses de la Deuda exterior é interior (*Gaceta de Madrid*, núm. 338, de 3 de diciembre de 1872, 689).

<sup>20</sup> Recuerden a E. SALGADO, entonces Ministra de Economía, que el 19 de mayo de 2009 pronunciaba la frase: «*En unas semanas veremos los brotes verdes*».

<sup>21</sup> BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2007.

<sup>22</sup> AC 2011/1.

<sup>23</sup> Anteriormente, las consecuencias del incumplimiento del pago de deudas podían ser más radicales, como la muerte y la esclavitud, que comenzaron en nuestra tradición jurídica con la *manus iniectio* en las XII Tablas romanas, cuyo declive se sitúa en la *lex poetelia papiria* del s IV a.C., pero que fueron reapareciendo en diversas ocasiones desde entonces. O la prisión por deudas, presente incluso en la Novísima Recopilación de Carlos IV de 1805 y hasta la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 (TOMÁS Y VALIENTE, F. 1960). Recordemos que en Proverbios 22:7, s. X a.C. ya se enuncia que «*el que toma prestado es siervo del que presta*».

<sup>24</sup> Claves para organizar el 15-M (15 de mayo de 2011), como lo habían sido desde los primeros meses de ese año en las revoluciones del Norte de África (ver <http://www.acordem.org/2011/05/26/movimiento-15-m-que-es-como-funciona-y-a-donde-val/>; visita-

do 14 de febrero de 2021). Véanse aún muchos vídeos de entonces en YouTube de los que se hacían eco los medios de comunicación.

<sup>25</sup> AC 2010/1828.

<sup>26</sup> BOE núm. 177, de 25 de julio de 2015.

<sup>27</sup> BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

<sup>28</sup> BOE núm. 61, de 7 de julio de 2011.

<sup>29</sup> BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2012.

<sup>30</sup> De nuevo, existen aún vídeos en Youtube de aquella época, como <https://www.youtube.com/watch?v=IHJQD99sVEU>, <https://www.youtube.com/watch?v=yDde31YRclo> o [https://www.youtube.com/watch?v=4y1KL3gB\\_fw](https://www.youtube.com/watch?v=4y1KL3gB_fw) (visitados 14 de febrero de 2021).

<sup>31</sup> <https://afectadosporlahipoteca.com/2013/02/12/iniciativa-legislativa-popular-ilp/> (visitado 14 de febrero de 2021).

<sup>32</sup> <https://sevilla.abc.es/provincia/20131116/sevi-familias-ocupas-esta-dispuestas-201311161052.html> (visitado 14 de febrero de 2021).

<sup>33</sup> ARP 2013\865.

<sup>34</sup> BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2020.

<sup>35</sup> BOE núm. 17, de 20 de enero de 2021.

<sup>36</sup> BOE núm. 91, de 1 de abril de 2020.

<sup>37</sup> BOE núm. 52, de 2 de marzo de 2022. El desaguizado consiste en el error de derogar mediante DF 3ª Ley 4/2022 la prórroga del 28 de febrero de 2022 al 30 de septiembre de 2022 que había sido establecida pocos días antes por el RDL 2/2022 y que ha sido recuperada por dicho RDL 3/2022 al derogar esta a su vez lo preceptuado en la Ley 4/2022.

<sup>38</sup> <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Condenados--explotacion-estadistica-del-Registro-Central-de-Penados-/> (visitado 14 de febrero de 2021).

<sup>39</sup> Tipologías 8.2 y 8.3 de la Tabla Ethos de Feantsa (<https://www.feantsa.org/download/ethos2484215748748239888.pdf>); ver, para España, <https://www.feantsa.org/download/spain-20174593655314017659709.pdf> (ambos visitados 14 de febrero de 2021).

<sup>40</sup> ECLI:ES:TC:2018:106.

<sup>41</sup> ECLI:ES:TC:2018:16.

<sup>42</sup> RTC 2015\93.

<sup>43</sup> Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía, BOE núm. 77, de 30-3-2010, 29796.

<sup>44</sup> DL 6/2013, de 9 de abril, BO Junta de Andalucía 11 de abril de 2013, núm. 69.

<sup>45</sup> RTC 2021\16.

<sup>46</sup> Y que, de nuevo, ha sido utilizada políticamente con otros fines por el consejero de la Generalidad de Cataluña, afirmando tuitamente el 24 de febrero de 2021 que «*Amb la sentència del TC que pràcticament elimina el lloguer social obligatori, l'Estat va, un cop més, en contra de la gent de Catalunya. No ens aturarem: cal impulsar una nova llei, amb el mateix contingut, per protegir les persones que han quedat desemparades per l'Estat.*».

<sup>47</sup> De hecho, las «participaciones preferentes» no tienen naturaleza de participaciones, ni son preferentes. Ver García Teruel, R.M. (2014).

<sup>48</sup> OJ L 60, 28 de febrero de 2014.

<sup>49</sup> BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019.

<sup>50</sup> <https://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2020/05/27/5ece5dace5fdeadc058b456d.html> (visitado 15-2-2021)

<sup>51</sup> [https://www.elespanol.com/espana/tribunales/20200523/cgpj-denuncia-primera-bufete-abogados-amenazar-querellas/492201203\\_0.html](https://www.elespanol.com/espana/tribunales/20200523/cgpj-denuncia-primera-bufete-abogados-amenazar-querellas/492201203_0.html) (visitado 15-2021).

<sup>52</sup> EU Commission, «Evaluation of the Mortgage Credit Directive (Directive 2014/17/EU). Final Report», noviembre, 2020.

<sup>53</sup> BOE núm. 271, de 9-11-2018.

<sup>54</sup> Así lo determinó el Banco de España en relación tanto con el RDL 17/2018 como con la Ley 5/2019. Ver Banco de España. Boletín económico 1/2019. Informe trimestral

de la economía española, 2019, 1 a 4; y Banco de España, *Boletín Económico*, 2/2019, junio 2019, 41.

<sup>55</sup> BOE núm. 215, de 8 de septiembre de 2015.

<sup>56</sup> ECLI:ES:TC:2017:95.

<sup>57</sup> BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013.

<sup>58</sup> DOGC núm. 8292, de 9 de diciembre de 2020. Este decreto introduce por vía de urgencia los denominados «alojamientos colaborativos», en plena pandemia, que permite la obtención de la cédula de habitabilidad en pisos de 24m<sup>2</sup>, cuando estos dispongan de 12m<sup>2</sup> de espacios comunes complementarios (comedor, cocina, etc.).

<sup>59</sup> <https://sindicatdellogateres.org/es/> (visitado 15 de febrero de 2021). Sus campañas, además, a menudo van más allá de la defensa de los intereses de los inquilinos (ver el apoyo explícito al rapero P. HASEL el día de su detención en <https://twitter.com/SindicatLloguer/status/1361606575719342081> o a la independencia de Cataluña <https://www.europapress.es/catalunya/noticia-psc-no-tiene-ningun-inconveniente-sindicat-llogaters-ocupe-sede-20190121140810.html>).

<sup>60</sup> Ver el escrache del «Sindicat Habitatge del Raval» entrando en un despacho de abogados de Barcelona ([https://www.metropoliabierta.com/informacion-municipal/sucesos/sindicat-habitatge-raval-abogados\\_31599\\_102.html](https://www.metropoliabierta.com/informacion-municipal/sucesos/sindicat-habitatge-raval-abogados_31599_102.html)) por un asunto de una inquilina de un piso en las Ramblas que llevaba años sin pagar los 300 euros de renta pero que había tenido el piso en Airbnb ([https://www.metropoliabierta.com/distritos/ciutat-vella/maite-ramblas-okupa-piso-airbnb\\_31647\\_102.html](https://www.metropoliabierta.com/distritos/ciutat-vella/maite-ramblas-okupa-piso-airbnb_31647_102.html)) (ambos visitados 15 de febrero de 2021). Ver también la ocupación de la sede de un partido político con el fin de hacerles llegar sus propuestas: <https://www.europapress.es/catalunya/noticia-psc-no-tiene-ningun-inconveniente-sindicat-llogaters-ocupe-sede-20190121140810.html> (visitado 17 de febrero de 2021).

<sup>61</sup> Que luego repetirían a nivel estatal, como hemos reseñado al principio del trabajo.

<sup>62</sup> En Twitter el 9 de septiembre de 2020: «*Habéis firmado. Os estaremos vigilando*» (traducido del catalán).

<sup>63</sup> <https://www.vilaweb.cat/noticies/el-sindicat-de-llogaters-critica-lobstaculitzacio-de-jxcat-en-la-nova-llei-de-lloguers-i-convoca-una-manifestacio/> (visitado 15 de febrero de 2021).

<sup>64</sup> Reino Unido empezó ya en 1980 un proceso para llevar a cabo análisis de impacto de sus políticas públicas y tiene vigente en la actualidad el *Better Regulation Framework* de 2018 Accesible en: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/916918/better-regulation-guidance.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/916918/better-regulation-guidance.pdf)

<sup>65</sup> BOE núm. 100, de 25 de abril de 1980.

<sup>66</sup> OCDE (2000). *Regulatory reform in Spain. The role of competition policy in regulatory reform*. Publicaciones OCDE. Disponible en: <https://www.oecd.org/spain/2508333.pdf> (visitado 16 de marzo de 2021).

<sup>67</sup> BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2017.

<sup>68</sup> BOE núm. 276, de 14 de noviembre de 2017.

<sup>69</sup> BOE núm. 3, de 3 de enero de 2018.

<sup>70</sup> OCDE (2018). *Regulatory Policy Outlook: country profile Spain*, publicaciones OCDE, 30.

<sup>71</sup> Tribunal de Cuentas (2021). *Informe 1.408, de fiscalización del análisis de impacto normativo en los ministerios del área político-administrativa del Estado*. Disponible en: <https://www.tcu.es/repositorio/faae4a65-ae15-4afa-95be-708168592069/I1408.pdf>

<sup>72</sup> <https://www.comunidad.madrid/transparencia/unidad-organizativa-responsable/oficina-calidad-normativa> (visitado 12 de abril de 2021).

<sup>73</sup> Decreto 43/2010, de 7 de octubre, por el que se aprueban determinadas medidas de mejora en la calidad normativa de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. BOCYL núm. 198, de 13 de octubre de 2010.



<sup>74</sup> [https://presidencia.gencat.cat/ca/ambits\\_d\\_actuacio/millora\\_regulacio\\_normativa/recursos/repositori-davaluacions-ex-ante/](https://presidencia.gencat.cat/ca/ambits_d_actuacio/millora_regulacio_normativa/recursos/repositori-davaluacions-ex-ante/) (visitado 16 de marzo de 2021).

<sup>75</sup> BOE núm. 258, 29 de septiembre de 2020.

<sup>76</sup> BOE núm. 164, de 7 de julio de 2018.

<sup>77</sup> Ver la evolución del número de ejecuciones hipotecarias y desahucios, conforme datos del CGPJ y el INE, en NASARRE AZNAR, S. y GARCIA TERUEL, R.M. (2018), 321

<sup>78</sup> Eurostat. *Distribution of population by tenure status, type of household and income group*. EU-SILC survey.

<sup>79</sup> ECLI:ES:TC:2020:14

<sup>80</sup> Seguimos sin entender el porqué. Ver para más detalles el punto siguiente.

<sup>81</sup> Ver más detalles en los puntos siguientes.

<sup>82</sup> Disponible en: [https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura\\_10/spl\\_86/pdfs/2.pdf](https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_86/pdfs/2.pdf) (visitado: 9 de abril de 2021).

<sup>83</sup> Disponible en: <https://servicios.mpr.es/transparencia/VisorDocTransparencia.ashx?data=ENrnqNZd8KaPg%2fdi5H0SDDL2Ck57kkLmldMCHotyKADMkXjqJmCGk9VZ5AO2yI%2fir9bM%2b%2b0%2b2mhySdEzdd1cLz4J%2bWxyrzbXo27D23qmQx6MJfxYEsqfhuuXzQfd22sQyTSIYRAJFsxIHAGljoCBUGE%3d> (visitado: 9 de abril de 2021).

<sup>84</sup> Ver fundamento jurídico 2º de la Sentencia.

<sup>85</sup> [https://presidencia.gencat.cat/ca/ambits\\_d\\_actuacio/millora\\_regulacio\\_normativa/recursos/repositori-davaluacions-ex-ante/](https://presidencia.gencat.cat/ca/ambits_d_actuacio/millora_regulacio_normativa/recursos/repositori-davaluacions-ex-ante/) (visitado: 9 de abril de 2021).

<sup>86</sup> A falta de datos oficiales al respecto, lo que sí se evidencia del último informe anual del Observatorio de Vivienda y Suelo (2019), es que de 2013 a 2018, el número total de viviendas principales (independientemente de su régimen de tenencia) ha incrementado en 244282 viviendas, mientras que en el mismo periodo las viviendas secundarias se redujeron tan solo en un total de 27056. Así, incluso sin saber exactamente el porcentaje de estas que corresponden a viviendas alquiladas, se evidencia que la LAU 2013 no consiguió poner en el mercado de vivienda residencial 8 millones de viviendas secundarias. Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. *Boletín Anual 2019 del Observatorio de Vivienda y Suelo*, 90.

<sup>87</sup> Tal y como se menciona en el preámbulo del RDL 1/2015: «Además, muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor de buena fe, planteándose entonces el fundamento ético de que el ordenamiento jurídico no ofrezca salidas razonables a este tipo de deudores [...]».

<sup>88</sup> Siguiendo la estadística de Eurostat (*Distribution of population by tenure status, type of household and income group*), el texto menciona que el alquiler representaba el régimen de tenencia del 22,9% de la población en 2017, cuando este porcentaje incluye también las cesiones de vivienda a título gratuito o con una renta reducida (ej. alquileres sociales, cesiones de viviendas por familiares en comodato, usufructos, etc.). Además, la exposición de motivos afirma que «según datos de Eurostat, en el año 2017, más del 42% de los hogares españoles destinaban más del 40% de sus ingresos al pago del alquiler». Eso no es posible, dado que el INE publica que solamente un 14.3% de los hogares españoles vive en alquiler y, de estos, en su caso, solo un porcentaje (¿el 42%? ¿fuente?) dedicarían más del 40% de sus ingresos al pago del alquiler.

<sup>89</sup> La exposición de motivos no indica de dónde saca y a qué regiones o ciudades se refiere, ni a qué plazo temporal ni qué motivos lo han causado para afirmar que el precio del alquiler se ha incrementado «en los últimos años en más de un 15%», como tampoco refiere ningún estudio científico ni objetivo que cuantifique el impacto real del alquiler turístico en tal subida de precios, aislado de otros elementos que puedan influir en ello.

<sup>90</sup> De hecho, nadie sabe a ciencia cierta cuánta hay, dónde está localizada, quién y cómo se gestiona, sus características, etc. ni tan siquiera en el parcial informe del Ministerio del ramo en 2020, tal y como se indica en NASARRE AZNAR, S. (2020a), 295 y 296.



<sup>91</sup> Curiosamente, en la tramitación del recurso de inconstitucionalidad del RDL 7/2019 sí que se hace mención por parte del Gobierno de las fuentes que han servido para justificar la necesidad: datos del Observatorio de Vivienda y Suelo del Ministerio de Fomento, de Eurostat, del CGPJ y del INE. Pero ya hemos aludido a las deficiencias de dichas fuentes en las notas precedentes.

<sup>92</sup> La Directiva, en varias ocasiones, da la posibilidad a los Estados miembros de adoptar disposiciones más restrictivas. Así lo menciona, a título de ejemplo, en su considerando 47º, sobre la posibilidad de prohibir que los intermediarios de crédito carguen al consumidor su remuneración.

<sup>93</sup> A nivel de la UE, los diferentes grupos de interés inscritos se encuentran en el Registro de Transparencia: <https://ec.europa.eu/transparencyregister/public/consultation/search.do?reset=&locale=es#es> A nivel estatal, la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia dispone también de una base de datos a tales efectos (<https://rgi.cnmc.es>); y, finalmente, a nivel autonómico, también existen algunas bases de grupos de interés similares, como el Registro de Grupos de Interés de Cataluña ([http://justicia.gencat.cat/ca/ambits/grups\\_interes/](http://justicia.gencat.cat/ca/ambits/grups_interes/)).

<sup>94</sup> <https://participa.gencat.cat/processes/aprovacio-index-referencia-lloguer> (visitado 12 de abril de 2021).

<sup>95</sup> OCDE. Análisis *ex post* de la regulación: Prácticas y lecciones de países de la OCDE. París, OECD Publishing, 2018, 14.

<sup>96</sup> Disponible en: <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:7df7e523-7a89-47b2-8428-71e6fa878f8f/PAN-2020.pdf>

<sup>97</sup> No obstante, aunque no consta que se haya llevado a cabo una evaluación previa o que se prevea incluir mecanismos de evaluación *ex post*, sí que se activó el trámite de consulta pública previa en noviembre de 2020, disponible en: <https://www.mitma.gob.es/el-ministerio/buscador-participacion-publica/consulta-publica-previa-sobre-el-anteproyecto-de-ley-por-el-derecho-la-vivienda>

<sup>98</sup> *Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin (MietenWoG Bln) vom 11. Februar 2020*. GVBl. 2020, 50. Este límite de renta ha sido recientemente declarado inconstitucional por causas competenciales (sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 15 de abril de 2021).

<sup>99</sup> De acuerdo con el artículo 4 de la *Gesetz zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mietenbegrenzung*. Berlín, 22 de febrero de 2020.

<sup>100</sup> Real Decreto Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública. BOE núm. 62, de 11 de marzo de 2020.

<sup>101</sup> <https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2021/03/10/789472-la-regulacion-alquiler-Catalunya- apenas-incide-en-precios-pero-destruye-la-oferta> (visitado 1 de abril de 2021).

<sup>102</sup> Ver el problema del sesgo ideológico y jueces en *twitter* en [https://www.elplural.com/autonomias/andalucia/jueces-tuiteros-ve-plumero\\_246690102](https://www.elplural.com/autonomias/andalucia/jueces-tuiteros-ve-plumero_246690102); o las críticas a la jueza que escenificó ante los medios la entrega de llaves del Pazo de Meirás en <https://www.europapress.tv/politica/530595/1/acto-entrega-llaves-pazo-meiras-estado>. De ahí que el CGPJ tuviera que reaccionar recordando el deber de neutralidad de la judicatura en su participación en medios y redes (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/La-participacion-de-los-jueces-en-entrevistas--coloquios-o-redes-sociales-debe-ser-neutral-para-no-comprometer-la-apariencia-de-imparcialidad-del-Poder-Judicial->) (todo visitado 22 de febrero de 2021)

<sup>103</sup> PICATTO (2017) considera que una interpretación en «equidad» no debe ser confundida con la discrecionalidad, y que el juez se estaría extralimitando. Una resolución en equidad, de acuerdo con el autor, no puede ir en contra del ordenamiento jurídico.

<sup>104</sup> La RAE define (acepción 3ª) investigar como «*[r]ealizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia*».

<sup>105</sup> LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2001).

<sup>106</sup> Más cuando, como afirmó G. STEINER (2006) «*los miembros de la élite intelectual, los mandarines de la universidad y los ratones de biblioteca no están formados en el heroísmo*» y, a menudo, se acomodan en lo «políticamente correcto».

<sup>107</sup> Descrito sucintamente por HONG, F.T (2015) reproduciendo la web <https://webhome.phy.duke.edu/~rgb/Philosophy/axioms/axioms/node44.html> (visitado 23 de marzo de 2021) del siguiente modo: «(...) *the Scientific Method is all about formulating propositions (hypotheses), doing empirical experiments to test them on the basis of data, and then formulating conclusions drawn from the data by the process of statistical inference that might support the hypothesis, contradict the hypothesis, fail to resolve the hypothesis one way or another, lead to new hypotheses (and a new round of funding). They key terms here are hypothesis, data, inference, conclusion liberally interspersed with funding, publication, and paperwork*».

<sup>108</sup> Donde no hay, por ejemplo, diferencia entre el pasado y el futuro, llevando a Einstein a afirmar que el tiempo es una ilusión, a diferencia de la segunda ley de la termodinámica que afirma que el tiempo es una flecha. No puede haber, hoy por hoy, compatibilidad entre el mundo microscópico y el macroscópico. Ver HONG, F.T (2015) 682.

<sup>109</sup> A pesar de que se haya demostrado que este influye en el mundo que nos rodea, el de los objetos de nuestro alrededor, como en el caso de la fotosíntesis o en la replicación genética.

<sup>110</sup> Visto que la objetividad es más compleja, pues la «ciencia» vive en la conciencia humana (HONG, F.T., 2015).

<sup>111</sup> De hecho, este país cuenta, entre otras, con la red *What Works*, dedicada a mejorar la forma en la que el gobierno y otras organizaciones del sector público utilizan evidencias para la toma de decisiones, contando con un centro específico dedicado al sinhogarismo (*Centre for Homelessness Impact*). <https://www.homelessnessimpact.org/>

<sup>112</sup> En el Reino Unido hubo algunos debates relacionados con el concepto de «evidencia» en sí mismo, hasta que la Oficina del Gabinete del Reino Unido aclaró este concepto incluyendo el «*conocimiento experto, investigación pública, investigación existente; consultas con las partes interesadas; evaluaciones de políticas anteriores; resultados de las consultas; cálculo económico de las opciones de políticas; y resultados de modelos económicos y estadísticos*». DE MARCHI, G. LUCERTINI, G. y TSOUKIÁS, A. (2016), 16.

<sup>113</sup> El Parlamento Europeo, en su resolución de 14 de marzo de 2017, definió el *big data* o macrodato como la «*recopilación, análisis y acumulación constante de grandes cantidades de datos, [...] objeto de un tratamiento automatizado mediante algoritmos informáticos y avanzadas técnicas de tratamiento de datos*». Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley (2016/2225(INI)).

<sup>114</sup> Por ejemplo, se podría plantear un reparto diferente de asuntos específico para evitar estos sesgos ideológicos (VAN ETTEKOVEN y PRINS, 2018).

<sup>115</sup> Ver el proyecto de investigación DaSiHo en <http://housing.urv.cat/es/dasiho/> (visitado 12 de abril de 2021).

<sup>116</sup> Con citas en sus sentencias, no de juristas, sino de Obama o Sísifo, que justifican la ejecución limitada a la finca de hipotecas estándar o que crean segundas oportunidades legalmente inexistentes, todo ello generando un contexto de contradicción permanente con la doctrina del Tribunal Supremo, a menudo atacada también por el TJUE.

*(Trabajo recibido el 14 de septiembre de 2021 y aceptado para su publicación el 13 de enero de 2022)*



# DICTÁMENES Y NOTAS



# La tasación de inmuebles hipotecados: el sistema español en el contexto europeo

## *Valuation of properties for lending purposes: the Spanish system in the European context*

por

REBECA CARPI MARTIN

*Profesora Titular de Derecho civil (Esade-Universidad Ramon Llull)*

*RESUMEN:* Este trabajo revisa, en tres aspectos distintos, el marco normativo aplicable actualmente en España a la tasación inmobiliaria con fines hipotecarios. En primer lugar, y por el riesgo de desestabilización del mercado hipotecario que acompaña siempre a esta actividad profesional, se analiza cuál ha sido el impacto de la pandemia en el sector y qué consecuencias negativas podrían prolongarse tras ese impacto, proponiendo la reinterpretación de sus normas reguladoras para neutralizar ese riesgo. En segundo lugar, y a fin de mejorar el conocimiento del conjunto de obligaciones y el marco de responsabilidad de las entidades de tasación, se analiza si la trasposición de la Directiva 2014/17/UE, a través de la Ley 5/2019, se ha realizado plenamente, contrastando, en lo necesario, con la trasposición de la misma norma en ordenamientos jurídicos funcionalmente comparables con el español. Por último, se repasan los estándares internacionales que la Directiva acoge y que forman parte del Derecho interno a través de la misma y de su trasposición para, por último, reflexionar sobre aquellas

características peculiares del Derecho positivo español que lo distinguen de otros sistemas y de su oportuna integración con los estándares internacionales de referencia.

*ABSTRACT: The aim of this paper is to review, in three different aspects, the current legal framework governing appraisal companies and their activity valuing properties for lending purposes in the Spanish system. Firstly, it analyses the impact the pandemic has had on the sector and what negative consequences could remain, proposing the reinterpretation of the law to neutralise the risk of destabilization that is always present in the mortgage market. Secondly it analyses if the transposition of the Directive 2014/17/ EU, through the Law 5/2019, has been fully completed, by contrasting it with the transposition of the same directive in other European countries whose legislations are functionally comparable with Spanish law. Thirdly, the paper reviews the international standards for appraisal companies that the Directive considered reliable standards for the valuation of residential immovable property for mortgage lending purposes and are part of the internal law through the transposition of this Directive. Finally, the paper revises those peculiar characteristics of Spanish law that distinguish it from other legal systems, as well as its integration with the international standards of reference.*

**PALABRAS CLAVE:** Entidades de tasación. Valoración de inmuebles. Responsabilidad profesional. Hipotecas. Armonización del derecho europeo.

*KEY WORDS: Appraisal companies. Property valuation. Professional liability. Mortgages. Harmonization of European law.*

**SUMARIO:** I. IMPORTANCIA ESTRATÉGICA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TASACIÓN PARA EL MERCADO INMOBILIARIO.—II. LA SEGURIDAD JURÍDICA Y SU IMPACTO EN LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS TASADORES.—III. MARCO JURÍDICO DE LA TASACIÓN INMOBILIARIA EN ESPAÑA: 1. CONTEXTO ACTUAL. 2. EVOLUCIÓN NORMATIVA HASTA LA DIRECTIVA 2014/17/UE. 3. LA DIRECTIVA 2014/17/UE Y SU IMPACTO EN EL RÉGIMEN LEGAL DE LAS TASACIONES EN ESPAÑA.—IV. REGULACIÓN EN OTROS PAÍSES EUROPEOS: EL EJEMPLO DE PORTUGAL Y ALEMANIA.—V. LOS ESTÁNDARES PROFESIONALES INTERNACIONALES.—CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—BIBLIOGRAFÍA.



## I. IMPORTANCIA ESTRATÉGICA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TASACIÓN PARA EL MERCADO INMOBILIARIO

La pandemia derivada de la COVID-19 ha impactado en todos los ámbitos de nuestro tráfico jurídico, incluido el sector inmobiliario. A mayor o menor ritmo se va recuperando la normalidad en ese tráfico jurídico inmobiliario y, en conexión con este, se retoma el ritmo en las operaciones hipotecarias (PANA ALVES, FERNÁNDEZ LAFUERZA, PÉREZ ASENJO, 2021, 6)<sup>1</sup>. Pero no está de más recordar que estamos ante un sector que fue especialmente castigado en la crisis de 2008, muy sensible a las fluctuaciones del mercado y a la confianza en el sistema financiero, y de lenta recuperación. Eso justifica dedicarle algo más de atención y asegurarse de que su normalización tras la pandemia es sólida, y se propaga a todas las actividades con él conectadas. Entre esas actividades conectadas se encuentra la tasación inmobiliaria. Tras el inicio de esa crisis de 2008 la tasación inmobiliaria fue señalada como uno de los sectores en el que se habían dado y se daban prácticas coadyuvantes de la burbuja inmobiliaria (NASARRE AZNAR, 2009, 435, NASARRE AZNAR 2011, 2711 y SERRANO DE NICOLÁS, 2012, 345)<sup>2</sup>. Estas prácticas estaban claramente conectadas con un marco legal que se adaptaba con excesiva lentitud a la evolución del mercado, con un laxo control en cuanto al cumplimiento de esa normativa<sup>3</sup> que, aunque lentamente, iba regulando la actividad de tasación inmobiliaria para concesión de préstamos hipotecarios y, finalmente, con una infundada convicción compartida sobre el imparable crecimiento del valor de mercado de los inmuebles.

Es por eso que, a pesar de las lecciones recibidas, planea la duda sobre posibles cuestiones pendientes en el régimen legal de los sistemas de valoración inmobiliaria en España, más aún al analizar la tendencia del sector de la tasación tras la pandemia de 2020. Existe el riesgo de que la resaca de la pandemia generada por la COVID-19 propicie un efecto rebote que prolongue una tendencia a infravalorar mediante tasaciones a la baja. Aunque esa tendencia no ha sido caprichosa, puesto que fue el Banco de España quien recomendó en el año 2020<sup>4</sup> aplicar criterios de prudencia, que eran comprensibles en plena pandemia, si se alarga esa prudencia más de lo necesario puede acarrear un aletargamiento del tráfico inmobiliario<sup>5</sup>, con todo lo que comporta este sector estratégico en nuestro país, tal como ya tuvimos ocasión de comprobar y lamentar durante la cansina crisis financiera.

En una actividad como la tasación, especialmente sensible a las variables financieras y de mercado, resulta esencial que el marco legal, y su aplicación, sean precisos y contribuyan a mantener la estabilidad, dentro de las naturales oscilaciones del mercado, pero sin contribuir artificialmente a agravar o aligerar esas oscilaciones. No podemos olvidar, por otra

parte, la inevitable dimensión subjetiva que esta actividad de valoración de bienes implica. El factor subjetivo es inherente a la tasación inmobiliaria y difícilmente erradicable, tal como reconoce la doctrina (FERREIRA VAZ, 2015, 55-65), pero su posible impacto negativo puede ser neutralizado si se equilibra con las medidas de control oportunas. Entre ellas, la experiencia y profundo conocimiento técnico, por parte del tasador, tanto de los métodos de valoración como del mercado inmobiliario y la zona de ubicación del bien. Pero también la calidad, adaptación e integridad de las normas reguladoras de la actividad. Garantizar a través de esas normas la formación, competencia, independencia y objetividad de los profesionales del sector (GONZÁLEZ NEBREDA, TURMO DE PADURA, y VILLARONGA SÁNCHEZ, 2006, 130)<sup>6</sup> es esencial para dotar al sistema de tasación de coherencia y recursos que reduzcan al mínimo el margen de lo opinable de cada valoración (FERREIRA VAZ, 2015, 60)<sup>7</sup>.

## II. LA SEGURIDAD JURÍDICA Y SU IMPACTO EN LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS TASADORES

Con un régimen legal que defina con claridad el ejercicio de esta actividad se consigue, además, dotar de seguridad jurídica tanto al profesional que tasa como a los diferentes sujetos interesados, directa o indirectamente, en la tasación. Eso fortalece la estabilidad y permite, entonces, conocer cuándo una tasación ha sido incorrecta, por qué motivo, y con qué consecuencias. Esta segunda cuestión de la seguridad jurídica en el marco regulatorio de la actividad de tasación, lejos de ser trivial, puede resultar decisiva en casos concretos. Para muestra de ello, la sentencia que en los albores de la pandemia dictó el Tribunal Supremo. El 16 de enero de 2020<sup>8</sup> nos sorprendió aplicando un rigor, hasta entonces inusual, en el tratamiento de la responsabilidad profesional de una entidad de tasación. Algún precedente existía (como la STS de 18 de julio de 2013<sup>9</sup>), condenando a entidades de tasación a indemnizar a entidades de crédito y/o a solicitantes de préstamos hipotecarios, en casos de actividad negligente resultante en una sobrevaloración del inmueble objeto de hipoteca. Pero la sentencia de enero de 2020 superó, cuantitativa, pero también cualitativamente, lo resuelto en casos anteriores.

En el asunto en cuestión el Tribunal Supremo apreció la existencia de nulidad tanto del contrato de compraventa de dos inmuebles (valorados en 510860 euros cada uno), como del préstamo hipotecario contratado para financiar parcialmente su adquisición, al considerar que existía una conexión funcional esencial entre ambos negocios, que se celebraron en unidad de acto<sup>10</sup>. El origen de la nulidad se encontraba en el error, padecido por el demandante (comprador y prestatario de los contratos declarados nulos), en

una cualidad esencial del objeto. Estimó el Tribunal Supremo que ese comprador prestatario sufrió un error excusable, en el momento de formalizar la compraventa y los correspondientes préstamos hipotecarios, al creer que las fincas poseían estaciones eléctricas que permitían su explotación industrial, lo que les daba un valor mayor que el que tendrían en caso de no tenerlas, como realmente sucedía. Y aunque se constataba la existencia de dolo en la vendedora, que supuestamente engañó al comprador haciéndole creer que esas instalaciones eléctricas existían, se condenó también a la entidad de tasación y al banco prestatario, solidariamente, a resarcir los daños derivados de la nulidad declarada, daños que ascendían a 1 195 412,40 euros. La responsabilidad solidaria de la tasadora tenía su causa, de acuerdo con la sentencia, en su actuar negligente al omitir comprobar, en su informe de valoración de las fincas, si efectivamente existían las estaciones eléctricas necesarias para la actividad industrial. Consideró el Tribunal Supremo que había una relación de causalidad no solo necesaria, sino también suficiente, entre el daño sufrido por el comprador (adquirir unas fincas que no servían para la finalidad pretendida y presente para las partes del acuerdo de compraventa) y el proceder de la tasadora, quien debió haber ajustado su valoración a las características reales de los inmuebles tasados. Su informe generó la convicción en el comprador sobre la adecuación de las fincas al fin pretendido<sup>11</sup>. La tasación, según el Tribunal Supremo, fue determinante de la voluntad del comprador para celebrar la compraventa y el préstamo hipotecario<sup>12</sup>. Se justificó, así, la relación de causalidad entre los daños sufridos por el adquirente de las fincas y el informe de tasación emitido, declarándose la responsabilidad solidaria de tasadora y entidad de crédito, por ser entidades vinculadas societariamente. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que pudiera además derivarse de esta negligencia concretada en el incumplimiento de deberes legalmente especificados como pautas para una tasación diligente.

Tras una lectura sosegada de esa sentencia aparecen dudas, más que razonables, sobre el acierto del Tribunal Supremo al condenar solidariamente a la tasadora y al banco a responder por los daños sufridos por el comprador en un contrato nulo por error en las cualidades del objeto (DEL OLMO, 2020<sup>13</sup>). Sin embargo, y más allá de lo discutible que resulta la decisión final del caso, es innegable que la entidad tasadora fue descuidada en la elaboración de su informe e incumplió las normas que rigen la actividad profesional del tasador, que exigen que el informe elaborado recoja todos los aspectos técnicos y jurídicos que influyen en la valoración del bien. Entre otras, incumplió normas como las de los artículos 8 y 71.1.b y 1d de la ORDEN ECO 805/2003, en su redacción vigente en la fecha de la tasación, que mencionaba expresamente la necesidad de indicar si existen las instalaciones relevantes (como la electricidad), la de indicar si las características

de la construcción permiten o no usos distintos a los existentes, y la de comprobar la licencia de obra y de que se cumple lo allí incluido. A la vista de los preceptos citados, no parece haber duda sobre la negligencia de la tasadora, aunque no sea tan nítida la relación entre los daños reconocidos en este caso en concreto y su conexión con esa negligencia.

A los efectos que aquí nos importan, lo relevante es que constatada, en este caso, la posibilidad de condenar por incumplimiento contractual a los profesionales de la tasación por omitir alguno de sus deberes legales, es oportuno delimitar esos deberes, su contenido y modo de cumplimiento. La clarificación importa tanto a quienes encargan la tasación, como a los propios tasadores, y a los terceros interesados en ese informe, afectados, también, por el cumplimiento o incumplimiento y consiguiente responsabilidad (contractual o extracontractual) derivada de este último. Además, como hemos visto, la reflexión sobre estos deberes y los contornos de su exigibilidad interesan para seguridad y estabilidad de todo el sistema crediticio y financiero.

Las dudas expuestas hasta ahora, pues, invitan a revisar la corrección y coherencia de la normativa actual, el correcto funcionamiento de los mecanismos de supervisión sobre el sector de la tasación y la precisión de sus métodos de valoración de inmuebles, para evitar derivas que, como en aquella crisis, aun siendo reconocibles no fueron atajadas a tiempo. Ahora, además, es oportuno vincular esa revisión a la incorporación al Derecho español de la normativa europea aplicable en esta materia tras la Directiva de 2014/17/EU y su trasposición por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.

### III. MARCO JURÍDICO DE LA TASACIÓN INMOBILIARIA EN ESPAÑA

#### 1. CONTEXTO ACTUAL

En España, junto al Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, sobre el régimen jurídico de homologación de los servicios y sociedades de tasación, la Orden ECO /805/2003 es actualmente la norma que estructura el ejercicio de la actividad de tasación. Sorprende el bajo rango de la norma teniendo en cuenta la envergadura de la actividad que en ella se regula y las consecuencias que su incumplimiento puede acarrear. En esta norma se regula, de manera sistemática, y bastante completa, el ejercicio de la actividad. Incorpora, con especial protagonismo, los principios de prudencia valorativa y de sostenibilidad en las valoraciones con eficacia diferida en el tiempo. En el preámbulo se aclara que la incorporación del

principio de prudencia como base de una metodología estricta y rigurosa de valoración es uno de los motivos determinantes de su promulgación y de la consiguiente sustitución de la norma vigente hasta el momento. A continuación, en el artículo 3.2, se confirma la importancia de este principio de prudencia, que no solo inspira la Orden, sino que también marca su interpretación y sirve para completar su aplicación allí donde sea oportuno. La prudencia valorativa funciona así, en este ámbito profesional, como elemento configurador de la «*lex artis ad hoc*» del sector. Junto a ella, todo un conjunto de principios contenidos en el artículo 3.1 se consagran como criterios de interpretación e integración de las reglas de medición y fijación del valor de los inmuebles que se desarrollan a continuación en esa norma, que se extienden de manera profusa y completa a lo largo de 88 artículos.

A la norma interna se añade lo recogido en el artículo 13 de la Ley 5/2019 que traspuso la Directiva 2014/17/UE. La Directiva insiste en la importancia de asegurar la corrección de las tasaciones, y la ley española incorpora un único precepto sobre la tasación de inmuebles hipotecados, el artículo 13, que se limita a establecer la obligatoriedad de tasar todo inmueble que vaya a servir de garantía a un crédito o préstamo concedido a una persona física, añadiendo que la tasación se realizará por una sociedad o servicio de tasación de una entidad de crédito regulado y/o por un profesional homologado, independiente del prestamista o del intermediario de crédito inmobiliario y utilizando normas de tasación fiables y reconocidas internacionalmente, de conformidad con lo establecido por la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras. La brevedad del precepto y su remisión a la Orden ECO/805/2003 induce a preguntarse si tal vez el régimen vigente antes de la Directiva de 2014 ya cumplía plenamente con las garantías que la misma impone para las tasaciones de inmuebles objeto de hipoteca, y no era necesaria mayor trasposición.

Para despejar esa incógnita es pertinente recordar brevemente la normativa española previa a 2014, y contrastar su contenido con lo que la Directiva establece, a fin de comprobar si efectivamente el Derecho español ya cumplía en 2014 con los parámetros de adecuación que el legislador europeo considera aceptables, y no era necesaria mayor adaptación o si, por el contrario, debía haber sido más diligente y preciso, y actualmente España se encuentra incumpliendo la Directiva en este extremo. Como elemento adicional de confirmación ayudará revisar, brevemente, cómo se ha incorporado la Directiva en los países europeos cuyo régimen en la materia es comparable al español. Es el caso de Portugal y Alemania.

## 2. EVOLUCIÓN NORMATIVA HASTA LA DIRECTIVA 2014/17/UE

Hasta 2014 se produce en el Derecho español una evolución en dos aspectos básicos para cualquier sector de actividad que, como este, sea clave para la seguridad financiera y la estabilidad crediticia: la institucionalización y la profesionalización de la actividad de tasación.

La institucionalización, actualmente culminada, supuso la creación de entidades específicas de tasación para la realización de tal actividad, ya como sociedades (externas a las entidades de crédito), ya como servicios especializados (e internos a las entidades de crédito) de tasación de inmuebles. Fue un proceso progresivo, que se inició con la Ley del Mercado Hipotecario (1981) y el Real Decreto 685/1982, que reguló por primera vez cuándo era imperativo tasar un inmueble que se hipotecaba, cómo realizar esa tasación quién podía realizarla (arts. 28 y 34 a 40).

La creación del sector profesional de la tasación permitió estandarizar los requisitos de acceso al ejercicio de la actividad de tasación, objetivando así el perfil del tasador y asentando un primer nivel de calidad y control de la actividad. Al homogeneizarse el ámbito subjetivo, especialmente tras el RD 775/1997, de 30 de mayo, sobre régimen jurídico de homologación de los servicios y sociedades de tasación, se impuso necesariamente la fijación de metodologías y formas de valoración homogéneas en el sector que pudieran servir de pauta para todos sus profesionales y, al mismo tiempo, de mecanismo de contraste y comparación sobre la corrección de las tasaciones realizadas por cada entidad. A partir de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, se empezó a restringir la posibilidad de que entidades de tasación y bancos constituyesen entidades vinculadas y empezó también a condenarse la práctica habitual, en ciertas tasadoras, de mantener acuerdos con algunas promotoras inmobiliarias (NASARRE AZNAR, 2009, 456), a través del reconocimiento legal del principio de independencia y con él, del control de los posibles conflictos de interés<sup>14</sup>. Este proceso de institucionalización culminó con la Ley 1/2013, con la que si bien no se alcanzó el grado óptimo de independencia real, sí se consiguió, por fin, asentar definitivamente el principio de independencia entre entidades de tasación y bancos (LEIRADO CAMPO, 2009, 86)<sup>15</sup>.

En paralelo a la institucionalización del sector de la tasación se produjo también su profesionalización y, con ella, la acotación de los deberes específicos de todo profesional de la tasación y su régimen de responsabilidades. Sobre esas obligaciones y responsabilidades específicamente reguladas para este sector profesional impacta la instrucción contenida en la Directiva de

2014 cuando establece la necesidad de garantizar «la adecuación de las tasaciones» y sobre ello nos detendremos enseguida. En ese proceso de regulación de la actividad profesional del tasador se estableció como pauta, desde 1994<sup>16</sup>, el principio de la prudencia valorativa. La trascendencia de este importante principio fue escasa en aquel momento, puesto que siguió sin cuestionarse que la base de partida de toda tasación fuese el valor de mercado de los inmuebles, considerando, por definición, que ese valor no podía bajar. Aunque ese criterio se adornaba después con factores de medición adicionales como las diferencias a considerar según se tasaran bienes rústicos o urbanos, edificados o no, y nuevos o usados, no se concretó en la práctica, en modo alguno, cómo podía conectarse la exigencia de diligencia profesional con el principio de prudencia valorativa. Siendo el mensaje principal el de no imaginar siquiera valores inferiores al de mercado, la tendencia a sobrevalorar era inevitable entonces, sobre todo en la tasación de inmuebles que se empezaban a hipotecar, ya en los años 90, por plazos cada vez más largos, raramente inferiores a los 15 años.

La Orden ECO 805/2003 introdujo cambios relevantes, al fijar la distinción entre valor de mercado y valor hipotecario, como bases de valoración distinta, también utilizadas en otros países europeos, como Alemania, Polonia o Portugal. Se plasmaba así un primer intento de armonizar nuestro sistema con el vigente en el ámbito europeo<sup>17</sup>, intensificando con ello la importancia del principio de prudencia. Además de ese paso del «valor de mercado» al «valor hipotecario» como pauta de referencia para la tasación, en 2003 se consagró un decálogo de principios imperativos que rigen desde entonces la actividad de tasación<sup>18</sup>. Algunos de esos principios se habían introducido ya en 1994 (principios de anticipación, de finalidad, de mayor y mejor uso, prudencia, sustitución, temporalidad y valor residual), pero se añadieron entonces tres principios nuevos que cambiaron cualitativamente el impacto de factores aleatorios en la fijación del valor de un bien: los principios de probabilidad, proporcionalidad y transparencia. Se incluyeron en esta norma, además, una serie de obligaciones que sirven para cualificar y precisar el nivel de diligencia de las entidades de tasación, como la obligación de advertencia sobre las posibles disminuciones de valor del inmueble en el futuro (art. 12). Con la reforma en 2007, mediante la ley 41/2007, de la Ley del Mercado Hipotecario, terminó de consolidarse la profesionalización del sector, al disponerse medidas de control público ante determinados comportamientos prohibidos. Se tipificaron entonces una serie de infracciones como graves y muy graves que delimitan desde ese momento los contornos de la diligencia exigible en el sector. Nos interesarán ahora especialmente, dentro de ese régimen de obligaciones e infracciones, las que pueden conectarse directamente con lo dispuesto por la Directiva 2014/17/UE en su considerando 26 y en su artículo 19, y con lo dispuesto por la



Ley 5/2019, en su artículo 13, y que aluden directamente al cumplimiento de la obligación contractual de valorar el inmueble a efectos de tasación utilizando normas fiables e internacionalmente reconocidas. Entre ellas, las que determinan como infracciones graves o muy graves la omisión de prudencia valorativa y de falta de veracidad.

### 3. LA DIRECTIVA 2014/17/UE Y SU IMPACTO EN EL RÉGIMEN LEGAL DE LAS TASACIONES EN ESPAÑA

Volvamos a la regulación europea de 2014. La Directiva no desarrolla con detalle las normas que deben regir la actividad de tasación de inmuebles para fines hipotecarios, pero fija las pautas en esta materia, plasmando la voluntad de la autoridad legislativa europea de reaccionar ante la heterogeneidad del sistema, con medidas que garanticen la calidad y seguridad de las tasaciones en la UE. Resulta revelador, en primer lugar, su considerando 26, que se refiere a la necesidad de realizar una tasación adecuada antes de la celebración del contrato de crédito, especialmente cuando esa tasación tiene como propósito servir de tipo para una futura ejecución del bien hipotecado y siempre que el deudor sea un consumidor. Se alude en ese momento al deber de los Estados miembros de garantizar la existencia de «normas fiables de tasación». Y se define, a continuación, qué requieren esas normas para ser catalogadas como fiables, remitiendo, para ello, a las «normas de tasación reconocidas internacionalmente» y elaboradas por determinadas corporaciones profesionales del sector, como el Comité Internacional de Normas de Valoración (*International Valuation Standards Committee-IVSC*<sup>19</sup>), el Grupo Europeo de Asociaciones de Tasadores (*European Group of Valuers' Associations —TEGoVA*<sup>20</sup>) o la Royal Institution of Chartered Surveyors (*Royal Institution of Chartered Surveyors —RICS*)<sup>21</sup>. Se asume que estas normas garantizan la solidez de la valoración que se realiza conforme a ellas y, con ello, la realidad y fundamentación de las tasaciones resultantes. Añade el considerando 26, ya como desiderátum, la necesidad de garantizar el seguimiento del mercado inmobiliario, en relación sobre todo con la actividad financiera, bancaria y de inversión que conecta con ese mercado inmobiliario. Y, finalmente, como orientación a los Estados miembros, recuerda que las normas sobre tasación, en cada Estado, pueden adoptar la forma de disposición de Derecho positivo, como sucede en España, o la de normas de autorregulación de la actividad de tasación por parte de los colectivos profesionales que la ejercen. Más adelante, de manera ya imperativa, la Directiva incluye una única norma positiva sobre la actividad de tasación, en el artículo 19. En armonía con el considerando 26, el artículo 19 reitera la obligación de los



Estados miembros de velar por la fiabilidad de las normas de tasación de inmuebles residenciales que se sirven de garantía a créditos hipotecarios. Insiste también en la responsabilidad de cada uno para asegurar la competencia profesional y la independencia de los tasadores, a fin de asegurar la imparcialidad y objetividad de las tasaciones.

A la vista está que aunque el legislador europeo mantiene en esta Directiva la preocupación por asegurar la independencia y la profesionalidad de los tasadores, opta por no imponer directamente reglas homogéneas de valoración, dejando a criterio de cada Estado, en forma y fondo, el tipo de normas que regulen la actividad de este sector profesional. Pero el riesgo de dispersión que eso podría incorporar se atenúa precisamente a través de la remisión de la Directiva a las normas de las corporaciones profesionales internacionales. Como veremos enseguida, las normas que diseñan y aplican estas corporaciones profesionales delimitan con firmeza y detalle tanto la actividad de valoración en sí misma como los requisitos de acceso y permanencia en el ejercicio profesional de la actividad de tasación, y funcionan como Derecho vigente, en todos los Estados miembros, a través de la remisión que a las mismas hace la Directiva.

La incorporación de esta Directiva al Derecho español se hizo esperar 5 años, hasta la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En su artículo 13 la Ley 5/2019 se refiere muy brevemente a la tasación de los inmuebles, limitándose a imponer la obligatoriedad de hacer tasación de todo inmueble que vaya a servir de garantía a un crédito o préstamo concedido a una persona física. Añade que la tasación se realizará por una sociedad o servicio de tasación de una entidad de crédito regulado conforme a la Ley del Mercado Hipotecario, y/o por un profesional homologado, independiente del prestamista o del intermediario de crédito inmobiliario, utilizando normas de tasación fiables y reconocidas internacionalmente, y de conformidad con lo establecido por la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo. Algo incómodo debió haber quedado el legislador español con esa escueta fórmula, de incorporación de la Directiva en esta cuestión, que se limita a remitir a normas internacionales fiables y a la regulación interna existente desde 2003. Y, quizá por eso, en la disposición adicional décima de esa misma Ley 5/2019 se añade que *«El Gobierno aprobará en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta norma el régimen de homologación de aquellos profesionales que puedan realizar tasaciones de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de esta Ley»*. La Ley entró en vigor el 16 de junio de 2020, pero aún no se ha producido la revisión de la Orden ECO/805/2003 anunciada ni hay un nuevo régimen de homologación de las entidades de tasación, por lo que podemos concluir que, de momento, el Derecho positivo español vigente en esta materia es el expuesto hasta ahora.

Veamos ahora cómo se regula esta materia en algún otro país de la UE, para adentrarnos más adelante, por último, en el detalle de lo que las normas fijadas por organizaciones profesionales internacionales añaden al estatuto jurídico de los profesionales de la tasación en el ejercicio de la actividad de valoración propiamente dicho, como régimen compartido, de acuerdo con la Directiva, por todos los países de la UE.

#### IV. REGULACIÓN EN OTROS PAÍSES EUROPEOS: EL EJEMPLO DE PORTUGAL Y ALEMANIA

Si repasamos brevemente lo que han hecho otros países de la UE<sup>22</sup>, la situación es heterogénea. Existe una mayoría con normativa nacional específica sobre valoración de bienes en general y/o sobre valoración de bienes para fines hipotecarios en particular, pero también son varios los países en los que se opta por no regular directamente esta actividad y se opta por acoger los estándares internacionales, que luego veremos en detalle, como parámetros suficientes para garantizar la corrección y fiabilidad de las tasaciones que se realicen. Entre los países con normativa estatal propia están Alemania, Dinamarca, Eslovaquia, Francia, Italia, Polonia o Portugal, mientras que entre los que optan por liberar esta actividad y dejar su corrección al amparo de los estándares internacionales se encuentran Bélgica, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, los Países Bajos y Suecia. Además, entre los países con normativa nacional, existe una mayoría que fija, como base de valor, el «valor de mercado», pero no faltan los que usan el parámetro base del «valor hipotecario», y no el «valor de mercado». Entre los que han optado por el valor hipotecario como referencia principal para la tasación de inmuebles con fines hipotecarios se encuentran, además de España, Alemania, Hungría, Polonia, Portugal y la República Checa. Estos países comparten con el régimen jurídico español, por tanto, los dos rasgos que permiten comparar sus modelos con mayor precisión: de una parte, existe en todos ellos normativa interna sobre valoración de inmuebles y, de otra, adoptan como base de valoración el valor hipotecario. De entre todos ellos, Portugal y Alemania son los funcionalmente más comparables con el sistema español, habida cuenta de la proximidad, no necesariamente geográfica, sino más bien social, cultural y económica del primero, y de la trascendencia e impacto político y económico, del segundo, en todos los países de la UE.

En Portugal encontramos una regulación en algunos aspectos similar a la española en esta materia, aunque considerablemente menos detallada. La norma básica que regula el acceso y ejercicio de la profesión de tasador es la Ley 153/2015, de 14 de septiembre<sup>23</sup>, que adaptó en parte la Directiva 2014/17/UE. Junto a esta norma y, con una finalidad similar a la de la Orden

ECO 805/2003, el Aviso 5/2006 del Banco de Portugal define el concepto «valor hipotecario»<sup>24</sup> y menciona los métodos de valoración aceptables. Si bien la definición del «valor hipotecario» es muy similar a la contenida en la Orden ECO/805/2003, el Aviso del Banco de Portugal no regula ni el contenido de los métodos de valoración ni el proceso de valoración y las normas técnicas para la tasación. La ley 153/2015 establece expresamente en su artículo 17 la obligación de los tasadores de aplicar metodologías y prácticas profesionales que garanticen la calidad de sus servicios, y reconoce ese nivel de calidad en los códigos deontológicos de las asociaciones profesionales reconocidas (art. 17.3). De ello resulta, en definitiva, que son los estándares internacionales, reconocidos por la Directiva, los que por remisión legal resultan directamente aplicables a la actividad de valoración propiamente dicha.

Mayor atención merece el sistema adoptado en Alemania. Como en España, en Alemania la trasposición de la Directiva 2014/17/UE al Derecho interno pone el énfasis en la necesidad de garantizar la fiabilidad de las tasaciones de bienes inmuebles que sirvan de garantía en créditos y préstamos de consumo. La Directiva ha motivado que dentro de las normas específicas sobre contratos de préstamo al consumo del BGB se incluya el artículo 505 c). Este artículo contiene, entre las obligaciones de las entidades de crédito, que otorgan préstamos garantizados con hipoteca u otro tipo de carga real a una persona consumidora, la de aplicar estándares confiables en la valoración de bienes raíces residenciales, la de asegurar que los tasadores que realizan las tasaciones inmobiliarias sean técnicamente competentes e independientes del proceso de préstamo para que puedan realizar una tasación objetiva, y la de documentar y almacenar valoraciones de bienes inmuebles, que sirven como garantía para préstamos de consumo de bienes raíces, en un soporte duradero<sup>25</sup>. También en el BGB, y recogiendo lo que dispone el artículo 18. 3 de la Directiva, el artículo 505 b) insiste que la aprobación de un crédito no debe basarse principalmente en el hecho de que el valor de la propiedad residencial exceda el monto del préstamo o en la suposición de que el valor de la propiedad residencial aumentará, salvo que el contrato de préstamo sea para la construcción o renovación de la propiedad residencial. Aun con matices, se trata de una norma muy similar a la que la legislación española contiene en el artículo 11.3 de la Ley 5/2019.

A estas normas introducidas en el BGB se añade, como norma de trasposición de la Directiva, el artículo 18 de la Ley bancaria alemana (*Gesetz über das Kreditwesen- KWG*)<sup>26</sup>. En esta Ley, además de recogerse y desarrollarse los deberes impuestos por la Directiva a los estados y entidades bancarias en relación a la evaluación de la solvencia del prestatario, se reitera lo recogido en el artículo 505 b) del BGB, y se añade la trasposición del artículo 19 de la Directiva que en la Ley 5/2019 española se recoge en

el artículo 13. Aunque el texto alemán no es idéntico al español, puesto que parece hacer más énfasis en la necesidad de garantizar la objetividad e imparcialidad de las tasaciones, podemos considerar que la remisión que la norma española hace a la legislación vigente sobre profesionales de la tasación cubre esa previsión de independencia y objetividad con las mismas o incluso mayores garantías.

Si en el Derecho alemán solo analizamos la trasposición de la Directiva 2014/17/UE, las diferencias con el sistema español no parecen significativas. La conclusión cambia cuando situamos las normas traspuestas en el contexto global del sistema de tasación alemán. Más allá de las normas de trasposición de la Directiva, y propiamente dentro del ámbito de la valoración de bienes, el Derecho alemán cuenta con una regulación completa sobre normas de valoración y tasación de bienes inmuebles, en la que se define y regula de manera sistemática y completa tanto el parámetro del «valor de mercado» como el del «valor hipotecario». En cuanto al valor de mercado, y a partir del concepto básico que ofrece el artículo 194 del Código Federal de la Edificación (*Baugesetzbuch*<sup>27</sup>), la Ordenanza de Valoración de Inmuebles de 2010, conocida como *InnmoWertV* (*Verordnung über die Grundsätze für die Ermittlung der Verkehrswerte von Grundstücken [Immobilienwertermittlungsverordnung]*<sup>28</sup>) está íntegramente dedicada a fijar los principios y métodos para la tasación de bienes inmuebles acotando con precisión el concepto de valor de mercado.

En una ordenanza distinta, y tomando como referencia las pautas marcadas en el artículo 16 de la ley reguladora del mercado hipotecario alemán (*Pfandbriefgesetz [PfandBG]*)<sup>29</sup>, se desarrolla el concepto de «valor hipotecario». Se trata de la Ordenanza para la determinación del valor hipotecario (*Beleihungswertermittlungsverordnung - BelWertV*)<sup>30</sup>, que establece los criterios y métodos para la fijación del valor aplicable cuando la tasación se realiza con fines de préstamo hipotecario.

Sin adentrarnos en los detalles técnicos que cada una de estas normas contempla, se hace visible que la preocupación por separar debidamente la tasación de los bienes en función de la finalidad de cada tasación es prioritaria para el sistema alemán. Es significativo, en primer lugar, que sea la ley reguladora del mercado hipotecario la norma que incluya en su articulado la definición básica del «valor de préstamo hipotecario o valor hipotecario». Tras aclarar en el primer párrafo de su artículo 16 el requisito de la independencia y profesionalidad de quien lleve a cabo la tasación, este artículo 16, en su segundo párrafo, define el valor hipotecario o valor a efectos de crédito hipotecario. Aunque esa definición es muy similar a la contenida en el artículo 4 de nuestra Orden ECO/805/2003<sup>31</sup>, existen dos diferencias fundamentales entre la importancia de este concepto en el sistema alemán y en el sistema español. La primera es que en España esta Orden

ministerial es la única norma que se refiere a este parámetro del «valor hipotecario». Por más que su importancia práctica sea incuestionable, se trata de una previsión reglamentaria, y por tanto de rango menor. El concepto «valor hipotecario o valor del préstamo hipotecario» en el sistema alemán, sin embargo, se ubica en la ley reguladora de valores y bonos hipotecarios, eje básico del mercado hipotecario. La segunda diferencia decisiva se encuentra en el desarrollo detallado y complejo que el sistema alemán contiene de este concepto de «valor hipotecario», en la Ordenanza de determinación del valor de los préstamos hipotecarios (*BelWertV*). Se trata de una regulación, esta sí, de rango reglamentario, que dedica 26 de sus 28 artículos a establecer, partiendo de la definición del valor hipotecario del artículo 16 de la *PfandBG*, los principios, el procedimiento y los métodos para precisar ese «valor» en las operaciones de préstamo y crédito hipotecario<sup>32</sup>. Con ello consigue el legislador alemán deslindar por completo la tasación con fines hipotecarios de la tasación para otras funciones, regulada en una norma distinta en la que el valor de referencia básico es el valor de mercado. Aunque existen coincidencias en algunos criterios y métodos de valoración en ambas regulaciones, es innegable que cada una fija procesos y pautas de evaluación distintas, que conducen a una neta separación entre el valor de mercado y el valor hipotecario<sup>33</sup>. A lo anterior hay que añadir, como ventaja adicional de este sistema regulatorio dual, una variable de difícil medición, pero de claro impacto para el profesional que tasa, cual es la mayor predisposición subjetiva de dicho profesional para cambiar de enfoque cuando realiza tasaciones inmobiliarias con fines hipotecarios frente a los adoptados para las tasaciones inmobiliarias en general. Supone un valioso factor para el control de la subjetividad que siempre está presente en este sector.

## V. LOS ESTÁNDARES PROFESIONALES INTERNACIONALES

Como veíamos antes, aunque la anunciada reforma de la Orden ECO/805/2003 no se ha producido, de momento, eso no impide que la normativa interna deba conjugarse con los estándares internacionales de valoración a los que remite la Directiva, y que se incorporaron al Derecho interno a través del artículo 13 de la Ley 5/2019. Mediante esa norma los estándares internacionales se convirtieron en referente obligado cuando se realiza una tasación de inmuebles que garantizan un préstamo. Aunque el legislador español no ha precisado explícitamente a qué estándares internacionales se refiere exactamente el artículo 13, la Directiva cita como referentes los que fijan tres organizaciones: *the International Valuation Standards Committee (IVSC)*<sup>34</sup>, *the European Group of Valuers' Associations (TEGoVA)*<sup>35</sup> and *the Royal Institution of Chartered Surveyors (RICS)*<sup>36</sup>. A estos estándares

internacionales debe añadirse, además, la vía autorregulatoria emprendida en el sector de la tasación, nacional e internacional, más allá de esas organizaciones, que la propia Directiva autoriza y que se desarrolla en el seno de las diversas organizaciones profesionales, sobre todo tras la crisis de 2008, junto con una importante labor de formación, seguimiento y concienciación para promover la diligencia profesional, la garantía de independencia, la transparencia y el rigor técnico. Desde estas organizaciones profesionales se elaboran y actualizan un conjunto de pautas de actuación y mecanismos de garantía alineados con los parámetros internacionales referentes en la materia (que son los que menciona la Directiva, principalmente), que todos sus asociados están obligados a cumplir. Destacan, entre otras, la Asociación Española de Análisis de Valor (AEV)<sup>37</sup> que publica sus estándares en sintonía con los del *International Valuation Standards Committee* y del *European Group of Valuers' Associations (TEGoVA)*, aunque menciona también como referentes los que elabora la *International Property Measurement Standards Coalition (IPMSC)*. La AEV, como miembro institucional del *International Valuation Standards Council* también incorpora los estándares de esta organización como normas aplicables a todos sus miembros.

Las organizaciones internacionales que la Directiva menciona, a cuyas reglas remite como parámetro de fiabilidad de toda tasación en la UE, son entidades sin ánimo de lucro, conformadas exclusiva o principalmente por profesionales del sector de la valoración de bienes, que se afilian bien directamente, bien a través de sus respectivas asociaciones nacionales, de sus colegios profesionales o de otro tipo de entidades corporativas. Las tres instituciones comparten, entre sus objetivos, el de promover la calidad de las valoraciones que realicen sus miembros, asegurando la consistencia, transparencia y confiabilidad del sector profesional que representan. Para ello ofrecen servicios diversificados a sus miembros, incluyendo actividades de formación y *networking*. Pero su principal objetivo e impacto se encuentra en la creación, difusión y renovación periódica de criterios y pautas de tasación internacionales y homologables a nivel global, que sean rigurosas, objetivas y científicamente contrastadas<sup>38</sup>. En el desarrollo de esa tarea elaboran, actualizan y difunden sus normas con regularidad, incluyendo entre las mismas tanto reglas sobre organización y deontología profesional, como normas sobre condiciones generales en la contratación y normas técnicas de evaluación de los bienes. Son estas últimas normas, y su concordancia con las contenidas en la Orden ECO/805/2003, las que ahora interesan, por ser las que la Directiva reclama como normas «*que incluyen sólidos procedimientos de valoración, con objeto de adoptar métodos y normas de evaluación que conduzcan a tasaciones realistas y fundamentadas de los inmuebles a fin de garantizar que los informes de tasación se elaboren con la adecuada competencia y diligencia profesionales y que los tasadores cumplan*

*determinados requisitos de cualificación y mantengan a efectos de garantía una documentación de tasación adecuada que sea detallada y plausible».*

Sin realizar una revisión detallada de cada uno de los criterios y normas técnicas de valoración que incorporan estos estándares internacionales<sup>39</sup>, es evidente su utilidad y sentido. Se dice que estos estándares fijan grandes principios y pautas generales de valoración, que sirven para que se realicen tasaciones más comprensibles y homogéneas (LÓPEZ y MATEA, 2020, 16), aportando así patrones comparativos a nivel internacional que incrementan, sin duda, la seguridad y estabilidad de las valoraciones que se realizan conforme a ellos.

A lo anterior podemos añadir una utilidad más específica de estas normas internacionales, al menos en su aplicación al sistema español. La Orden ECO/805/2003, como norma de Derecho positivo que impone un modo de actuar, se organiza en forma de preceptos imperativos en todo su articulado, incluyendo en su artículo 3 un elenco de 10 principios que deben seguir las sociedades de tasación inmobiliaria, y que se utilizan como criterios hermenéuticos y de integración del resto de normas que contiene. Por más que esos principios se enumeran y describen con claridad en la Orden, su propia naturaleza integradora y, en cierta forma, programática, hace que su aplicación práctica resulte de difícil precisión. Es ahí donde los estándares profesionales internacionales a los que la Directiva remite resultan de especial utilidad, en la función de dotar de sentido y delimitar la aplicación de esos principios.

Así sucede, por ejemplo, con el principio de finalidad. La Orden ECO/805/2003 incluye este principio aclarando que la finalidad de la valoración condiciona el método y las técnicas de valoración a seguir, de modo que los criterios y métodos de valoración utilizados deben ser coherentes con la finalidad de la tasación que se realiza. Nada más aclara la norma española. En los estándares profesionales internacionales de referencia, la identificación y declaración de la finalidad de la valoración es un deber incluido entre las condiciones del encargo a realizar, que determina de manera esencial el contexto en el que podrá hacerse uso de la tasación y las bases de valoración utilizadas. A través de la plasmación positiva de este deber se desarrolla este principio y se orienta su específica aplicación. Por ejemplo, en los *International Valuation Standards* del IVSC<sup>40</sup> se define qué se entiende por finalidad, y se integra ese concepto tanto en las normas que enumeran el mínimo de competencias que el tasador debe poseer<sup>41</sup> como en las relativas a la correcta realización de la valoración en sí. Se advierte de la obligación de expresar con claridad la finalidad de la tasación, para evitar que la misma se utilice fuera del contexto para el que se ha realizado. Por su parte los *European Valuation Standards* (TEGoVA)<sup>42</sup> advierten sobre la importancia de la finalidad de cada tasación para fijar la base de



valoración que se utilice como referencia en cada caso<sup>43</sup>. Además, reiteran a lo largo de sus pautas la obligación de aclarar siempre la finalidad de la tasación y de aplicar la base de valor asignada a esa finalidad para evitar distorsiones futuras que podrían producirse si se utiliza un informe para fines distintos de los que esa tasación persigue. Con estas previsiones de detalle los estándares profesionales internacionales conectan de manera directa e ineludible la finalidad de la tasación con la base de valor aplicada y con el uso que de esa tasación puede hacerse. En el ámbito de las tasaciones hipotecarias, los estándares profesionales internacionales asumen que si bien la base habitual es el valor de mercado, cuando la tasación tiene como finalidad la de servir en préstamos garantizados con hipoteca la base es, en algunos países, el valor hipotecario, de manera que cuando tal sea la finalidad tanto el parámetro de valoración como la finalidad de la misma están esencialmente condicionados por ese objetivo. Lejos de ser algo meramente programático, esa estricta vinculación entre finalidad de la tasación, la valoración realizada y el uso que se haga de esa tasación debe ser aplicada, en futuros supuestos similares al resuelto en la STS de 16 de enero de 2020 antes comentada. Se podría así impedir que una tasación con fines hipotecarios sirva para fijar el parámetro de medición del daño sufrido por un comprador «despistado», al no ser ésa su finalidad. Parece claro, a la vista de estas normas, que la correcta interpretación del principio de finalidad impediría que una tasación con fines hipotecarios sea automáticamente considerada aplicable a la cuantificación del valor resarcitorio que un comprador «engañado» ha de recibir.

El artículo 3 de la Orden ECO/805/2003 incluye también el «principio de temporalidad», según el cual el valor de un inmueble es variable a lo largo del tiempo. En los *International Valuation Standards* del IVSC este principio se refleja en forma de binomio inseparable bajo la afirmación «*value is time-specific*»<sup>44</sup> cuando se establece la inseparable conexión entre la fecha de realización del informe y el valor estimado para un determinado bien. En coherencia con esta ligazón entre el momento y el valor del bien, las *Valuation Standards* de RICS orientan de manera detallada cómo deben realizarse las revaloraciones y actualizaciones de valoración de un inmueble ya tasado, ilustrando de manera clara la importancia de este principio de temporalidad y la necesidad de adoptar cautelas en este sentido<sup>45</sup>.

Otro de los principios incluidos en la Orden ECO/805/2003 es el «principio de mayor y mejor uso». La aplicación de este principio en una tasación inmobiliaria implica que se deba seleccionar como destino del bien valorado aquel uso que siendo legal y físicamente posible sea económicamente más aconsejable, añadiendo el artículo 3 que cuando se trata de un inmueble edificable lo más aconsejable es considerar como mejor uso su máximo aprovechamiento edificable, es decir, su máxima intensidad edificatoria.



De manera mucho más detallada, los *International Valuation Standards* del *IVSC* incorporan, tras fijar las bases de toda valoración tomando como referencia básica el valor de mercado, un conjunto de premisas de valoración que permiten matizar, atendidas las circunstancias y el uso potencial o real de cada bien, su valor de mercado. Entre esas premisas se incluye la del mayor y mejor uso<sup>46</sup>. Si bien el concepto general que se ofrece sobre qué significa mayor y mejor uso es similar al del artículo 3 de nuestra Orden ECO/805/2003, en los estándares del *IVSC* se aclara, entre otras cosas, que cuando el uso actual y el potencialmente mayor y mejor uso no coinciden, debe tenerse en cuenta el coste de transformación desde el uso actual al mejor uso como parte de la valoración del bien, así como que su mejor uso puede a veces ser equivalente a la ejecución de su valor y que no siempre son coincidentes el mejor uso de un bien individualmente considerado que su mejor uso dentro de un conjunto de bienes con unidad de destino. Al desarrollar el concepto con ese detalle los estándares profesionales internacionales no solo otorgan al profesional de la tasación las pautas para ser preciso, sino que articulan la *lex artis ad hoc* y delimitan el alcance de su diligencia profesional. Eso conduce, en última instancia, a una mayor certeza jurídica para todos los sujetos con un interés legítimo ligado a esa tasación, facilitando también, por supuesto, la tarea judicial de acotación del concepto de diligencia profesional en este ámbito.

Con formulaciones menos explícitas, en los estándares profesionales internacionales también es posible detectar algún otro de los demás principios contenidos en el artículo 3 de la Orden ECO/805/2003. Así sucede, por ejemplo, con los principios de proporcionalidad y transparencia. En cuanto a la proporcionalidad, aparece implícita, por ejemplo, en las previsiones que en las *Valuation Standards* de *RICS* se incorporan dentro de las condiciones de contratación y en las normas sobre bases de valor y supuestos especiales<sup>47</sup>. En cuanto a la transparencia<sup>48</sup>, las concreciones de lo que comporta aparecen en abundancia, pero también aparece formulada como fundamento y garantía esencial de la actividad de tasación tanto en las normas de *RICS*<sup>49</sup> como en los *International Valuation Standards* del *IVSC*<sup>50</sup>.

Finalmente, en algunos casos los estándares internacionales de referencia añaden recomendaciones para una buena praxis sin darles forma imperativa. A pesar de no ser preceptos de obligado cumplimiento, a estas recomendaciones se les asigna de manera explícita la función de servir como criterios que delimitan los contornos de la buena praxis profesionales, y que fijan, así, el nivel esperable de competencia profesional. Algunas de esas recomendaciones también conectan con los principios que la ORDEN ECO /805/2003 incluye en el artículo 3. Así sucede con el «principio de anticipación», que en las *Valuation Standards* de *RICS* se desarrolla a través de la «Orientación sobre la buena praxis de valoración número 42»<sup>51</sup>, en la

que se enumeran las cautelas a considerar cuando se valora un inmueble ligado a una actividad económica, incluyendo, entre otras, la distinción entre el valor de mercado, objetivable, de un inmueble ligado a una actividad económica, y el valor de inversión que ese inmueble tiene para el concreto inversor interesado, o el método para determinar el «potencial comercial futuro» de esos inmuebles ligados a actividades económicas, incluyendo en la valoración de ese potencial comercial el valor adicional que ese bien produciría en manos de un «gestor razonablemente eficiente» y excluyendo los costes imputables simplemente a la falta de habilidad, conocimientos o experiencia del gestor real<sup>52</sup>. Al margen de lo casuístico que el ejemplo pueda resultar, es significativo de la precisión con que estas normas detallan cómo llevar a cabo la evaluación de bienes que son objeto de explotación comercial.

Como último comentario sobre el contenido de los estándares profesionales internacionales, la constatación de que estos estándares, de manera similar a la Directiva, no incorporan ni desarrollan la prudencia y la probabilidad como principios rectores en la valoración de bienes, más allá de la simple mención de la prudencia como elemento presente en el concepto de «valor y/o la renta de mercado o valor hipotecario». En las *Valuation Standards* de RICS aparece referida la prudencia en su glosario inicial cuando al definir el término «valor de mercado» queda introducida como factor relevante en la fijación de ese valor. Y definiendo el «valor hipotecario» las normas del *European Group of Valuers' Associations (TEGoVA)* acuden también a la prudencia como pauta para fijar ese valor hipotecario<sup>53</sup>. Supone una diferencia interesante respecto al Derecho español, en el que prudencia y probabilidad se articulan como parámetros para la valoración de los bienes, integrados en las normas técnicas de manera explícita y con un contenido preciso.

## CONCLUSIONES

El conjunto de normas que rigen la tasación de inmuebles en España, configurado a base de Derecho positivo y de autorregulación, e incorporando los estándares internacionales a que remite la Directiva europea, es suficientemente garantista y fiable. Aunque mejorable en algunas cuestiones, como sería la conveniencia de ubicar los principios y reglas básicas en preceptos de rango legal, y no reglamentario, y procurar una mejor y mayor integración con un cuerpo normativo central como el Código Civil y la normativa hipotecaria, es un sistema coherente y completo, alineado con los criterios que impone el Derecho europeo y comparable al de países europeos de referencia en el sector como Alemania.

A pesar de las virtudes del sistema, es aún una cuestión pendiente la de armonizar debidamente la aplicación del Derecho positivo y los estándares profesionales internacionales, puesto que todavía se manejan como cuerpos regulatorios paralelos no integrados ni conectados en su aplicación de una manera natural. Eso es, con toda probabilidad, tarea de juristas, y no de entidades de tasación, y requiere una mayor atención por parte de la comunidad jurídica.

Como hemos visto antes, el Derecho positivo español reconoce explícitamente la prudencia y la probabilidad entre los principios rectores del sistema de tasación. No hay presencia similar de estos principios ni en la Directiva ni en otros ordenamientos europeos comparables con el español como el alemán o el portugués, que se limitan a mencionar la prudencia, sin darle categoría de principio ni definirla cuando fijan el concepto de «valor hipotecario» o «valor del préstamo hipotecario». Tampoco los estándares internacionales dan protagonismo a estos dos principios. Solo en el Derecho español se formulan como máximas imperativas de aplicación directa a toda tasación y no como simples descriptores del concepto «valor de mercado o valor hipotecario». La definición que de estos principios hace el artículo 3 de la Orden ECO/805/2003 los conecta entre sí de manera clara: la regla de la probabilidad impone que de entre varias valoraciones razonables deba escogerse la más probable. El principio de prudencia va un paso más allá, e implica que, ante varias valoraciones igualmente probables se deba escoger la que asigna al bien un menor valor, entendiéndose así la aplicación de prudencia en un sentido cuantitativo. La configuración dada a estos dos principios en el Derecho español es posiblemente indicativa de que más allá de los aspectos técnicos de la actividad de tasación, armonizados y presentes en igual medida en nuestro país y en el resto de Europa, existen factores de naturaleza discrecional que pueden generar dinámicas de valoración dispares que, para algunos sistemas, como el español, es necesario controlar de manera explícita. Desde ese prisma cabe entender que la prudencia se formule con la precisión que presenta en el artículo 3 como mecanismo para imponer la valoración más baja de entre las varias probables.

Eso no excluye que también llevemos la prudencia más allá, como concepto jurídico indeterminado, y la aproximemos al deber de diligencia profesional. Aceptado que en la Orden ECO/805/2003 se define el concepto de «prudencia» como pauta de valoración dentro del actual régimen normativo de la actividad de tasación, nada obsta a tener igualmente presente que la prudencia, como modo de actuar en el desarrollo de una actividad profesional, es una derivada del deber general de diligencia, como macroestructura que articula el ejercicio correcto, más allá de reglas concretas, de un arte o profesión. Y en ese sentido puede apreciarse su presencia implícita cuando al describirse el principio de probabilidad se toma como presupuesto, en primer

lugar, que se escogerá el valor más probable de entre «varios escenarios o posibilidades de elección razonables», esto es, prudentes. Bajo ese prisma cabe entender que el Banco de España, en marzo de 2020, instase al sector profesional de la tasación a ser prudente en sus valoraciones, aconsejando evitar el uso del método de comparación con inmuebles semejantes, entendiéndolo la prudencia como un comportamiento cauto, sensato y razonable que iba más allá de la simple norma técnica del artículo 3 que simplemente establece la obligación de escoger, de entre varios valores probables de un inmueble, el cuantitativamente menor.

Se puede concluir, a partir de lo anterior, que debe distinguirse la prudencia como comportamiento sensato, y siempre exigible, pero de contornos maleables en función del contexto, y los específicos principios de probabilidad y prudencia incorporados al artículo 3 de la Orden ECO/805/2003, pero que ambos deben combinarse. Esa combinación permite acompasar debidamente la relación entre el valor de mercado actual de los bienes y la proyección de valor futuro que requiere la fijación del valor hipotecario como base de valor para inmuebles que sirven de garantía hipotecaria. Se entiende así jurídicamente fundamentado que se considerase dudosa la probabilidad, durante la pandemia, de que un inmueble pudiera valorarse igual que otros inmuebles, similares en características y ubicación, pero evaluados antes de la pandemia, por lo que la prudencia o sensatez aconsejaba descartar ese método de valoración por comparación y optar por otros métodos que reflejasen un valor intrínseco o más estable del inmueble (método del coste o el de actualización de rentas), escogiendo, si resultaban varios valores probables, el menor de ellos. Superada la pandemia, sin embargo, la recomendación de prudencia del Banco de España se debe reinterpretar y reconducir para mantener su coherencia con el régimen legal descrito, lo que conduce a asumir nuevamente, como valor razonable de un inmueble, el que resulte de su comparación con el valor de inmuebles similares que han sido objeto de transmisión, escogiendo de entre los valores probables resultantes el menor cuando la tasación se haga con fines hipotecarios<sup>54</sup>. Lejos de ser anodina esa matización, la debida fundamentación jurídica de las pautas de actuación que se recomienden y adopten en el sector es esencial para definir si su marco de actuación es estable y pueden prevenirse, con seguridad jurídica, las incertidumbres del entorno.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sección 1.<sup>a</sup>, de 16 de enero de 2020, (Roj: STS 28/2020-ECLI:ES:TS:2020:28).
- STS, Sección 1.<sup>a</sup>, de 18 de julio de 2013, (Roj: STS 4422/2013 ECLI:ES:TS:2013:4422).

## BIBLIOGRAFÍA

- CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). Transparencia «material» y función notarial en la Ley 5/2019 ¿Control, carga o trampa? *El Notario del Siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, número 84, páginas 18-25, disponible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-84/9290-transparencia-material-y-funcion-notarial-en-la-ley-5-2019-control-carga-o-trampa>)
- DEL OLMO, P. (2020). Los dos «pasaban por allí»: alcance de la responsabilidad por una tasación incorrecta. Reglas generales y reglas especiales, *Almacén de derecho*, [En línea], Jun 15 2020, (disponible en <https://almacendederecho.org/los-dos-pasaban-por-alli-alcance-de-la-responsabilidad-por-una-tasacion-incorrecta-reglas-generales-y-reglas-especiales>).
- EUROPEAN GROUP OF VALUERS' ASSOCIATIONS (TEGoVA) (2020). *European Valuation Standards*, [En línea], disponibles en <https://www.tegova.org/>.
- EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION - EUROPEAN COVERED BOND COUNCIL (2017). *Study On The Valuation Of Property For Lending Purposes*, [En línea], disponible en <https://hypo.org/ecbc/press-release/2017-study-valuation-property-lending-purposes/>.
- INTERNATIONAL VALUATION STANDARDS COMMITTEE (IVSC) (2020), [En línea], disponibles en <https://www.rics.org/globalassets/rics-website/media/upholding-professional-standards/sector-standards/valuation/international-valuation-standards-rics2.pdf>.
- FERREIRA VAZ, J. (2015). Real estate appraisal and subjectivity, *European Scientific Journal*, marzo, 55-66.
- GONZÁLEZ NEBREDA, P., TURMO DE PADURA, J. y VILLARONGA SÁNCHEZ, E. (2006). *La valoración inmobiliaria: teoría y práctica*, Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, Unión de Arquitectos Peritos y Forenses de España, Ed. La Ley.
- LEIRADO CAMPO, L. (2009). Las entidades de tasación. En Muñiz, Nasarre y Sánchez Jordán [coordinadores], *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*. Madrid: Edisofer, 75-90.
- LÓPEZ, M.A. y MATEA, M.LL. (2020). El sistema de tasación hipotecaria en España. Una comparación internacional. *Documentos ocasionales*, Banco de España. Eurosistema. [En línea], disponible en <https://repositorio.bde.es/bitstream/123456789/10445/1/do2010e.pdf>.
- NASARRE AZNAR, S. (2009). Los requisitos de los créditos y los préstamos hipotecarios para poder participar en el mercado hipotecario (art. 2.3 Ley 41/2007). En Muñiz, Nasarre y Sánchez Jordán [coordinadores], *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*. Madrid: Edisofer, 421-458.
- (2011). Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 727, 2665-2737.
- PANA ALVES, J.G., FERNÁNDEZ LAFUERZA, L., PÉREZ ASENJO, E. (2021). Evolución reciente de la financiación y del crédito bancario al sector privado no financiero. Primer semestre de 2021, *Boletín Económico*, [En línea], número 3/2021,

- Banco de España, disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/ArticulosAnaliticos/21/T3/Fich/be2103-art28.pdf>.
- PANTALEÓN PRIETO, A.F. (2020). Sobre el artículo 4.2 de la Directiva 93/13. *Almacén del Derecho*, 21 páginas, [En línea], marzo, disponible en <https://almacendederecho.org/sobre-el-articulo-4-2-de-la-directiva-9313>.
- ROYAL INSTITUTION OF CHARTERED SURVEYORS. (2019). «RICS Valuation — Global Standards 2017 jurisdiction guide: Germany», 1st edition, [En línea], disponible en <https://www.rics.org/globalassets/rics-website/media/upholding-professional-standards/sector-standards/valuation/valuation-global-standards-2017-jurisdiction-guide-germany-rics.pdf>.
- ROYAL INSTITUTION OF CHARTERED SURVEYORS. (2020). *Red Book of Global Standards*, [En línea] disponibles en <https://www.rics.org/globalassets/rics-website/media/upholding-professional-standards/sector-standards/valuation/rics-valuation--global-standards-jan.pdf>).

## NOTAS

<sup>1</sup> Según se destaca en el Boletín Económico del Banco de España sobre el primer semestre de 2021, «[l]a evolución reciente de las nuevas operaciones de crédito muestra un perfil de recuperación en la mayoría de los segmentos que sería consistente con la evolución menos restrictiva de la oferta y con el aumento de la demanda de préstamos en el segundo trimestre de 2021 que refleja la EPB. En línea con el mayor aumento de la demanda de fondos de los hogares, el crecimiento del volumen de la nueva financiación ha sido más intenso en los préstamos destinados a este sector y, en particular, en el crédito para adquisición de vivienda» (PANA ALVES, FERNÁNDEZ LAFUERZA y PÉREZ ASENJO, 2021, 6).

<sup>2</sup> En este sentido puede leerse a SERRANO DE NICOLÁS, (2012, 337,357), o NARSARRE AZNAR (2011, 2665, 2737), y 2009, 421, 458.

<sup>3</sup> A pesar de que existían normas que permitían un mayor control de esa actividad, no parecía ser esa la voluntad de la Administración pública y los organismos supervisores.

<sup>4</sup> Según publicaron diversos medios de comunicación, el 20 de abril de 2020 el Banco de España remitió una carta a las principales asociaciones de tasadores en España (AEV y ATASA), recomendando máxima prudencia en las tasaciones inmobiliarias, y aconsejando evitar el uso del método de comparación para realizar tasaciones debido a la elevada incertidumbre existente en ese momento. Entre otros medios, pueden consultarse «El Banco de España exige máxima prudencia en las tasaciones de casas», de Enrique UTRERA, publicado en *Expansión*, el 21 de abril de 2020, (disponible en <https://www.expansion.com/economia/2020/04/21/5e9eab80468aeb952c8b45a4.html>), o «Hipotecas: el covid-19 expulsa del mercado hipotecario a los clientes con menos ahorros por un cambio en las tasaciones», Ana de ALARCOS, publicado en *Idealista* el 21 de mayo de 2020 (disponible en <https://www.idealista.com/news/finanzas/hipotecas/2020/05/21/783060-el-covid-19-expulsa-del-mercado-hipotecario-a-los-clientes-con-menos-ahorros-por-un>).

<sup>5</sup> Se podría dar una ralentización del mercado inmobiliario, aunque menos grave, tal como sucedió tras la crisis iniciada en 2008, pero por causas inversas. Entonces, entre otras, se señaló como causa la sobrevaloración de los inmuebles, que había llevado a un incremento ficticio de su valor de mercado. Ahora, el riesgo de que se ralentice el mercado, por motivos inversos, existe igualmente. Cuando se tasan los inmuebles a la baja el vendedor no suele reducir el precio de venta, salvo en casos puntuales de especial

necesidad. El comprador debe pagar el precio de compra establecido, pero al no poder obtener la financiación que necesita para ello, puesto que la tasación a la baja impide que reciba en préstamo la cantidad de precio requerido, no se produce finalmente la transmisión o, en el mejor de los casos, se retrasa considerablemente.

<sup>6</sup> La crítica a cualquier valoración, el punto débil del trabajo del tasador es la subjetividad, inconveniente que puede amortiguarse si se añaden al rigor y la prudencia, una metodología científica en los procesos, basada en criterios claros y principios firmes. Pero además la subjetividad de la tasación, y su consiguiente relatividad, se objetiviza al trabajar con datos agregados, con muestras representativas, en cantidad y calidad suficiente según criterios estadísticos. (GONZÁLEZ NEBREDÁ, TURMO DE PADURA, y VILLARONGA SÁNCHEZ, 2006, 130).

<sup>7</sup> Los profesionales del sector suelen destacar que toda valoración es una opinión, pero no debe ser una opinión sobre cuál debe ser el precio de un bien, sino cuál es realmente el precio en el mercado: «[T]he practice of valuation is an application, necessarily subjective, tainted by the perception of each appraiser, of the scientific objectives and methods developed by the theory. In this sense, it can be said that —value is an opinion—, not an opinion of what the price should be, but what the market value really is» (FERREIRA VÁZ, 2015, 60).

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 1.ª, de 16 de enero de 2020, (Roj: STS 28/2020-ECLI: ES: TS: 2020:28).

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 1.ª, de 18 de julio de 2013, (STS 4422/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4422).

<sup>10</sup> Se fijó un importe de daños a indemnizar de 1 195 412,40 euros (precio de adquisición, más impuestos y gastos), así como unos daños adicionales de 174 805,26 euros por capital e intereses del préstamo abonados por el prestatario, más los gastos de tasación y 15 516,06 euros en concepto de comisiones, impuestos y aranceles del Registro de la Propiedad. Y todo ello con el importe añadido del interés legal del dinero desde la fecha de presentación de la demanda.

<sup>11</sup> Y afirmó contundente el Tribunal Supremo que «que si la tasación se hubiese efectuado conforme a derecho y conforme a una buena praxis profesional (lo que no ocurrió) la parte compradora habría conocido la imposibilidad de adscribir los bienes al uso industrial (por carecer de instalación eléctrica definitiva), y causa determinante de la ignorancia de la parte demandante fue el deficiente informe de tasación, efectuado por Sivasa, entidad tasadora a la que por cierto había abonado sus honorarios profesionales, si bien había sido designada por el Banco de Santander, entidad a la que estaba vinculada societariamente (hecho probado y no contradicho)».

<sup>12</sup> Es importante aclarar que en el caso en cuestión la parte vendedora de las fincas se encontraba en rebeldía, —y probablemente era insolvente—, y que existía entre esa vendedora y el comprador un inicial contrato (que el Tribunal Supremo califica de promesa bilateral de compraventa), que se formalizó tres años antes de la compraventa y del fatal informe de tasación del que deriva la negligencia de la tasadora. Fue en el segundo contrato, el de compraventa, en el que se tuvo en cuenta el informe de tasación, confeccionado de una parte para cumplir con los requisitos que la normativa del mercado hipotecario exige para que una hipoteca pueda servir como garantía en los títulos en circulación en el mercado secundario, y de otra para cumplir con la previsión de agilizar los procesos de ejecución hipotecaria, puesto que ese valor, como valor acordado por las partes, sirve como tipo de salida en la subasta del bien en caso de ejecución.

<sup>13</sup> Por mucho que estiremos el concepto de causalidad, cuesta ver cómo, habiéndose fijado objeto y precio de esa compraventa en un precontrato firmado tres años antes, puede imputarse el daño derivado de su nulidad al tasador y al banco que tres años más tarde participan de la operación de financiación de la compraventa definitiva. Incluso aceptando el argumento estimado por el Tribunal Supremo para ello, al considerar que fue esa tasación la que impidió al comprador hacer valer la cláusula de arras penales



que incluía el precontrato y que permitía exigir la devolución doblada en caso de incumplimiento del vendedor, no es evidente la causalidad jurídicamente eficiente si se tiene en cuenta, en primer lugar, que parece que existía un previo informe de tasación que aun dando a las fincas compradas el mismo valor de tasación, advertía de la falta de las estaciones eléctricas. Bastaría eso para cuestionar, al menos, la diligencia del comprador y la excusabilidad del error que padece. Si a eso añadimos que el contrato de tasación en virtud del cual se realiza el informe defectuoso se hace con fines hipotecarios (art. 7 de la Ley del Mercado Hipotecario, art. 682.2 LEC, art. 129 LH) parece que el nexo causal entre los daños de los que se hace responsable a la tasadora y al banco y su comportamiento negligente resulta tan difuso como casual, y no causal. Comenta con detalle esta sentencia DEL OLMO, 2020, 1-30.

<sup>14</sup> Al menos un 25% de sus ingresos totales en la regulación inicial de la Ley 41/2007, que fue modificado en la Ley 1/2013 al porcentaje del 10% de sus ingresos totales. Para el cálculo exacto de las cifras a que se refieren esos porcentajes se incluye en el RD 775/1997 de 30 de mayo, sobre Régimen Jurídico de Homologación de los Servicios y Sociedades de Tasación, a través del RD 716/2009, una disposición final tercera que establece que «los ingresos totales sobre los que se calculará el porcentaje del 25% a que se refiere el artículo 3.2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, serán los correspondientes a la media de los de los tres ejercicios anteriores o, si el porcentaje fuera superior, o si se tratase de los obtenidos durante los dos primeros años de actividad, los del último ejercicio. Para dicho cálculo no se tendrán en cuenta los ingresos financieros».

<sup>15</sup> Si bien como ha destacado LEIRADO CAMPO (2009, 86), estos servicios se encuentran «prácticamente extinguidos» y siendo más que evidentes los riesgos que los acompañan, lo que una actuación legislativa de calidad reclamaba era su prohibición total.

<sup>16</sup> Fueron la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y la Orden de 30 de noviembre de 1994, sobre normas de valoración de inmuebles para determinadas entidades financieras las normas decisivas en esa profesionalización del sector. La primera disponía en su disposición adicional décima un conjunto de sanciones aplicables a las entidades de tasación. La segunda inició el diseño de un patrón de diligencia en la actividad de tasación para los ámbitos hipotecario, de los seguros privados y las instituciones de inversión colectiva, estableciendo como pauta común el principio de la prudencia valorativa.

<sup>17</sup> La Orden ECO 805/2003 dice lo siguiente al respecto: algunos desarrollos recientes en el ámbito europeo tienden a diferenciar valor de mercado (el valor en un momento del tiempo) y valor hipotecario (el valor sostenible en el tiempo). Aunque formalmente la Orden de 1994 basaba el cálculo del valor de tasación en el valor de mercado, la obligación de utilizar una metodología estricta y rigurosa basada en el principio de prudencia conducía al cálculo de un valor de tasación equiparable al valor hipotecario. Para subsanar este problema más formal que material se ha introducido en la Orden el valor hipotecario como base para la obtención del valor de tasación de bienes inmuebles para las finalidades hipotecaria y de fondos de pensiones, haciendo explícitas algunas prácticas destinadas a respetar el principio de prudencia.

<sup>18</sup> Artículo 3 Orden ECO 805/2003.

<sup>19</sup> <https://www.ivsc.org/>

<sup>20</sup> <https://www.tegova.org/>

<sup>21</sup> <https://www.rics.org/>

<sup>22</sup> Entre otras fuentes, se pueden consultar, para un repaso a la normativa y prácticas vigentes en cada país, el estudio de realizado por la EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION - EUROPEAN COVERED BOND COUNCIL, 2017, y LÓPEZ y MATEA, 2020, 17.

<sup>23</sup> Disponible en <https://www.bportugal.pt/legislacao/lei-no-1532015-de-14-de-setembro>.

<sup>24</sup> «Por valor do bem hipotecado entende-se o valor comercial do imóvel, determinado com base em critérios de prudência e considerando os aspectos sustentáveis de

longo prazo do imóvel, as condições normais e do mercado local, a utilização corrente e as utilizações alternativas adequadas do imóvel» (Aviso 5/2006 del Banco de Portugal, disponible en <https://www.bportugal.pt/aviso/52006>).

<sup>25</sup> Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), § 505c Weitere Pflichten bei grundpfandrechtlich oder durch Reallast besicherten Immobilien-Verbraucherdarlehensverträgen:

«Darlehensgeber, die grundpfandrechtlich oder durch Reallast besicherte Immobilien-Verbraucherdarlehen vergeben, haben bei der

1. Bewertung von Wohnimmobilien zuverlässige Standards anzuwenden und
2. Sicherzustellen, dass interne und externe Gutachter, die Immobilienbewertungen für sie vornehmen, fachlich kompetent und so unabhängig vom Darlehensvergabeprozess sind, dass sie eine objektive Bewertung vornehmen können, und
3. Bewertungen für Immobilien, die als Sicherheit für Immobilien-Verbraucherdarlehen dienen, auf einem dauerhaften Datenträger zu dokumentieren und aufzubewahren» (<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>).

<sup>26</sup> Disponible en <https://www.gesetze-im-internet.de/kredw/>

<sup>27</sup> Disponible en <https://www.gesetze-im-internet.de/bbaug/BJNR003410960.html#BJNR003410960BJNG005204116>.

<sup>28</sup> Promulgada en mayo de 2010 y disponible en <https://www.gesetze-im-internet.de/immowertv/BJNR063900010.html>.

<sup>29</sup> La Pfandbriefgesetz reguladora de valores y bonos hipotecarios, se promulgó el 22 de mayo de 2005 (<https://www.gesetze-im-internet.de/pfandbg/BJNR137310005.html>).

<sup>30</sup> Promulgada el 12 de mayo de 2006 y disponible en <https://www.gesetze-im-internet.de/belwertv/BJNR117500006.html>.

<sup>31</sup> El artículo 16.2 de la PfandBG establece lo siguiente: «Der Beleihungswert darf den Wert nicht überschreiten, der sich im Rahmen einer vorsichtigen Bewertung der zukünftigen Verkäuflichkeit einer Immobilie und unter Berücksichtigung der langfristigen, nachhaltigen Merkmale des Objektes, der normalen regionalen Marktgegebenheiten sowie der derzeitigen und möglichen anderweitigen Nutzungen ergibt. Spekulative Elemente dürfen dabei nicht berücksichtigt werden. Der Beleihungswert darf einen auf transparente Weise und nach einem anerkannten Bewertungsverfahren ermittelten Marktwert nicht übersteigen. Der Marktwert ist der geschätzte Betrag, für welchen ein Beleihungsobjekt am Bewertungsstichtag zwischen einem verkaufsbereiten Verkäufer und einem kaufbereiten Erwerber, nach angemessenem Vermarktungszeitraum, in einer Transaktion im gewöhnlichen Geschäftsverkehr verkauft werden könnte, wobei jede Partei mit Sachkenntnis, Umsicht und ohne Zwang handelt». Una traducción aproximada y sin valor oficial alguno de esta norma al español podría ser la siguiente: «(2) El valor del préstamo hipotecario no debe exceder el valor resultante de una evaluación cuidadosa de la posibilidad de venta futura de una propiedad teniendo en cuenta las características sostenibles a largo plazo de la propiedad, las condiciones normales del mercado regional y otros usos actuales y posibles. No se deben tener en cuenta elementos especulativos. El valor del préstamo hipotecario no debe superar un valor de mercado determinado de forma transparente y según un método de valoración reconocido. El valor de mercado es la cantidad estimada por la cual un objeto de préstamo podría venderse en la fecha de valoración entre un vendedor que está listo para vender y un adquirente que está dispuesto a comprar, después de un periodo de comercialización razonable, en una transacción en el curso ordinario de negocio, en el que cada parte actúa con pericia, prudencia y sin coacción». En la traducción al inglés que ofrece la *Association of German Pfandbrief Banks* ([https://www.pfandbrief.de/site/dam/jcr:38daf12b-9478-4ba3-adde-dfd0b4cfaf05/2021-06-29%20Pfandbrief\\_Act.pdf](https://www.pfandbrief.de/site/dam/jcr:38daf12b-9478-4ba3-adde-dfd0b4cfaf05/2021-06-29%20Pfandbrief_Act.pdf)), el texto correspondiente a este artículo 16.2 es el siguiente: «(2) The mortgage lending value must not exceed the value resulting from a prudent assessment of the future marketability of a property by taking into account the long-term sustainable aspects of the property, the normal regional market condition as well as the current and possible alternative uses. Speculative elements must not be taken into consideration.

The mortgage lending value must not exceed a market value calculated in a transparent manner and in accordance with a recognized valuation method. The market value is the estimated amount for which a property serving as collateral could exchange on the date of valuation between a willing buyer and a willing seller in an arm's length transaction after proper marketing wherein the parties had each acted knowledgeably, prudently and without compulsion».

<sup>32</sup> Dividida en tres partes o capítulos principales, la *BelWertV* recoge en su primera parte las disposiciones generales y los principios básicos para valorar los bienes con esta finalidad. Especialmente destacables son los artículos 3 y 4, relativos al objeto valorable (el bien inmueble) y los diversos factores a tener presentes en la valoración, entre ellos, los usos del bien, así como los artículos 8 a 25, que componen la parte o capítulo tercero de la norma, y que desarrollan con minuciosidad los métodos de valoración aptos para una tasación hipotecaria.

<sup>33</sup> Así lo constata también RICS en su guía de orientación sobre Alemania «RICS Valuation-Global Standards 2017 jurisdiction guide: Germany», 1st edition, May 2019 (disponible en <https://www.rics.org/globalassets/rics-website/media/upholding-professional-standards/sector-standards/valuation/valuation-global-standards-2017-jurisdiction-guide-germany-rics.pdf>).

<sup>34</sup> <https://www.ivsc.org/>

<sup>35</sup> <https://www.tegova.org/>

<sup>36</sup> <https://www.rics.org/>

<sup>37</sup> Que se hacen en España (<https://www.asociacionaev.org/>).

<sup>38</sup> Esto comporta, a su vez, que formar parte de estas organizaciones otorgue a sus miembros un sello de calidad institucional y profesional que resulta actualmente casi imprescindible. Las sociedades de tasación que pueden tasar inmuebles con fines hipotecarios deben estar homologadas por el Banco de España. Actualmente son 32 las homologadas, según publica el Banco de España en su Registro de Entidades 2021 (disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/SGE/regis/ficheros/es/ren184.pdf>). Todas ellas forman parte de la Asociación Española de Análisis de Valor (AEV) y, directamente o indirectamente, de las organizaciones profesionales internacionales que elaboran los distintos estándares considerados de referencia por la Directiva.

<sup>39</sup> Pueden consultarse en su texto íntegro y última versión los *European Valuation Standards 2020*, disponibles en <https://www.tegova.org/>, los *International Valuation Standards, 2020*, del *IVSC* (<https://www.rics.org/globalassets/rics-website/media/upholding-professional-standards/sector-standards/valuation/international-valuation-standards-rics2.pdf>), y el *Red Book of Global Standards, 2020*, (<https://www.rics.org/globalassets/rics-website/media/upholding-professional-standards/sector-standards/valuation/rics-valuation--global-standards-jan.pdf>).

<sup>40</sup> *International Valuation Standards 2020*, 9.

<sup>41</sup> Competence: 50.1. Valuations must be prepared by an individual or firm having the appropriate technical skills, experience and knowledge of the subject of the valuation, the market(s) in which it trades and the purpose of the valuation (*ibidem*, 12).

<sup>42</sup> «The valuer must establish the purpose for which the valuation is required before using any basis of value other than Market Value» (*European Valuation Standards 2020*, 23 y 43).

<sup>43</sup> *International Valuation Standards, 2020*, 16, 23, 25 y 34.

<sup>44</sup> «On the valuation date» requires that the value is time-specific as of a given date. Because markets and market conditions may change, the estimated value may be incorrect or inappropriate at another time. The valuation amount will reflect the market state and circumstances as at the valuation date, not those at any other date» (*International Valuation Standards, 2020*, 24).

<sup>45</sup> Entre otras, el deber de realización una nueva inspección del bien que se reevalúa, y la advertencia al propietario de ese bien de la necesidad de esas revisiones, así como

de la responsabilidad que la exención de las mismas comporta para ese propietario y de las limitaciones que la falta de reinspección comportará si la tasación quiere hacerse valer frente a terceros (ROYAL INSTITUTION OF CHARTERED SURVEYORS, 2020, 40-42).

<sup>46</sup> Under most bases of value, a valuer must consider the highest and best use of the real property, which may differ from its current use (see IVS 104 Bases of Value, para 30.3). This assessment is particularly important to real property interests which can be changed from one use to another or that have development potential), *International Valuation Standards*, 2020, 104.

<sup>47</sup> Normas técnicas y de ejecución de la valoración: VPS1, letra k y VPS4, epígrafes 9 a 11, respectivamente (ROYAL INSTITUTION OF CHARTERED SURVEYORS, 2020, 36-37 y 58-61).

<sup>48</sup> El de la transparencia es el principio que menos atención merece aquí, puesto que su desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico, incluidas las no siempre claras reformulaciones jurisprudenciales del mismo, ha sido extenso, y ha merecido por ello un consistente trato por parte de la doctrina. A ello se une, por eso mismo, que su análisis a fondo en el contrato de tasación merece una reflexión autónoma que no es la que se aborda en esta reflexión. Baste recordar que la transparencia, incorporada como control de incorporación en los contratos de adhesión por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), transitó hacia una naturaleza híbrida al distinguirse la transparencia formal, propia en ese control aplicable a todo contrato con condiciones generales, y la transparencia material, aplicable específicamente a los contratos con consumidores como control de abusividad, en desarrollo de lo previsto por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, y a través de una prolija y bien conocida actividad de la jurisprudencia que arrancó, en nuestro país, con la ya casi legendaria sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (ECLI: ES: TS: 2013: 1916) que declaró la nulidad de las cláusulas suelo abusivas. Esa transparencia material se plasma en los actuales artículos 5.5 de la LCGC, y 83 párrafo segundo del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU). El desacuerdo con que se ha ubicado el principio de transparencia material en esas normas ha sido comentado por relevantes autores, como CÁMARA LAPUENTE (2019, páginas 18-19), o PANTALEÓN PRIETO (2020, 1-2).

<sup>49</sup> *Ibidem*, páginas 1 y 2 entre otras.

<sup>50</sup> *International Valuation Standards*, 2020, 1 y 6.

<sup>51</sup> ROYAL INSTITUTION OF CHARTERED SURVEYORS, 2020, 84-90.

<sup>52</sup> «When assessing future trading potential, the valuer should exclude any turnover and costs that are attributable solely to the personal circumstances, or skill, expertise, reputation and/or brand name of the existing operator. However, the valuer should reflect additional trading potential that might be realised by an REO taking over the property at the valuation date» (*ibidem*, 87).

<sup>53</sup> EUROPEAN GROUP OF VALUERS' ASSOCIATIONS-TEGóVA, 2020, 23 y 43.

<sup>54</sup> De manera muy parecida, pero mucho antes del momento actual, se pronunciaban sobre la prudencia GONZÁLEZ NEBREDA, TURMO DE PADURA Y VILLARONGA SÁNCHEZ (2006, 113), al precisar que «[v]alorar con prudencia no significa que hay que valorar a la baja, sino con coherencia dentro de la realidad del mercado inmobiliario en el que no encontramos a la fecha de la valoración y con la información más amplia que disponemos del mismo».

*(Trabajo recibido el 24 de noviembre de 2021 y aceptado para su publicación el 13 de enero de 2022)*



# DERECHO COMPARADO





# Contratos pendientes de ejecución y el COVID-19: los remedios ofrecidos por el Código Civil italiano en clave comparada

## *Contrats and COVID-19: the remedies offered by the Italian civil Code in a comparative perspective*

por

GIOVANNA MARCHETTI  
*Profesora ayudante Doctora de Derecho civil  
Universidad de Padova (Italia)*

**RESUMEN:** El trabajo se ocupa de la problemática de las alteraciones sobrevenidas causadas por el COVID-19 en los contratos. Compara los sistemas jurídicos italiano y español y el Derecho contractual europeo. En la primera y segunda parte, cuestiona si los remedios generales de imposibilidad de cumplimiento y excesiva onerosidad son útiles y eficaces. En la última parte, se aborda la renegociación del contrato. El estudio analiza si este remedio es aplicable en Italia y España, donde los Códigos Civiles no prevén la obligación de renegociar el contrato, y aborda su eficacia para los desafíos que plantea la pandemia y, en general, para las circunstancias imprevisibles y sobrevenidas.

**ABSTRACT:** *The essay deals with the problem of unforeseen circumstances caused by COVID-19 in contracts. It compares the Italian and Spanish*

*legal systems and European contract law. In the first and second part, the author questions if general remedies of impossibility of performance and excessive onerosness are useful and effective. In the last part the author deals with the renegotiation of the contract. The essay analyses if the remedy is applicable in Italy and Spain, where no obligation to renegotiate the contract is provided by Civil Codes, and deals with the effectiveness of this remedy for the challenges of the pandemic and in general for unforeseen circumstances.*

**PALABRAS CLAVE:** Contratos. Excesiva onerosidad. Derecho comparado. Renegociación.

**KEY WORDS:** *Contracts. Hardship. Comparative law. Renegotiation.*

**SUMARIO:** I. COVID-19 Y CONTRATOS PENDIENTES DE EJECUCIÓN: EL INTERÉS QUE PRESENTA EL DERECHO ITALIANO PARA ESPAÑA.—II. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA NO IMPUTABLE DE LA PRESTACIÓN: ASPECTOS PROBLEMÁTICOS Y UTILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL REMEDIO EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ITALIANAS. 1. EL PROBLEMA DE LAS OBLIGACIONES PECUNIARIAS. —III. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LA FIGURA ITALIANA DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIDA Y LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* ESPAÑOLA: 1. LA EXCESIVA ONEROSIDAD ANTE LAS CONSECUENCIAS DE COVID: LAS RAZONES DE LA LIMITADA UTILIDAD DEL REMEDIO.—IV. EL DEBER DE RENEGOCIACIÓN EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ITALIANAS: 1. EL REAL DILEMA: EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE RENEGOCIACIÓN Y LA UTILIDAD DEL REMEDIO PARA LAS CONSECUENCIAS DE COVID-19.—V. CONCLUSIONES.—VI. RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. COVID-19 Y CONTRATOS PENDIENTES DE EJECUCIÓN: EL INTERÉS QUE PRESENTA EL DERECHO ITALIANO PARA ESPAÑA

Hace ya dos años que la pandemia provocada por el COVID-19 irrumpió en nuestras vidas. En Italia, la situación ha sido dramática desde el principio y la emergencia sanitaria, económica y social, aunque mitigada, aún no nos abandona.

Durante estos años, todos los sectores se han enfrentado a una cuestión que requiere una respuesta urgente: ¿tenemos los remedios necesarios y suficientes para hacer frente a las consecuencias de la crisis provocada por la pandemia?

Todos los sistemas jurídicos mundiales han quedado lógicamente afectados igualmente por esta crisis sanitaria global<sup>1</sup>. En efecto, la pandemia ha golpeado el corazón del sistema sanitario y económico italiano y, en particular, ha tenido y continúa teniendo un fuerte impacto en los contratos pendientes de ejecución. Las medidas destinadas a contener el contagio adoptadas por el Gobierno impusieron restricciones a la circulación de personas, y llevaron al cierre total, durante casi dos meses, de todas las actividades comerciales, salvo aquellas destinadas a la producción y el suministro de bienes y servicios esenciales. Por lo tanto, es inevitable que el desastre económico tenga consecuencias sobre la suerte de los contratos en curso y sobre la regular ejecución de la relación contractual.

En Italia, en lo que respecta particularmente a los arrendamientos comerciales —uno de los sectores que más ha pagado el precio de la tragedia sanitaria y económica que estamos viviendo—, los tribunales han debido ocuparse del problema de la vigencia de la obligación de pagar la renta por parte del arrendatario que no ha podido, y que aún, a veces, no puede, disfrutar del inmueble arrendado para desarrollar la finalidad comercial a la que estaba destinado<sup>2</sup>.

Después dos años de la pandemia, que aún no se detiene, la pregunta que los juristas italianos se hacen desde el inicio de COVID-19 sigue siendo de actualidad: ¿el Código Civil italiano tiene los «anticuerpos»<sup>3</sup> necesarios para responder a esta situación de emergencia e impedir que se inicien contiendas judiciales interminables para gestionar estas contingencias sobrevenidas en los contratos?

Intentaré responder a esta pregunta remitiéndome a las normas generales previstas en el Código Civil italiano para la gestión de las alteraciones contractuales por causas sobrevenidas y no, en cambio, a las normas introducidas por la denominada «legislación de emergencia» por dos motivos diferentes. En primer lugar, desde que el Consejo de Ministros, el 31 de enero de 2020, declarara el estado de emergencia por la epidemia del coronavirus, las disposiciones específicas que se han ido dictando, presentan un ámbito de aplicación limitado a ciertas tipologías contractuales, no pudiéndose, en consecuencia, aplicar con carácter general<sup>4</sup>. Asimismo, en el panorama italiano el problema de la gestión de las alteraciones por causas sobrevenidas se discutía mucho antes del inicio de la pandemia. La emergencia de COVID-19 no ha hecho más que reavivar el foco de atención sobre el tema, dejando claro que una respuesta eficaz no puede

esperar más. De ahí la utilidad de cuestionar la eficacia y la razonabilidad del marco normativo contenido en el Código para la gestión de las contingencias sobrevenidas y extraordinarias<sup>5</sup>, sobre todo ante los retos presentados por el COVID-19.

Llegados a este punto, el lector se preguntará: ¿cuáles son las razones que justifican el interés para el Derecho español del estudio acerca de la idoneidad de los remedios previstos en el Código Civil italiano para hacer frente a las consecuencias de COVID-19 en los contratos pendientes de ejecución y, en general, a las alteraciones por causas sobrevenidas? Pues bien, el Código Civil italiano parece ofrecer unos remedios más eficaces, aunque solo sea porque, a diferencia del Código Civil español, regula de forma positiva, tanto la imposibilidad sobrevenida no imputable de la prestación, cuanto la excesiva onerosidad sobrevenida<sup>6</sup>.

En realidad, desde una perspectiva práctica, no hay grandes diferencias entre ambos ordenamientos, ya que la jurisprudencia española conoce y aplica la cláusula *rebus sic stantibus* desde antiguo y la doctrina siempre se ha cuestionado (en estos tiempos de pandemia ha resurgido lógicamente el debate) la conveniencia de introducir la norma en el régimen jurídico de las obligaciones<sup>7</sup>. Desde esta perspectiva, es interesante para los operadores españoles la verificación de la utilidad del remedio de la excesiva onerosidad sobrevenida que prevé el Código Civil italiano para hacer frente a las consecuencias de COVID-19 y en general a los eventos sobrevenidos.

También es útil el debate impulsado desde hace tiempo por la doctrina italiana sobre la existencia de una obligación de renegociar el contrato. En el ordenamiento jurídico italiano no existe ninguna norma que imponga a las partes la obligación de renegociar el contrato en caso de contingencias excepcionales<sup>8</sup>.

Parte de la doctrina ha avalado desde los años noventa la idea de que, antes de llegar a la resolución del contrato, consecuencia de los efectos perjudiciales de las alteraciones sobrevenidas, el ordenamiento debe favorecer soluciones tendentes a conservar el vínculo contractual, mediante un reajuste del contrato que puede surgir, bien de la renegociación entre las partes, o, subsidiariamente, del pronunciamiento del juez, quien tiene la facultad de valorar si la modificación del entramado de obligaciones acordado por las partes es practicable, o si deba decretarse inexorablemente la resolución del contrato<sup>9</sup>.

La tesis se basa en una relectura de la disciplina de la excesiva onerosidad que, como veremos, en el artículo 1467, párr. 3, del Código Civil italiano, permite a la parte no afectada por la alteración a evitar la resolución mediante la oferta de modificación justa del contrato y en la obligación de buena fe en el cumplimiento de la cual derivan una serie de obligaciones colaterales, como, por ejemplo, las de información y cooperación, entre las que figuraría precisamente también la obligación de renegociación<sup>10</sup>.

Una solución de este tipo no es excéntrica en el contexto español: el Código Civil tampoco prevé la obligación de renegociar, pero su base puede identificarse sin dificultad en el principio de buena fe contractual previsto en el artículo 1258 del Código Civil español siguiendo un camino similar al propuesto por la doctrina italiana<sup>11</sup>.

El segundo párrafo del artículo 13 de los Principios ELI para la crisis de COVID-19 también se refiere a la buena fe y establece que si, como resultado de la crisis provocada por el COVID-19 y las medidas adoptadas durante la pandemia, el cumplimiento de las obligaciones se ha vuelto excesivamente difícil y/u onerosa, los Estados deberían garantizar que, de conformidad con el principio de buena fe, las partes emprendan renegociaciones, aunque esta opción no se halle contemplada en el contrato o en la legislación vigente<sup>12</sup>.

Una sugerencia que es válida, por tanto, para Italia y España. Pero la pregunta verdaderamente relevante, a mi juicio, es otra: suponiendo que, si la prestación deviene excesivamente onerosa, la buena fe impone a las partes la obligación de renegociar, ¿quedan con ello realmente resueltos todos los problemas? ¿O quizás el aspecto más controvertido y delicado sea no tanto determinar el fundamento de esta obligación, sino más bien su funcionamiento?

En el presente trabajo se intentará dar respuesta a esta y otras cuestiones, tratando de ofrecer a los estudiosos y profesionales españoles una visión de síntesis de la disciplina prevista por el Código Civil italiano para la gestión de las alteraciones sobrevenidas de las relaciones contractuales, así como una valoración de su eficacia y razonabilidad ante los retos del COVID-19.

## II. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA NO IMPUTABLE DE LA PRESTACIÓN: ASPECTOS PROBLEMÁTICOS Y UTILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL REMEDIO EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ITALIANAS

Para analizar los problemas abiertos sobre el terreno de los contratos por COVID-19, es útil aislar los dos momentos que han marcado el desarrollo de la pandemia desde sus inicios hasta hoy.

Las diversas fases de *lockdown*, caracterizadas por el impedimento de las actividades comerciales, por el bloqueo de la circulación de personas, bienes y servicios, ha llevado, en particular, a la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable a las partes.

De modo similar a lo dispuesto en los artículos 1182 a 1186 del Código Civil español, la institución se regula en los artículos 1256 y sigs. del Código Civil italiano como causa de extinción de las obligaciones. La imposibilidad sobrevenida es también una de las causas de resolución de

los contratos a título oneroso, según los artículos 1463 y siguientes del Código Civil italiano.

El periodo posterior al *lockdown*, caracterizado por la reanudación parcial de la actividad, acompañada de los gastos necesarios para garantizar el cumplimiento de las medidas sanitarias y, en especial para algunos sectores, por una drástica reducción de los ingresos, ha desembocado en la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida. Esta figura está regulada en el Código Civil italiano en los artículos 1467 y sigs.

Comencemos con el análisis de la imposibilidad sobrevenida no imputable de la prestación<sup>13</sup>.

Según lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil italiano, la obligación se extingue si la prestación deviene imposible por causas no imputables al deudor. En los contratos a título oneroso, según el artículo 1463 del Código Civil italiano, la parte liberada por la imposibilidad de cumplimiento no puede pedir la contraprestación y debe devolver lo recibido. La consecuencia de la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento es, por tanto, la extinción de la relación contractual. En efecto, ninguna norma establece que el contrato se resuelva una vez que la ejecución contractual se ha vuelto imposible, pero esto se desprende del hecho de que las normas sobre la imposibilidad contingente están contenidas en el Código Civil italiano, en el capítulo XIV sobre la resolución del contrato<sup>14</sup>.

Para la aplicación de este remedio, la jurisprudencia considera necesario la concurrencia de algunos requisitos: 1) se necesita que los hechos que causen la imposibilidad de la prestación sean ajenos a la voluntad del obligado; 2) que esos hechos no sean razonablemente predecibles, conforme a una diligencia media, en el momento de la asunción de la obligación; 3) que el deudor haya agotado todas las posibilidades para tratar de cumplir regularmente<sup>15</sup>.

La emergencia epidemiológica derivada del COVID-19 es, sin duda, una causa de imposibilidad sobrevenida de la prestación. La pandemia puede constituir, según los casos, una imposibilidad *de facto* (pensemos en el artesano que tiene que realizar un trabajo de reparación y se encuentra hospitalizado por haber contraído el virus o en cuarentena) o una imposibilidad por *factum principis*, es decir, una forma de imposibilidad, consecuencia de las medidas del Gobierno por las que se prohíbe el ejercicio de actividades no esenciales, y limita la libre circulación de bienes y personas<sup>16</sup>.

Es importante destacar que lo expuesto se aplica a los contratos concluidos antes de la pandemia y en curso de ejecución en el momento de su aparición, y no a los contratos destinados a ser concluidos y ejecutados después del inicio de la epidemia. La razón de ello radica en que el COVID-19, una vez manifestado, ha perdido el carácter de imprevisible que, como hemos visto, constituye un requisito necesario para la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

La disciplina dictada por el Código Civil italiano sobre la imposibilidad sobrevenida tiene, no obstante, una utilidad limitada con respecto a algunos de los problemas planteados por la pandemia.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que no pocas veces, la pandemia no se ha traducido en una imposibilidad definitiva, sino solo en una imposibilidad temporal.

Según la disciplina prevista en el artículo 1256 del Código Civil italiano, se exime al deudor de su responsabilidad por el retraso en el cumplimiento, a menos que ya no se pueda considerar al deudor como obligado a cumplir, o el acreedor no tenga más interés en recibir la prestación, en cuyo caso el contrato se extingue<sup>17</sup>.

En caso de imposibilidad temporal de una de las prestaciones, la cuestión principal se refiere a la suerte de la contraprestación no impedida por las medidas de restricción: nos debemos preguntar si mientras perdura la imposibilidad temporal de llevar a cabo una de las prestaciones, la otra parte debe o no cumplir con la suya.

La disciplina de las obligaciones y la de la imposibilidad sobrevenida en los contratos no ofrece una indicación explícita al respecto, ni tampoco la denominada legislación de emergencia. El artículo 91 del Decreto Ley número 18 de 2020, de alcance general<sup>18</sup>, ha introducido el párrafo 6 bis al artículo 3 del Decreto Ley número 6 de 2020 COVID-19, donde está previsto que el respeto de las medidas de contención, es siempre causa de exclusión de la responsabilidad del deudor, en virtud de los artículos 1218 y 1223 del Código Civil italiano, por incumplimiento o retraso en el cumplimiento<sup>19</sup>. No se dice, sin embargo, si el acreedor privado de acción contra el deudor, puede o no suspender el cumplimiento de la prestación.

Aceptado que no parece justo, ni responde al canon de buena fe, cargar enteramente al acreedor las consecuencias económicas de la pandemia, se puede responder al interrogante propuesto en términos positivos, reconociendo al acreedor la posibilidad de oponer la excepción de incumplimiento regulada en el artículo 1460 del Código Civil italiano<sup>20</sup>, y suspender la ejecución de su prestación, a pesar de que las dos situaciones no sean perfectamente superponibles en lo que hace a la finalidad perseguida y los presupuestos exigidos<sup>21</sup>.

Parte de la doctrina sostiene, en cambio, que es preferible prever un «congelamiento legal de la relación contractual», es decir, un «*estado de suspensión bilateral de la relación contractual, que perdure durante todo el estado de alarma*» como efecto indirecto de la inmunidad del deudor, prevista por el legislador a través de la disposición del artículo 91 del Decreto Ley número 18 de 2020<sup>22</sup>.

Una vez más, ninguna de las normas del Código Civil italiano regula la eventualidad en la que exista, no una imposibilidad para el deudor de

cumplir su prestación, sino, por el contrario, una imposibilidad sobrevenida, no imputable al acreedor, de disfrutar aquel de la contraprestación debida por este, en todo o en parte, según el tipo de uso que *ex fide bona* da sentido al contrato.

La jurisprudencia, desde antiguo, ha equiparado la imposibilidad de prestar a la imposibilidad de utilizar la contraprestación, y ha reconocido la aplicabilidad de las normas sobre imposibilidad sobrevenida. Frente a la imposibilidad de beneficiarse de la contraprestación opera, por lo tanto, la resolución del contrato o, si se verifica una imposibilidad solamente parcial, la parte que lo sufre puede pedir una reducción de la prestación que está obligada a cumplir (art. 1464 CC italiano)<sup>23</sup>.

Concebido así el remedio de la imposibilidad parcial de disfrutar de la prestación, puede resultar útil en relación con determinados casos durante la fase de *lockdown* y, en particular, para los arrendamientos de bienes inmuebles destinados a uso comercial<sup>24</sup>, especialmente allí donde se coordinan la norma sobre la imposibilidad parcial de la prestación (art. 1464 CC italiano) y sobre la imposibilidad temporal (art. 1256 CC). La interpretación sistemática de estas normas permite conseguir el resultado de una reducción temporal de la renta debida, que cesará cuando el disfrute de la prestación vuelva a ser posible<sup>25</sup>.

Es posible afirmar, y la solución ha sido avalada por una parte de la jurisprudencia<sup>26</sup>, que el arrendatario de un contrato de arrendamiento de un inmueble para uso comercial, que no haya podido desarrollar su actividad a causa de las medidas restrictivas del Gobierno, que han obligado al cierre de los negocios, se ha encontrado en una situación de imposibilidad temporal de disfrutar al menos en parte de la prestación correspondiente al arrendador (la puesta a disposición del inmueble para ejercitar la actividad comercial). Es cierto que el arrendatario ha continuado teniendo el inmueble a su disposición, pero es evidente que no ha podido utilizar el inmueble al menos en parte para la finalidad con la que el contrato de arrendamiento se celebró. La aplicación conjunta de los artículos 1256 y 1464 del Código Civil italiano ha permitido al Tribunal de Roma llevar a cabo una reducción del alquiler en un 70%, para los dos meses del bloqueo total de la actividad de venta, debido al cierre del centro comercial arrendado<sup>27</sup>.

## 1. EL PROBLEMA DE LAS OBLIGACIONES PECUNIARIAS

Especialmente delicado es el problema de la exigibilidad de las obligaciones pecuniarias, que surgió en ambas fases de *lockdown* y *postlockdown*.

A este respecto, lo primero que debe aclararse es que, en sentido estricto, la prestación de una suma de dinero no se hace imposible (*genus non perit*).



De ahí la inaplicabilidad de la regulación sobre la imposibilidad<sup>28</sup>. A la luz de la pandemia de COVID-19, esto ha sido reafirmado por la jurisprudencia. En cuanto a la renta, se ha excluido que la obligación de pagar la renta se haga imposible como consecuencia de la pandemia y de las medidas restrictivas adoptadas por el Gobierno, dada la naturaleza de bien fungible del dinero. Ni siquiera los impagos atribuibles a condiciones subjetivas del obligado, como su incapacidad de pago, pueden considerarse relevantes a efectos de imposibilidad sobrevenida<sup>29</sup>.

Sobre la base de lo anterior, cabe preguntarse si, al menos en algunos supuestos, es posible excluir, temporal o parcialmente, la exigibilidad de la prestación con base en los cánones de buena fe y equidad<sup>30</sup>. Pensemos en el caso de un contrato de arrendamiento habitacional en el que el arrendatario, durante las fases más agudas de la pandemia, ha encontrado enormes dificultades para pagar el alquiler debido a la drástica reducción de sus ingresos económicos.

En situaciones similares a estas, se podría, a través de una evaluación realizada caso por caso, invocar la aplicación de la regla general de buena fe y la exactitud en el cumplimiento de las obligaciones (art. 1175 CC italiano) y en la ejecución de los contratos (art. 1375 CC italiano), para afirmar que la prestación es temporal y/o parcialmente inexigible por razones de objetiva dificultad de cumplimiento<sup>31</sup>. Aunque una solución de este tipo debe manejarse con cuidado, no pudiendo traducirse *sic et simpliciter* en el traslado de las consecuencias perjudiciales de la pandemia de una parte contratante a otra, no parece excéntrica en el escenario actual, especialmente en razón de la difusa valoración de la cláusula general de buena fe como instrumento que permite restablecer el equilibrio contractual afectado por la pandemia<sup>32</sup>.

Igualmente útil, si no más, es la vía de la renegociación del contrato por las partes contratantes, de manera que, aún permaneciendo la exigibilidad de la prestación pecuniaria debida, venga a ser restablecido el equilibrio contractual, afectado por la alteraciones sobrevenidas, y las consecuencias financieras perjudiciales no sean soportadas en su totalidad por una sola de las partes contratantes. En cualquier caso, le renegociación será objeto de análisis detallado más adelante.

### III. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LA FIGURA ITALIANA DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIDA Y LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* ESPAÑOLA

La pandemia y, en particular, la alternancia entre fases de *lockdown* y reaperturas caracterizadas por una reducción parcial de las actividades y, en

especial para algunos sectores, por una drástica reducción de los ingresos, ha desembocado en la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida.

Se trata de un escenario en el que también se ven implicados los contratos cuya ejecución no se vio impedida en modo alguno durante la fase de *lock-down*, pero la pandemia y las medidas de contención afectaron negativamente a la ejecución de una de las partes y la hicieron excesivamente onerosa.

El artículo 1467 del Código Civil italiano establece que los contratos con contraprestaciones de ejecución continua o periódica o de ejecución diferida pueden ser resueltos si la prestación de una de las partes deviene excesivamente onerosa debido a la ocurrencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles<sup>33</sup>. La excesiva onerosidad afecta tanto a los contratos de tracto sucesivo como, en general, a los contratos que prevén un cierto lapso de tiempo entre su perfección y ejecución<sup>34</sup>.

Los remedios contra la onerosidad excesiva sobrevenida solo operan si se dan las siguientes condiciones: 1) el cumplimiento de al menos una de las dos prestaciones debe ser diferido con respecto a la celebración del contrato; 2) la prestación no debe haber concluido aún cuando se vea afectada por la onerosidad; 3) la onerosidad debe ser excesiva, es decir, no debe entrar dentro del riesgo normal del contrato (en italiano «alea normale»); 4) la onerosidad depende de la ocurrencia de hechos sobrevenidos, extraordinarios e imprevisibles.

La doctrina ha afirmado que la reconstrucción de la *ratio* del remedio oscila entre una concepción subjetiva que ve su fundamento en la voluntad presunta o implícita de las partes de condicionar la estabilidad del compromiso a la estabilidad del contexto en el que se ejecuta, y una concepción objetiva, según la cual el remedio opera contra un defecto de la causa, alterado por el desequilibrio que la excesiva onerosidad produce entre la prestación y la contraprestación<sup>35</sup>.

Una vía argumentativa análoga también ha sido seguida por la doctrina española, aunque, como se ha dicho, el código civil español no regula este instituto.

Se debe a la jurisprudencia del Tribunal Supremo la creación de la figura similar de la cláusula *rebus sic stantibus*, así como la identificación de las condiciones para su funcionamiento y los remedios aplicables<sup>36</sup>.

La doctrina española no solo ha contribuido a este proceso de creación de la figura, sino que ha cuestionado el fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>37</sup>. Según las doctrinas subjetivistas, el fundamento de la cláusula debe encontrarse en la voluntad implícita de las partes de incluir en el contrato una cláusula que lo haga depender del mantenimiento de las circunstancias existentes en el momento de su conclusión. Por el contrario, las teorías objetivistas ligan la cláusula *rebus sic stantibus* al principio de buena fe y al fallo sobrevenido de la causa del negocio<sup>38</sup>.

Concretamente, el fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus* ha sido identificado por esta segunda doctrina en la causa concreta, entendida como el «propósito práctico conocido y aceptado implícitamente por las partes, conforme a la naturaleza y circunstancias concretas de cada negocio»<sup>39</sup>. Esta tesis se basa en la suposición, que se puede corroborar, de que la relevancia de la causa como instrumento de control de la autonomía privada no se limita a la fase de creación del vínculo, sino que se extiende también a la fase posterior<sup>40</sup>. También los requisitos de la regla *rebus sic stantibus* son sustancialmente similares a los aplicados en el contexto italiano. Para la operatividad de esta figura se requiere: que la relación obligacional sea de cierta duración y en curso de ejecución; que la excesiva onerosidad del contrato se produzca y su finalidad sea irrealizable; que la excesiva onerosidad se deba a eventos sobrevenidos, extraordinarios e imprevisibles en el momento de la estipulación del contrato<sup>41</sup>.

En el Derecho italiano y español, la excesiva onerosidad relevante puede consistir bien en un aumento del coste de la prestación debida (la doctrina italiana habla de excesiva onerosidad directa) o bien en una disminución del valor o *utilitas* de la contraprestación (la doctrina italiana habla en estos casos de excesiva onerosidad indirecta)<sup>42</sup>.

#### 1. LA EXCESIVA ONEROSIDAD ANTE LAS CONSECUENCIAS DE COVID: LAS RAZONES DE LA LIMITADA UTILIDAD DEL REMEDIO

Con respecto a los contratos en curso de ejecución, la pandemia y las medidas de contención correspondientes pueden hacer que la prestación sea excesivamente onerosa.

Como resultado de las medidas restrictivas establecidas por el Gobierno y del cumplimiento de determinadas medidas de seguridad, en muchos casos se han verificado un aumento de los costes de la prestación debida.

En otras situaciones, en cambio, se puede producirse una disminución del valor de la contraprestación.

Se puede cuestionar si esta situación se produce como resultado de la pandemia en detrimento de un arrendatario de un inmueble arrendado con fines comerciales.

La prestación debida por el arrendatario no se ha convertido en sí misma en excesivamente onerosa, siendo nominalmente inalterada y de valor inalterado. Al contrario, se plantea la cuestión de si lo que ha disminuido es el valor de la prestación del arrendador, lo que puede socavar el equilibrio original entre las prestaciones «pago de la renta-disfrute del inmueble» y puede justificar, por tanto, la aplicación de los remedios previstos en el panorama italiano por el artículo 1467 del Código Civil italiano y la cláusula *rebus sic stantibus* en el ámbito español.

La pregunta parece tener que ser respondida en términos negativos <sup>(43)</sup>, ya que, como se ha dicho, hay una reducción temporal del disfrute que el arrendatario puede obtener del contrato, y, por lo tanto, un «cambio cualitativo» pero no cuantitativo en la prestación del arrendador<sup>44</sup>.

En cualquier caso, incluso asumiendo la posibilidad de aplicar el recurso en cuestión, hay que observar la diferencia de resultados con respecto a la solución ofrecida por una parte de la doctrina y jurisprudencia italiana anteriormente ilustrada. Mediante la aplicación conjunta de las normas sobre la imposibilidad parcial de cumplimiento (art. 1464 del Código Civil italiano) y sobre la imposibilidad temporal (art. 1256 del Código Civil italiano), se reconoció el derecho del arrendatario de un contrato de arrendamiento comercial, que no podía llevar a cabo su actividad debido a las medidas restrictivas del gobierno y que se encontraba sin poder disfrutar durante cierto tiempo de algunas de las utilidades derivadas del contrato, a obtener una reducción temporal de la renta<sup>45</sup>.

Si el caso se enmarca en el ámbito de la excesiva onerosidad indirecta sobrevenida, según la legislación italiana el arrendatario no tiene derecho a solicitar una reducción de la renta.

El artículo 1467 del Código Civil italiano permite a la parte que sufre la excesiva onerosidad exigir la resolución del contrato, pero no su modificación, que puede tener lugar si la parte contra la que se pide la resolución ofrece volver a la equidad (véanse los párrafos primero y tercero del art. 1467).

En consecuencia, si el caso entra en el ámbito de la excesiva onerosidad, el arrendatario perjudicado por el sobreprecio indirecto solo puede demandar la resolución del contrato, ni su contenido puede ser modificado por el juez <sup>46</sup>. El arrendador puede evitar la resolución ofreciéndose a renegociar las condiciones del contrato conforme al principio de equidad, pero no está obligado a hacerlo<sup>47</sup>.

El arrendatario se encuentra a merced de la decisión del arrendador, decisión que no puede rechazar, ya que es el juez quien valora la equidad de la oferta y la vuelta a la equidad pone fin a la única razón por la que el ordenamiento jurídico reconoce el derecho a obtener la resolución del contrato.

Esta solución sacrifica el interés de la parte afectada en la continuación de la relación y es precisamente el carácter caduco del remedio previsto en el artículo 1467 del Código Civil uno de los puntos débiles de la disciplina italiana de excesiva onerosidad ante las consecuencias del COVID-19.

En cambio, según la reconstrucción de la jurisprudencia española de la cláusula *rebus sic stantibus*, su aplicación da lugar a una modificación del contrato y solo en última instancia a su resolución<sup>48</sup>.

Desde el punto de vista de los remedios, la jurisprudencia española se acerca más que la italiana al Derecho contractual europeo, en el que el *Draft*

*Common Frame of Reference* (art. III-1:110) y los *Principles of European Contract law* (art. 6:111) muestran una preferencia por las soluciones modificadoras en lugar de las demolidoras en caso de que el cumplimiento sea excesivamente oneroso. Lo mismo ocurre con los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (véanse los arts. 6.2.2 y 6.2.3).

Se volverá sobre este punto seguidamente. En primer lugar, queremos destacar otros aspectos críticos de las normas italianas sobre la superación de la excesiva onerosidad con respecto a los desafíos impuestos por el COVID-19.

De acuerdo con el artículo 1467 del Código Civil italiano, la onerosidad contingente solo es relevante si es excesiva y la ley identifica el umbral a partir del cual la onerosidad se vuelve excesiva en el riesgo normal del contrato. Tal es el tipo y «*la medida del riesgo que la parte asume implícitamente con el contrato*»<sup>49</sup>.

Por lo tanto, el remedio no puede aplicarse a los servicios que se ven dificultados por la actual situación de pandemia, que por razones relacionadas con la desaceleración del comercio y los suministros, así como las variaciones de los costes inducidas por la emergencia sanitaria, resultan *más onerosos* pero *no excesivos* en el sentido del artículo 1467 del Código Civil italiano<sup>50</sup>.

Para que exista una excesiva onerosidad en el sentido del artículo 1467 del Código Civil italiano, es necesario que se verifique una «explosión objetiva del valor y un aumento del coste de la prestación a realizar» o una disminución, igualmente de peso, del valor de la prestación a recibir en el mercado<sup>51</sup>.

Se trata de requisitos estrictos, interpretados de forma restrictiva por la jurisprudencia italiana, que restringen el ámbito de aplicación del remedio. Si en tiempos de «normalidad» esto trae causa de que la excesiva onerosidad sobrevenida constituye una derogación de los principios *pacta sunt servanda* y la fuerza de la ley del contrato, debe cuestionarse si tiene sentido que deba aplicarse de la misma forma en tiempos de pandemia.

¿Cuál es entonces la respuesta a la pregunta de si la excesiva onerosidad es una cura eficaz para los contratos afectados por el COVID-19? La respuesta es que solo es parcialmente útil, y ello por varias razones.

Un primer límite a su utilidad lo constituye la rigidez de los presupuestos aplicativos del artículo 1467 del Código Civil italiano.

Una segunda limitación se debe al hecho de que según la disciplina prevista en el artículo 1467 del Código Civil italiano, la consecuencia de la excesiva onerosidad es la resolución, sin perjuicio del derecho del contratante contra el que se solicita la resolución a restablecer el contrato en equidad. Esta crítica no puede hacerse a la cláusula *rebus sic stantibus* tal y como la ha modelado la jurisprudencia española y a la disciplina sobre el cambio de circunstancias de cuño europeo e internacional: en ambos casos se prefieren las soluciones que mantienen la relación y modifican el contrato.

Sin embargo, existe una limitación común de estos instrumentos, especialmente en tiempos de pandemia: la parte perjudicada por la onerosidad excesiva que le supone el mantenimiento del contrato no tiene derecho a suspender el cumplimiento de su obligación. Tal es el caso igualmente de los Principios UNIDROIT (véase el art. 6.2.3). El artículo 1467 del Código Civil italiano no dice nada al respecto, pero la doctrina italiana lo excluye y la española también<sup>52</sup>.

#### IV. EL DEBER DE RENEGOCIACIÓN EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ITALIANAS

En el ordenamiento jurídico italiano y español no existe ninguna norma que imponga a las partes la obligación de renegociar el contrato en caso del acaecimiento sobrevenido de contingencias excepcionales.

La ausencia de una obligación de renegociar en el articulado del Código Civil italiano y español, marca la distancia de los ordenamientos jurídicos con respecto a otros sistemas, como, por ejemplo, el alemán, (véase el § 313 del BGB), el francés (véase el art. 1195 CC) y el argentino (véase el art. 1091 CC y *comercial de la nación*), así como con respecto al Derecho contractual europeo, en el que los principales textos de *soft law* prevén el derecho de la parte perjudicada por la causa sobrevenida, a solicitar la renegociación del contrato<sup>53</sup>.

Los Principios UNIDROIT de los contratos comerciales internacionales también prevén que cuando se produzca una situación de excesiva onerosidad, la parte desfavorecida tendrá derecho a solicitar una renegociación (véase el artículo 6.2.3)<sup>54</sup>. En caso de que no se llegue a un acuerdo entre las partes, cualquiera de ellas puede dirigirse al tribunal, que está facultado para resolver o modificar el contrato con el fin de restablecer su equilibrio original. Es útil subrayar en este momento, aunque esta cuestión se retomará más adelante, que según el artículo 6.2.3 de UNIDROIT la solicitud de renegociación no da a la parte desfavorecida el derecho a suspender el cumplimiento.

El Código Civil italiano no ignora remedios correctivos del desequilibrio generado en el desarrollo de la relación por circunstancias imprevistas sobrevenidos, y contiene algunas normas que prevén la posibilidad de hacer una corrección o una modificación del contrato al producirse una contingencia. Piénsese, por ejemplo, en el artículo 1664 del Código Civil italiano, que en materia de contrato obras y servicios, prevé el derecho del contratista y del cliente a revisar el precio si se ha producido un aumento o una disminución del costo de los materiales o de la mano de obra.

De la misma forma, el artículo 1467 del Código Civil italiano, relativo a la excesiva onerosidad sobrevenida, prevé que se evitará la resolución si la parte demandada ofrece modificar el contrato conforme a la equidad.

De modo que no existen obstáculos, en principio, contra la posibilidad de que el contrato no se resuelva, sino que se modifique.

A faltar de una norma que lo prevea expresamente, la existencia de la obligación de renegociar el contrato es discutida y sigue siendo excluida por una parte de la doctrina italiana<sup>55</sup>.

Ya antes de la emergencia acaecida por el COVID-19, el legislador italiano no ignoraba la necesidad de intervenir en este asunto. El proyecto de ley número 1151 de marzo de 2019 elaborado por el Senado, que contiene la «delegación al Gobierno para la revisión del Código Civil», enunciaba el objetivo de prever el «derecho de las partes en los contratos que se hayan vuelto excesivamente onerosos por causas excepcionales e imprevisibles, a exigir la renegociación de buena fe o, en caso de falta de acuerdo, a solicitar ante los tribunales la adaptación de los términos contractuales, a fin de restablecer el equilibrio entre las prestaciones originalmente acordadas por las partes»<sup>56</sup>.

La dramática emergencia sanitaria, económica y política que caracteriza el momento que estamos viviendo, hace pensar que difícilmente podrá realizarse la revisión del Código en un espacio breve de tiempo; tampoco la legislación de emergencia que ha sido adoptada estos meses en Italia, contempla, para las partes de los contratos afectados por los efectos del COVID-19, una obligación de renegociación. Sin embargo, cabe señalar que, mediante el uso de diferentes instrumentos, en algunos casos peculiares, se puede apreciar la tendencia del legislador a evitar la resolución del contrato, y optar, preferentemente, por la conservación de la relación contractual modificada<sup>57</sup>.

En este contexto, los juristas italianos están debatiendo la conveniencia de que el legislador intervenga rápidamente, para modificar, en materia de causas sobrevenidas, la regulación general contenida en los artículos 1463 y 1467 y sigs., sugiriendo la introducción de un nuevo artículo 1468 *bis*, que previera la obligación de las partes de renegociar el contrato<sup>58</sup>. Otra parte de la doctrina es, sin embargo, más cautelosa y ha señalado que la introducción de la obligación de renegociar, no es una medida decisiva para contrarrestar las consecuencias de la pandemia en los contratos en curso, sobre todo porque en países donde existe esta obligación, como Francia, ha sido también necesario adoptar una legislación de emergencia<sup>59</sup>.

Volveremos en seguidamente sobre la utilidad de la renegociación en tiempos de pandemia.

En primer lugar, hay que preguntarse si, en ausencia de una norma del Código Civil que regule esta institución, sea posible afirmar que en el sistema italiano las partes están gravadas por una obligación de renegociación.

Como ya se ha mencionado, parte de la doctrina italiana responde a esta cuestión en términos positivos y tras el estallido de la pandemia también cier-



ta jurisprudencia se ha expresado en sentido favorable. Podemos comprobar, por ejemplo, en las decisiones de algunos tribunales, que la crisis económica provocada por la pandemia del COVID-19 y el consiguiente cierre forzoso de actividades comerciales debe calificarse como una contingencia en el contexto fáctico y jurídico «que impone, sobre la base de la cláusula general de buena fe y equidad, la obligación de las partes de renegociar para alcanzar un nuevo acuerdo dirigido a restablecer el equilibrio del contrato dentro de los límites del riesgo normal»<sup>60</sup>. La doctrina ha llegado a este resultado, mucho antes del inicio de la pandemia, a través de la reinterpretación del artículo 1467. 3.º del Código Civil italiano sobre la oferta de modificación del contrato con base en la equidad por parte del contratante no afectado por la contingencia y la cláusula general de buena fe<sup>61</sup>.

El Código Civil italiano prevé en su artículo 1375 que «el contrato debe ser ejecutado de buena fe». De la buena fe se derivan una serie de obligaciones colaterales, como las de información y colaboración, y es precisamente la buena fe que debe presidir el cumplimiento del contrato la que obliga a las partes a tener en cuenta las contingencias que alteran el equilibrio contractual inicialmente pactado y a modificar el contenido del contrato para restablecer el equilibrio alterado.

La tesis ha sido propuesta también tras el estallido de la pandemia del COVID-19 y se ha subrayado la idoneidad de las cláusulas generales de equidad y buena fe (en virtud de los artículos 1175 y 1375 del Código Civil italiano), así como de los principios constitucionales, donde se incluye la solidaridad social prevista en el artículo 2 de la Constitución italiana, para fundamentar la obligación de renegociación, especialmente en un escenario dramático como el que estamos viviendo<sup>62</sup>.

Estamos de acuerdo con el refuerzo de la cláusula general de buena fe, y está bien conciliada con el redescubrimiento en Italia —y no solo— de la función integradora de la buena fe objetiva, de la cual, no cabe duda, nacen para las partes contratantes obligaciones ulteriores y distintas del estricto cumplimiento de la prestación inicialmente debida, y entre las que se encuentran las de cooperación<sup>63</sup>.

La buena fe, per se, es por tanto idónea para permitir la introducción por vía interpretativa de la obligación de renegociación en el ordenamiento jurídico italiano. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el principal obstáculo contra esta posibilidad lo representa la disciplina de la excesiva onerosidad sobrevenida. Como hemos visto, el artículo 1467 del Código Civil solo permite a la parte perjudicada solicitar la resolución del contrato y no impone a la parte no perjudicada la obligación de renegociar, dándole derecho a proponer la modificación del contrato para ser conforme con la equidad.

Por ello, según una parte de la doctrina, no es posible interpretar el artículo 1467.3.º del Código Civil italiano de modo que se base en él, así



como en la ejecución de buena fe, la obligación legal de renegociar. Esto constituiría una interpretación forzada y correctora de la norma<sup>64</sup>.

Esta es también la línea adoptada por alguna jurisprudencia que, incluso en tiempos de pandemia, ha continuado afirmando que «no existe la obligación de renegociar los contratos que hayan resultado desfavorables para alguna de las partes, aunque sea como consecuencia de acontecimientos excepcionales e imprevisibles, y no existe la facultad del juez de modificar las normas contractuales libremente acordadas por las partes en el ejercicio de su autonomía contractual, más allá de los casos expresamente previstos por la ley»<sup>65</sup>.

Las críticas formuladas contra la existencia del deber de renegociación son superables y es posible conciliar el reconocimiento de este deber con la disciplina de la onerosidad excesiva sobrevenida.

El artículo 1467 del Código Civil italiano confiere a la parte perjudicada por la excesiva onerosidad sobrevenida la *facultad* de solicitar la resolución y a la parte favorecida la de evitarla ofreciendo la modificación del contrato.

Sin embargo, la norma no dice que esta sea la única vía existente, por lo que puede decirse que la resolución es uno de los remedios de que dispone la parte perjudicada por la excesiva onerosidad, pero no el exclusivo: el artículo 1467 da a la parte desfavorecida la posibilidad de solicitar la resolución; la buena fe le da derecho de renegociar el contrato.

Esta interpretación refuerza la posición de la parte desfavorecida, que podrá elegir entre la resolución y la renegociación, que la otra parte no podrá obstaculizar (siempre que se cumplan los requisitos de hecho para la activación de los remedios).

Desde este punto de vista, es interesante y defendible la tesis de que la parte desfavorecida no tiene el derecho a pedir la renegociación, ni el derecho a iniciar directamente las tratativas de renegociación mediante una solicitud unilateral de ajuste del contrato<sup>66</sup>.

Hay que añadir que el caso de excesiva onerosidad sobrevenida no extingue el ámbito de las condiciones que justifican la renegociación. La renegociación también puede iniciarse en presencia de una contingencia atípica (imprevisibles y ajenas a la voluntad de las partes) que afecte al equilibrio del contrato sin que se cumplan las condiciones a las que el Código Civil somete la resolución<sup>67</sup>.

El debate que anima la doctrina italiana desde hace tiempo puede ofrecer también ideas interesantes en el contexto español. La obligación de renegociación puede basarse en el principio de buena fe contractual previsto en el artículo 1.258 del Código Civil<sup>68</sup>. Las dificultades que han frenado el reconocimiento de la renegociación en el Derecho italiano no existen en el Derecho español, donde no existe una disposición con un contenido similar al artículo 1467 del Código Civil.

1. EL REAL DILEMA: EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE RENEGOCIACIÓN Y LA UTILIDAD DEL REMEDIO PARA LAS CONSECUENCIAS DE COVID-19

Un aspecto controvertido es el relativo a las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación de renegociación por una de las partes contratantes; así como en el caso en que se haya intentado la renegociación de buena fe por las partes contratantes, y esta termine fracasando<sup>69</sup>.

Es este el punto débil de la renegociación, y la razón por la cual creo que las objeciones manifestadas por diversos autores acerca de una introducción apresurada de una norma sobre la renegociación en el sistema italiano no carecen totalmente de fundamento.

Si la parte contratante que tiene interés en preservar el contenido original del contrato se niega a renegociar o lo hace de mala fe, hay varias soluciones posibles. Se puede afirmar que el contrato se resuelve por incumplimiento de la obligación de renegociación y que la parte incumplidora viene obligada al resarcimiento del daño; pero con ello, se obtiene la extinción del contrato, que es justo lo que se pretende evitar con la vía de la renegociación<sup>70</sup>.

En caso contrario, se puede admitir una intervención correctiva del juez por la que dicte una sentencia que sustituya la falta de renegociación<sup>71</sup>, en aplicación del remedio previsto en el artículo 2932 del Código Civil italiano rubricado «Ejecución específica de la obligación de celebrar un contrato».

Las críticas contra esta última solución son, en mi opinión, por lo menos en parte acertadas. La renegociación, por un lado, constituiría un menoscabo de la autonomía privada si se permitiera la intervención correctiva del juez, pues este terminaría por reescribir el contenido económico del acuerdo. Por otro lado, es discutible, especialmente en las transacciones más complejas, que requieren un conocimiento específico de la materia a la que se refiere el contrato, que el juez tenga la competencia técnica necesaria para llevar a cabo la operación de reescritura del contrato<sup>72</sup>.

Sin contar con que el factor tiempo juega un rol decisivo. Una rápida modificación del contrato desequilibrado es fundamental, especialmente durante la situación de emergencia sanitaria, que requiere respuestas rápidas y eficaces. La parte perjudicada por la contingencia tiene interés en que se modifique el contrato lo antes posible y este interés se ve perjudicado por la necesidad de esperar a que la decisión del tribunal sea definitiva<sup>73</sup>. Por estas razones, estoy de acuerdo con la propuesta de una parte de la doctrina que considera preferible que la renegociación de los contratos afectados por el COVID-19, se lleve a cabo de forma extrajudicial con el apoyo de un sistema *ad hoc* de ADR (*Alternative dispute resolution*)<sup>74</sup> y, en general, creo oportuno que todos los procedimientos de revisión de un contrato, se lleven a cabo a través del arbitraje, y no a través de los tribunales.

La idea de confiar la renegociación a órganos extrajudiciales también es factible en España, donde es posible imaginar el recurso a la mediación regulada en el ámbito civil y mercantil a través de la Ley 5/2021, de 6 de julio<sup>75</sup>. Este sistema puede representar el punto de encuentro entre la intervención correctora del contrato por parte de un tercero y la autonomía de las partes. El proceso de mediación garantiza de hecho que «las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas» (*vid.* art. 7).

En definitiva, ¿es la renegociación un remedio útil para las consecuencias de la pandemia? La respuesta es compleja. Ciertamente, la renegociación permite la redistribución de los riesgos contractuales generados por el COVID-19, si bien basándose, exclusivamente, en la propia autonomía negocial de las partes, sin requerirse, en consecuencia, la intervención del juez o del legislador.

Desde esta perspectiva, la renegociación sí es un instrumento adecuado: son las partes los mejores árbitros de sus intereses, y la renegociación llevada a cabo de buena fe, permite a las partes contratantes restablecer el equilibrio contractual afectado por el COVID-19, sin que las consecuencias financieras de la pandemia tengan que ser soportadas en su totalidad por una u otra parte.

Las cosas, sin embargo, no son tan sencillas como podrían parecer, ya que la renegociación es un instrumento que debe manejarse con cuidado, dadas las dificultades que se desprenden de su ejercicio práctico<sup>76</sup>.

También hay que tener en cuenta que la figura de la renegociación no da derecho a la parte a suspender el cumplimiento (negativa, se reitera, que también contempla el artículo 6.2.3 de los Principios UNIDROIT), aspecto que sí resultaría muy útil en tiempos de pandemia.

Este defecto puede ser remediado por las partes: nada impide a los contratantes insertar una cláusula en el contrato que les obligue a renegociar y que además otorgue a la parte perjudicada el derecho a suspender la ejecución<sup>77</sup>.

Las cláusulas de este tipo y en general sobre la regulación de las contingencias son ciertamente útiles en la situación que estamos viviendo y con toda probabilidad estarán cada vez más extendidas.

La excesiva onerosidad sobrevenida italiana y las figuras similares como la cláusula *rebus sic statibus* española y la doctrina del *hardship* operan en presencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles y, por tanto, no para que los contratos se perfeccionen y ejecuten cuando ya se ha confirmado la epidemia COVID-19. En este sentido, es útil que las partes contratantes hagan uso de cláusulas específicas para protegerse de cualquier contingencia causada por la pandemia en curso<sup>78</sup>.

## V. CONCLUSIONES

¿Dispone el Código Civil italiano de los instrumentos adecuados para hacer frente a los retos de COVID-19 y, en general, para la gestión de las circunstancias sobrevenidas que afectan al equilibrio contractual?

La respuesta es positiva, pero los instrumentos previstos para este fin pueden mejorar.

La interpretación tiene un peso fundamental en este sentido. Las normas establecidas por el Código Civil italiano para la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de la prestación no resuelven algunas cuestiones centrales. En particular, en caso de imposibilidad temporal, queda abierto el problema del destino de la contraprestación y la posibilidad de que la otra parte suspenda el cumplimiento.

Como se ha visto, a despecho del silencio del Código Civil en este punto, el problema puede ser superado por la interpretación, reconociendo la posibilidad de que la parte agraviada plantee una excepción de incumplimiento.

Ninguna disposición del Código Civil italiano regula la eventualidad en la que exista, no una imposibilidad para el deudor de cumplir su prestación, sino, por el contrario, una imposibilidad sobrevenida, no imputable al acreedor, de disfrutar aquel de la contraprestación debida por este, en todo o en parte, según el tipo de uso que *ex fide bona* da sentido al contrato.

Una vez más, el problema puede superarse mediante la interpretación, equiparando la imposibilidad de prestar a la imposibilidad de utilizar la contraprestación.

Se ha visto que concebido así el remedio de la imposibilidad parcial de disfrutar de la prestación puede ser útil para hacer frente a las consecuencias de la pandemia en los arrendamientos comerciales.

El Código Civil italiano, a diferencia del Código Civil español, regula de forma positiva, la excesiva onerosidad sobrevenida. En España, la misma función la cumple la cláusula *rebus sic stantibus*, ausente en el Código Civil pero presente en la práctica jurisprudencial y en las contribuciones de la doctrina.

¿Es el remedio de la excesiva onerosidad sobrevenida regulado en el Código Civil italiano un remedio eficaz para los contratos afectados por COVID-19?

Sí, pero solo parcialmente.

Un primer límite a su utilidad lo constituye la rigidez de los presupuestos aplicativos, que se justifican por la necesidad de no socavar el principio *pacta sunt servanda*, pero debe cuestionarse si tiene sentido que deba aplicarse de la misma forma en tiempos de emergencia pandémica.

El aspecto que sin duda hay que mejorar es el de las consecuencias. En el sistema italiano, el artículo 1467 del Código Civil solo abre la posibilidad de

resolución del contrato. Esto deja sin resolver la cuestión de si la parte desfavorecida puede iniciar negociaciones para modificar el contenido del contrato, lo cual, como hemos visto, es muy controvertido. Por lo tanto, es deseable que el legislador intervenga para resolver esta cuestión en términos positivos.

Una tercera limitación deriva del hecho de que la parte perjudicada por la onerosidad excesiva no tiene derecho a suspender el cumplimiento. También aquí debería intervenir el poder legislativo.

El ejemplo italiano es una prueba útil para los intérpretes españoles, ya que les permite ver qué aspectos de la cláusula *rebus sic stantibus* son más útiles y cuáles son más débiles. Un punto a favor es el hecho de que según la reconstrucción de la jurisprudencia española de la cláusula *rebus sic stantibus*, su aplicación da lugar a una modificación del contrato y solo en última instancia a su resolución. Sin embargo, ni siquiera la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* concede a la parte perjudicada el derecho a suspender la ejecución, y este es un punto que debe mejorarse.

Tanto en Italia como en España no existe ninguna disposición que obligue expresamente a las partes a renegociar el contrato.

Esto no significa que deba excluirse la existencia de esta obligación, cuyo fundamento se puede encontrar en la cláusula general de buena fe.

¿Qué pasa con la utilidad de la renegociación?

La renegociación es, en teoría, un remedio adecuado, aunque no suficiente, para hacer frente a las consecuencias de Covid en los contratos.

La introducción de una norma que contemple dicha obligación es deseable. La construcción de un remedio eficaz requiere que el legislador preste especial atención a estos puntos: 1. La condición para desencadenar la obligación de renegociar debe ser una alteración significativa del equilibrio del contrato debido al acaecimiento de circunstancias imprevisibles y ajenas a la voluntad de las partes. En caso contrario, cualquier hecho intermedio daría derecho a las partes a exigir la revisión del acuerdo. 2. Es útil prever el derecho a suspender la ejecución cuando se ha solicitado la renegociación. 3. La renegociación debe dejarse en manos de las partes y de los órganos extrajudiciales.

## RESOLUCIONES CITADAS

### TRIBUNAL DE CASACIÓN

- Sentencia de 18 de julio de 1989, n. 3347
- Sentencia de 19 de octubre de 2007, n. 21973
- Sentencia de 20 de diciembre de 2007, n. 26958
- Sentencia de 10 de julio de 2018, n. 18047
- Sentencia de 29 de enero 2021, n. 2154

TRIBUNAL

- Bologna, Sentencia de 12 de mayo de 2020
- Milano, Sentencia de 24 de julio de 2020
- Pordenone, Sentencia de 8 de julio de 2020
- Roma, Sentencia de 27 de agosto de 2020
- Roma, Sentencia de 25 de julio de 2020
- Roma, Sentencia de 29 de mayo de 2020
- Roma, Sentencia de 9 de septiembre de 2020
- Treviso, Sentencia de 21 de diciembre 2021
- Venezia, Sentencia de 28 de julio de 2020
- Roma, Sentencia de 30 de septiembre de 2021

BIBLIOGRAFÍA

- AL MUREDEN, E. (2004). *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*. Padova: Cedam.
- ALBALADEJO, M. (1989). *Derecho Civil. II, Derecho de Obligaciones. Volumen primero. La obligación y el contrato en general*, 8.<sup>a</sup> edición. Librería Bosch: Barcelona, 485-486.
- ALPA, G. (2020). Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata. *Nuova giurisprudenza civile commentata*, Supplemento n. 3, 57 sigs.
- (2020). Remarks on the effects of the pandemic on long-term contracts, disponible en <https://www.comparativecovidlaw.it/>
- BENEDETTI, A.M. y NATOLI, R. (2020). Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito, disponible en <https://www.comparativecovidlaw.it>.
- BENEDETTI, A.M. (2011). *Le autodifese contrattuali*. En P. Schlesinger (Dir.). *Il codice civile. Commentario*. Milano: Giuffrè.
- (2020). Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto. *Giustiziacivile.com.*, n. 4, 1-11.
- BOSELLI, A. (1952). *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*. Torino: Utet.
- (1960). Eccessiva onerosità. En *Novissimo Digesto italiano*, IV. Torino: Utet, 331-338.
- BRECCIA, U. (1991). Le obbligazioni. En G. Iudica - P. Zatti (Dir.). *Trattato di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 743-750.
- CABELLA PISU, L. (2009). I rimedi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta. En G. Visintini (Dir.). *Trattato della responsabilità contrattuale*, Vol. I, Padova: Cedam, 537-570.
- CAMILLERI, E. (2020). Eli Principles for the Covid-19 Crisis: argini e contrappesi contro l'abuso dello stato di eccezione entro lo spazio giuridico europeo, disponible en <https://www.giustiziainsieme.it>

- CAMPIONE, R. (2021). Il Covid-19 nei contratti commerciali internazionali tra Force Majeure, Material Adverse Change/Effect e Hardship. *Contratti*, 75-83.
- CARAPEZZA FIGLIA, G. (2020). Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?. *Actualidad jurídica iberoamericana*, 422-433.
- (2020). Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali. *Danno e responsabilità*, 698-708.
- CARNEVALI, U. (2021). Emergenza Covid-19: un anno dopo. *Contratti*, 145-148.
- CARRASCO PERRERA, A. (2020). Permítame que le cuenta la verdad sobre Covid-19 y fuerza mayor, disponible en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/>.
- CASTIÑEIRA, J. (2014). Hacia una nueva configuración de la doctrina rebus sic stantibus. En *InDret*, núm. 4, 1-28.
- COTTINO, U. (1955). *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*. Milano: Giuffré.
- CUFFARO, V. (2020). Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia. *Giustiziacivile.com.*, n. 3, 1-6.
- D'AQUINO, P.S. (2020). L'ombra del cigno nero sui rapporti negoziali: il riequilibrio contrattuale nelle locazioni ad uso commerciale a seguito delle restrizioni per il covid-19. *BioLaw Journal*, 301-309.
- DAIDONE, C. (2017). Clausola di rinegoziazione. En M. Confortini (Coord.). *Clausole negoziali*. Torino: Utet, 1445-1468.
- DALLA MASSARA, T. (2021). L'adempimento dei debiti pecuniari e il principio di buona fede. E. Damiani (Coord.). *L'impatto del Coronavirus sulle situazioni giuridiche soggettive*, Editoriale Scientifica, 41-60.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003). *La cláusula rebus sic stantibus*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 314-321.
- DE MARTINI, A. (1950). *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*. Milano: Giuffré.
- DE MAURO, A. (2010). Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione. *Giustiziacivile.com.*, n. 3, 1-8.
- DEL PRATO, E. (2016). Sulle clausole di rinegoziazione del contratto. *Rivista di diritto civile*, 2016, 801-809.
- DI MAJO, A. (1998). Delle obbligazioni in generale, en *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*. Bologna — Roma: Zanichelli, 284-304.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1996). La cláusula rebus sic stantibus. En J. R. Ferrándiz Gabriel (Coord.), *Extinción de Obligaciones*, Consejo General del Poder Judicial: Madrid, 669-686.
- (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II. Madrid: Thomson Civitas, 2008.
- DOLMETTA, A. (2020). Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus). *Giustiziacivile.com*, n. 6, 1-17.
- FONDRIESCHI, A.F. (2021). Tre modelli di rinegoziazione. Rinegoziazione spontanea, obbligo di rinegoziare e incentivi alla rinegoziazione. Osservatorio del diritto civile e commerciale, 29-70.



- FRANZONI, M. (2013). Degli effetti del contratto, II, Integrazione del contratto- Suoi effetti reali e obbligatori. En P. Schlesinger (Dir.). *Il codice civile. Commentario*. Milano: Giuffrè, 211-246.
- (2021). Il Covid-19 e l'esecuzione del contratto. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2-23.
- GABRIELLI, E. (2005). Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto. En *Studi in onore di Ugo Majello*, Vol. I. Napoli: ESI, 751-786.
- (2006). *La risoluzione per eccessiva onerosità*. En E. Gabrielli (Dir.). *I contratti in generale*, t. II. Torino: Utet, 1809-1851.
- GALLO, P. (2020). Emergenza Covid e revisione del contratto. *Giurisprudenza italiana*, 2439-2445.
- GAMBINO, A. (1960). Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto. *Rivista del diritto commerciale e delle obbligazioni in generale*, 416-449.
- GAMBINO, F. (2004). *Problemi del rinegoziare*. Milano: Giuffè.
- GARCÍA RUBIO, M. (2020). Medidas en materia de contratos con motivo del Covid-19 en España. *Revista de Derecho Civil*, 15-46.
- GENTILI, A. (2003). La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto. *Contratto e impresa*, 667-724.
- (2020). Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus. *Giustiziacivile.com*, n. 4, 1-25.
- LUMINOSO, A. (2010). Il rapporto di durata. *Rivista di diritto civile*, 501-530.
- MACARIO, F. (1996). *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*. Napoli: Jovene, 1996.
- (2020). Per un diritto più solidale in epoca di «coronavirus». *Giustiziacivile.com*, Fasc. Emergenza Covid-19 Speciale, 208-212.
- MAGGIOLLO, M. (2021). Poteri e iniziative unilaterali nella rinegoziazione del contratto. *Rivista di diritto civile*, 908-927.
- MAISTO, F. (2007). La categoria della nullità sopravvenuta del contratto nel prisma delle teorie sul diritto intertemporale. En *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*. Napoli: ESI, 689-714.
- MARASCO, G. (2006). *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*. Padova: Cedam.
- MARCHETTI, G. (2018). La nullità «dinamica» dei contratti di durata. *Rivista di diritto civile*, 1258-1298.
- MARTÍNEZ DE QUEL MORENO, I. (2015). Imposibilidad sobrevenida liberatoria: concepto y consecuencias. *REDUR13*, 307-333.
- MORELLO, R. (2020). Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice civile. *Giustiziacivile.com*, n. 4, 1-18.
- MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (2020). La —manida— cláusula *rebus sic stantibus*: reflexiones sobre su utilidad en tiempos de pandemia. En G. Cerdeira Bravo de Mansilla, M. García Mayo (Dir.). *Coronavirus y derecho en estado de alarma*. Madrid: Reus Editorial, 341-362.



- NAVARRETTA, E. (2020). Covid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi. *Nuova giurisprudenza civile commentata*, suplemento n. 3, 87 y sigs.
- OPPO, G. (1943). *I contratti di durata (I)*. *Rivista del diritto commerciale e delle obbligazioni in generale*, 143-180.
- (1944). *I contratti di durata (II)*. *Rivista del diritto commerciale e delle obbligazioni in generale*, 17-42.
- ORDUÑA MORENO, F.J. - MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. (2003). *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»: tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Civitas Cizur-Menor: Pamplona.
- ORELLANA, L. (2017). El deber de renegociación del contrato en caso de excesiva onerosidad sobrevenida. En M. Espejo Lerdo de Tejada, C. Hornero Méndez, F. Oliva Blázquez (Dir.). *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*. Cizur-Menor, 437-458.
- OSTI, G. (1959). Clausola rebus sic stantibus. En *Novissimo Digesto italiano*, III. Torino: Utet, 353-360.
- (1962). Impossibilità sopravveniente. En *Novissimo Digesto italiano*. Vol. VIII. Torino: Utet, 287-300.
- PARRA LUCÁN, M. (2015). Riesgo Imprevisible y modificación De Los Contratos. *InDret*, núm. 4, 1-54.
- PERLINGIERI, P. (1975). Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. En *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*. Bologna — Roma: Zanichelli, 440-521.
- PINO, A. (1952). *L'eccessiva onerosità della prestazione*. Padova: Cedam.
- PINORI, A. (2020). Riflessioni sugli effetti dello stato di emergenza da Coronavirus. *Contratto e impresa*, 1192-1223.
- PIRAINO, F. (2015). *La buona fede in senso oggettivo*. Torino: Giappichelli.
- RABITTI, M. (2020). Pandemia e risoluzione delle future controversie. Un'idea grezza, desponible en <http://www.dirittobancario.it>.
- ROPPO, V. (2011). Il contratto. En G. Iudica - P. Zatti (Dir.). *Trattato di diritto privato*, 2° ed. Milano: Giuffrè.
- ROSSI M.C.- CONTI G. (2017). La relazione tra causa e sopravvenienza: il concetto di causa dinamica nei contratti di durata e temporalmente rilevanti e le sopravvenienze a rilevanza causale. *Foro Padano*, II, 25-45.
- SACCO, R. (2004). Il contratto. En R. Sacco - G. De Nova (Coord.). *Trattato di diritto civile*, Vol. II. Torino: Utet.
- SALANITRO, U. (2020). La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus. *Giustiziacivile.com.*, n. 4, 1-11.
- (2020). Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea. *Nuova giurisprudenza civile*, suplemento n., 3, 110 y sigs.
- SALVADOR CODERCH, P. (2009). Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. *InDret*, núm. 4, 1-60.
- SCOGNAMIGLIO, C. (2020). L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?. *Giustiziacivile.com*, n. 4, 1-10.
- SICCHIERO, G. (2002). La rinegoziazione. *Contratto e impresa* 774-815.

- (2003). Rinegoziazione. En *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile. Aggiornamento*, II, Torino, Utet, 2003, 1200-1218.
- SICCHIERO, G. (2020). Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex artículo 1374 CC?, *Giurisprudenza italiana*, 2436-2439.
- SIRENA, P. (2020). Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile? *Jus*, 205-218.
- (2020). I principi dello 'European Law Institute' sulla pandemia di Covid-19. *Rivista di diritto civile*, 890-901.
- TARTAGLIA, P. (1980). Onerosità eccessiva. En *Enciclopedia del diritto*, XXX. Milano: Giuffrè, 1980, 155-175.
- (1983). *Eccessiva onerosità ed appalto*. Milano: Giuffrè.
- TERRANOVA, C. (1995). *L'eccessiva onerosità nei contratti*. En P. Schlesinger (Dir.). *Il codice civile. Commentario*. Milano: Giuffrè.
- THOBANI, S. (2020). Il contenuto dell'obbligo di rinegoziare. *Il Corriere giuridico*, 631-646.
- TRIMARCHI, G. A.M. (2020). Le «locazioni commerciali», il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata. *Notariato*, 235-247.
- TRIMARCHI, P. (2010). *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milano: Giuffrè, 237-241.
- TUCCARI, E. (2018). *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*. Torino: Wolters Kluwer - Cedam.
- (2019). Contratti di durata (eccessiva onerosità sopravvenuta nei). En *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, Aggiornamento*, XII. Torino: Utet, 97-112.
- VENTURELLI, A. (2017). Clausola di «hardship». En Confortini, M. (Coord.). *Clausole negoziali*. Torino: Utet, 1003-1022.
- VERZONI, S. (2020). Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19. *Giustiziacivile.com.*, Fasc. Speciale Emergenza Covid-19, 213-226.
- ZACCHEO, M. (2011). Sopravvenienza. En S. Martucelli - R. Pescatore, N. Irti (Coord.) *Dizionari del diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1638.

La autora agradece la ayuda prestada por D. Agustín ANDRADES NAVARRO y el Prof. Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ para la revisión de estas páginas.

## NOTAS

<sup>1</sup> Para tener una visión general de las consecuencias jurídicas de la pandemia en el panorama global, véase l'Osservatorio Covid Comparative Covid Law, que puede consultarse en <https://www.comparativecovidlaw.it/>, que informa sobre algunas de las fuentes normativas surgidas por la emergencia sanitaria y ofrece una panorámica de las primeras reflexiones sobre el particular.

<sup>2</sup> Entre las decisiones sobre el tema véase por ejemplo, Trib. Roma 25 de julio de 2020; Trib. Venezia 28 de julio de 2020; Trib. Bologna 12 de mayo de 2020, que pueden

consultarse en <https://dejure.it/#/home>. En la doctrina al respecto, véase entre otros, TRIMARCHI (2020, 235 y sigs.); SALANITRO (10 y sigs.); CARAPEZZA FIGLIA (2020, 422 y sigs.), y por el mismo autor (2020, 698 y sigs.).

<sup>3</sup> La expresión ha sido utilizada por MACARIO (2020, 208).

<sup>4</sup> En este sentido ALPA (2020, 1298). Para un amplio examen de las normas de emergencia introducidas por el legislador, *vid.* PINORI (2020, 1193 y sigs.). Por la misma razón, no se analizarán las normas de la legislación de emergencia española. En la doctrina española para el análisis de las normas sobre el estado de alarma desde la perspectiva del derecho civil ver GARCÍA RUBIO (2020, 15 y sigs.).

<sup>5</sup> El concepto de causas sobrevenidas indica una serie de casos dotados de la misma característica: el acaecimiento de un hecho inesperado después de la conclusión del contrato, que afecta sustancialmente a la relación contractual y alteran su equilibrio. *Vid.* ZACCHEO (2011, 1638).

<sup>6</sup> Tratamos la relación entre la imposibilidad sobrevenida y la excesiva onerosidad más adelante.

<sup>7</sup> *Vid.* MURGA FERNÁNDEZ (2020, 343, 360 y sigs.); SALVADOR CODERCH (2009, 1 y sigs.).

<sup>8</sup> Antes de la promulgación del Código civil italiano de 1942, algunas voces doctrinales habían sugerido la introducción de la institución de la renegociación, idea que, sin embargo, no fue aceptada.

<sup>9</sup> Entre los autores que plantearon por primera vez esta cuestión, v. MACARIO (1996); ROPPO (2011, 972 y sigs.).

<sup>10</sup> MACARIO (1996, 264 y sigs.).

<sup>11</sup> Así, en la doctrina española *vid.* ORELLANA (2017, 437 y sigs.).

<sup>12</sup> El Instituto de Derecho Europeo (ELI) es una organización independiente, fundada en 2011, con sede en Viena, que tiene como objetivo mejorar la calidad del derecho europeo en el sentido más amplio de la palabra. ELI tiene el objetivo de iniciar, realizar y facilitar investigaciones, formular recomendaciones y proporcionar orientación práctica en el ámbito de desarrollo del derecho europeo. Para mayor información, véase <https://www.europeanlawinstitute.eu>. Para un análisis de los principios de la doctrina italiana véase CAMILLERI (2020); SIRENA (2020, 890 y sigs.).

<sup>13</sup> Los artículos 1463 y sigs. del Código civil italiano regulan las hipótesis de circunstancias que hacen imposible la prestación debida, mientras que los artículos 1467 y sigs. del Código civil italiano regulan las hipótesis de acontecimientos, extraordinarios e imprevisibles en el momento de la celebración del contrato, que modifican el equilibrio contractual original, produciendo una excesiva onerosidad de la prestación de una de las partes. Sobre el debate doctrinal acerca de los límites entre la imposibilidad y la excesiva onerosidad sobrevenida, *vid.* AL MUREDEN (2004, 17 y sigs.).

<sup>14</sup> El artículo 1463 del Código civil italiano dice: «*En los contratos con contraprestación, la parte liberada por la imposibilidad sobrevenida de la prestación debida no puede pedir la contraprestación, y debe restituir aquello que ya había recibido, según las normas relativas al cobro de los pagos indebidos*». Sobre el tema cfr. ROPPO (2011, 943), COTTINO (1955), OSTI (1962, 287 y sigs.), PERLINGIERI (1975, 440 y sigs.) y BRECCIA (1991, 743 y sigs.).

<sup>15</sup> *Vid.* VERZONI (2020, 214). En cuanto a las condiciones que rigen la imposibilidad sobrevenida en el Derecho español *vid.* DIEZ-PICAZO (2008), MARTÍNEZ DE QUEL MORENO (2015, 307 y sigs.).

<sup>16</sup> Sobre este punto *vid.* ALPA, (2020, 1297 y sigs.), VERZONI (2020, 219 y sigs.). En la doctrina española sobre el Covid-19 como fuerza mayor véase CARRASCO PERRERA (2020).

<sup>17</sup> También en el Derecho español, a pesar del silencio de los artículos 1182 y 1184 del Código civil, la doctrina y la jurisprudencia consideran operativa una solución similar. *Vid.* MARTÍNEZ DE QUEL MORENO (2015, 311-312).

<sup>18</sup> La norma ha sido prevista para los contratos públicos. Sin embargo, la referencia contenida en las normas generales sobre responsabilidad del deudor (es decir los artículos 1218 y 1223 CC italiano) ha permitido a la doctrina afirmar que puede tener un alcance general y ser aplicada a cualquier relación privada. Así PINORI (2020, 1199).

<sup>19</sup> El cumplimiento de las medidas de contención de la pandemia, opera como causa de fuerza mayor y excluye la compensación por daños. El artículo 91 ha tipificado el respeto de las medidas de contención relativas a la emergencia del Covid-19, como un acontecimiento imprevisible y extraordinario, que permite definirlo como causa de fuerza mayor. Sin embargo, esta solución, también habría sido posible, incluso en ausencia de la disposición reglamentaria, acudiendo a la regulación contenida en el Código civil y, más concretamente, en el artículo 1218 del Código civil, según el cual, «*el deudor que no realice la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño, si no prueba que el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento se debe a la imposibilidad de realizarla por una causa que no le sea imputable*». Cfr. PINORI (2020, 1203).

<sup>20</sup> El artículo 1460 del Código civil italiano establece que «*en los contratos onerosos, cada una de las partes contratantes puede negarse a cumplir su obligación si la otra no cumple o no ofrece cumplir la suya al mismo tiempo, a menos que las partes hayan establecido condiciones de cumplimiento diferentes o que estas resulten de la naturaleza del contrato*».

<sup>21</sup> A favor de la posibilidad para el acreedor de oponer la excepción de incumplimiento también respecto de incumplimientos no imputables al deudor, derivados de la imposibilidad de cumplimiento, v. (Cass. 19 de octubre de 2007, n. 21973, en *Giust. civ.*, 2008, 1, I, 115). Esta solución ha sido admitida por (Cass. 29 de enero de 2021, n. 2154, en *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2021, 2, I, 460), que faculta al arrendatario de un inmueble a formular una excepción de incumplimiento, no solo cuando la prestación del arrendador no se ha cumplido en su totalidad, sino también cuando se ha producido un incumplimiento parcial que no excluye el pleno disfrute del inmueble. Es cierto que se reconoce de este modo la aplicación de la excepción por incumplimiento con una finalidad distinta de la que le es propia, es decir, aquella de estimular al deudor a cumplir. No parece, sin embargo, incompatible con la excepción de incumplimiento, una finalidad de autoprotección para el acreedor, que la opone no tanto para alentar al deudor a cumplir su prestación, sino para protegerse del riesgo de tener que cumplir la suya, sin recibir contraprestación alguna.

<sup>22</sup> Así BENEDETTI (2020, 4): obligado al respeto de las medidas de contención, él —(el deudor)— no puede, de hecho no debe, cumplir su prestación (o prestaciones), y de esta inacción suya (por *factum principis*) se deriva una parálisis (temporal) de la contraprestación, operativa para todas las partes contratantes. Por lo que concierne a la posibilidad de suspender la ejecución de los contratos de arrendamiento comercial véase CARAPEZZA FIGLIA (2020, 428 y sigs.).

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, Cass. 10 de julio de 2018, n. 18047, en *Guida al dir.* (2018, 32 y sigs.); Cass. 20 de diciembre de 2007, n. 26958, en *Giust. civ. Mass.* (2007, 12).

<sup>24</sup> Es útil aclarar, que la legislación de emergencia, no suspendió la obligación de pagar el alquiler por parte de los inquilinos de las propiedades arrendadas para uso comercial (excepto para sectores específicos). El artículo 65 del Decreto Legislativo n.º 18 de 17 de marzo ha previsto, a favor de los arrendatarios de tiendas y negocios, un crédito fiscal equivalente al 60% del alquiler del mes de marzo. La disposición no modifica la prestación del arrendatario y permite solamente recuperar (no de manera inmediata) parte de la contraprestación debida por el propietario. La norma agota sus propios efectos sobre el plano tributario y presupone, sin embargo, el cumplimiento pleno de la obligación del arrendatario de pagar el alquiler.

<sup>25</sup> Cfr. NAVARRETTA (2020, 87 y sigs.). Véase también la solución al problema propuesta por CARAPEZZA FIGLIA (2020, 429 y sigs.).

<sup>26</sup> V. Trib. Roma, 29 mayo 2020, en Foro it. (2020, I, 2496). Para una crítica de la solución véase MORELLO (2020, 6).

<sup>27</sup> Véase Trib. Roma 29 mayo 2020. El mismo argumento fue seguido por el (Trib. Venezia de 28 de julio de 2020) Hay que decir que esta no es la única solución adoptada por la jurisprudencia para responder a la exigencia de protección del arrendatario, y que el problema también es ampliamente discutido en la doctrina. En una decisión diferente, el Trib. Roma de 27 de agosto de 2020, *cit.*, ha reconocido el derecho del arrendatario a renegociar el contenido del contrato, y en ausencia de un acuerdo entre las partes, ha reconocido el derecho del arrendatario a una reducción temporal de la renta del alquiler, en un 40% para los meses de abril y mayo, y en un 20% para los meses de junio a marzo de 2021. Esta decisión merece ser mencionada, porque el Tribunal de Roma ha mostrado ser partidario de la tesis que se deriva del artículo 1375 del Código civil, es decir, la obligación de renegociar el contrato. En términos negativos se expresó, en cambio, Trib. Milano de 24 de julio de 2020, en *Banca Borsa Tit. cred.* (2020, 5, II, 759), por el cual «el conjunto de las medidas legislativas adoptadas para la emergencia sanitaria del Covid-19, no manifiesta de una manera evidente, cierta e incontestable, la extinción (en todo o en parte) de la obligación de pago de la renta del alquiler de la actividad comercial, relativo al periodo de *lockdown*». En los mismos términos se ha expresado también el Trib. Pordenone de 8 de julio de 2020, disponible en <https://dejure.it/#/home>. Sobre este tema en el panorama español ver CARRASCO PERERA (2020, 9).

<sup>28</sup> Cfr. MORELLO (2020, *ibidem*), quien ha afirmado que el deudor de una obligación monetaria nunca es liberado por causa del deterioro de su condición financiera. Según este autor, la solución al problema de los deudores de obligaciones pecuniarias que se encuentran en una situación de desamparo a causa de la pandemia, no puede ser su liberación total o parcial, ni a nivel de los principios jurídicos ni a nivel práctico, porque ello conduciría a una incontrolable cadena de liberaciones.

<sup>29</sup> V. Trib. Roma 9 de septiembre de 2020, en *Contr.* (2021, 25 y sigs.).

<sup>30</sup> Sobre la relación entre el cumplimiento de la deuda pecuniaria y, por otro lado, el principio de buena fe véase DALLA MASSARA (2021, 41 y sigs.).

<sup>31</sup> Cfr. DALLA MASSARA (2021, 59 y 60). *Vid.* también las ideas ofrecidas por DE MAURO (2020, 5 y sigs.), favorable a la aplicación de la norma prevista en el artículo 1256 del Código civil italiano, párrafo 2, sobre imposibilidad temporal de cumplimiento. De manera similar, v. también CUFFARO (2020, 4). V. también el amplio análisis de GENTILI (2020, 1 y sigs.) que en relación con los contratos comerciales, y abordando el problema desde el punto de vista de la crisis empresarial, ha propuesto seguir el camino de la reestructuración de la deuda.

<sup>32</sup> Véase SCOGNAMIGLIO (2020, 4), a propósito del hecho que el común denominador de las primeras reflexiones sobre el impacto de la pandemia en el derecho de los contratos, es la reafirmación de la regla de buena fe como cláusula general capaz de confiar al juez una técnica de gobierno de los acontecimientos controvertidos que deberían surgir de las consecuencias económicas de la emergencia sanitaria.

<sup>33</sup> En general sobre la excesiva onerosidad sobrevvenida v. DE MARTINI (1950), BOSELLI (1952 y 1960, 331), PINO (1952), OSTI (1959, 353), TARTAGLIA (1980, 155 y 1983, 19 y sigs.), TERRANOVA (1995, 109 y sigs.), GABRIELLI (2006, 1809 y sigs.), TRIMARCHI (2010, 237 y sigs.), ROPPO (2011 945 y sigs.).

<sup>34</sup> La delimitación de los límites de la categoría de los llamados «contratos de duración» es discutida. El Código civil italiano no utiliza esta expresión, refiriéndose únicamente a contratos de ejecución continuada y periódica o diferida (*vid.* el art. 1467 CC italiano). Parte de la doctrina italiana considera que la expresión «contratos de duración» incluye ambos tipos [así, por ejemplo, MAISTO (2007, 680)]. Sobre el uso de esta expresión por parte de la doctrina y de la jurisprudencia como alternativa a las locuciones empleadas en el Código civil v. LUMINOSO (2010, 501 y sigs.). Por el contrario, algunos atribuyen a la categoría solo los contratos de ejecución continua y periódica: así OPPO (1943, 143 y sigs. y, 1944, 17 y sigs.) y también ROPPO (2011, 512). Otros, partiendo de la premisa de que las relaciones a largo plazo en sentido estricto son solo las que tienen

un rendimiento continuo y periódico, prefieren indicarlas con la expresión «contratos a largo plazo», con el fin de destacar el hecho de la proyección de la relación contractual a largo plazo. Esta definición se debe a MACARIO (1996, 13).

<sup>35</sup> V. ROPPO (2011, 946), GABRIELLI (2005, 751 y sigs.).

<sup>36</sup> *Vid.* la detallada exposición de la evolución jurisprudencial experimentada por la figura llevada a cabo por MURGA FERNÁNDEZ (2021, 348 y sigs.).

<sup>37</sup> Sobre la cláusula *rebus sic stantibus* en la doctrina española véase DE CASTRO Y BRAVO (1985, 314 y sigs.), ALBALADEJO (1989, 485 y sigs.), DÍEZ-PICAZO (1996, 669 y sigs.), DÍEZ-PICAZO (2008, 1068 y sigs.), DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003), SALVADOR CODERCH (2009, 1-60), CASTIÑEIRA (2014, 1-28), PARRA LUCÁN (2015, 1-54), ORDUÑA MORENO y MARTÍNEZ VELENCOSO (2003).

<sup>38</sup> Esta sistematización de las teorías sobre la base de la cláusula *rebus sic stantibus* se debe a DÍEZ-PICAZO (2008, 1068-1069).

<sup>39</sup> DE CASTRO Y BRAVO (1985, 317).

<sup>40</sup> A este respecto, es interesante señalar que, según una parte de la doctrina italiana en los contratos de duración, el tiempo entra en la causa del contrato y contribuye a definir su fisonomía. En consecuencia, la causa no agota su relevancia en la fase de la estipulación, sino que debe permanecer y apoyar los momentos en que se articula el desarrollo de la relación. *Vid.* ROSSI y CONTI (2017, 34 y sigs.), MARCHETTI (2018, 1288 y sigs.).

<sup>41</sup> DÍEZ-PICAZO (2008, 1069-1070).

<sup>42</sup> Sobre la distinción entre excesiva onerosidad directa e indirecta v. ROPPO (2011, 949).

<sup>43</sup> Así ALPA (2020, 60), CARAPEZZA FIGLIA, (2020, 429 y sigs.), y por el mismo autor (2020, 704). Por el contrario, a favor de la excesiva onerosidad sobrevenida TRIMARCHI (2020, 244), D'AQUINO (2020, 304 y sigs.).

<sup>44</sup> *Vid.* Así SALANITRO (2020, 7).

<sup>45</sup> *Vid.* el apartado II.

<sup>46</sup> Es minoritaria la jurisprudencia que permite al juez llevar a cabo una redeterminación del contenido económico de la contraprestación, consecuencia de la excesiva onerosidad sobrevenida. Cass. 18 luglio 1989, n. 3347, in *Foro it.*, 1990, I, 564, con nota de Macario.

<sup>47</sup> La parte que se beneficia de la excesiva onerosidad tiene un derecho potestativo a evitar la resolución del contrato, sujeto únicamente a la equidad de la oferta modificadora. *Vid. ex multis* CABELLA PISU (2009, 537 y sigs.).

<sup>48</sup> MURGA FERNÁNDEZ (2021, 350).

<sup>49</sup> ROPPO (2011, 952).

<sup>50</sup> Véanse a propósito las observaciones de «una reflexión y una propuesta para una mejor protección de los sujetos afectados por los efectos de la pandemia», disponible en <http://www.civilistiitaliani.eu/iniziativa/notizie/>, 5.

<sup>51</sup> Así GENTILI (2020, 8), de la que se toman las citas anteriores en el texto. La doctrina no duda de que la excesiva onerosidad sobrevenida debe referirse a la prestación objetivamente entendida, y excluye que la situación subjetiva en la que se encuentra el deudor, sea relevante. V. SACCO (2004, 707), ROPPO (2011, 950), GAMBINO (1960, 416).

<sup>52</sup> En la doctrina italiana *vid.* ROPPO (2010, *ibidem.*) y por parte de la doctrina española cfr. MURGA FERNÁNDEZ (2020, 360).

<sup>53</sup> Véase *Draft Common frame of Reference* (art. III-1:110) y *Principles of European Contract Law*, (art. 6:111).

<sup>54</sup> Según el artículo 6.2.2. de los Principios UNIDROIT la *hardship* surge cuando se producen acontecimientos que alteran sustancialmente el equilibrio del contrato, ya sea por un aumento del coste de la prestación de una de las partes o por una disminución del valor de la contraprestación. Dichos eventos deben ser acontecimientos que no po-



drían haber sido razonablemente previstos por la parte desfavorecida en el momento de la celebración del contrato y que están fuera de su control.

<sup>55</sup> Vid. GAMBINO (2004, 55), SICCHIERO (2002, 774 y sigs.), GENTILI (2003, 667) y la obra más reciente de TUCCARI (2018).

<sup>56</sup> El texto del proyecto de ley se encuentra publicado en <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01106422.pdf>. Véase también el dossier publicado en <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01112188.pdf>. Cabe señalar que la asociación de civilistas italianos ha elaborado una propuesta que ha sido presentada al gobierno y que es necesaria para afrontar las graves consecuencias económicas de la actual pandemia. En el documento titulado «una reflexión y una propuesta para una mejor protección de los sujetos afectados por los efectos de la pandemia», disponible en <http://www.civilistiitaliani.eu/iniziativa/notizie/>, la asociación de civilistas italianos espera que el proyecto de ley ya mencionado, complete su *iter* y permita la adopción de un decreto legislativo delegado que inserte después del artículo 1468 del Código civil un nuevo artículo, 1468-*bis*, que permita a la parte perjudicada solicitar la renegociación de buena fe de las condiciones contractuales. Sobre la propuesta de introducir una obligación de renegociación, *vid.* SIRENA (2020, 205 y sigs.).

<sup>57</sup> Vid., por ejemplo, el artículo 88 bis del Decreto legislativo núm. 18 de 2020, denominado «cura Italia», que prevé la facultad para que los teatros u operadores turísticos, emitan un vale que sustituya el billete comprado y no utilizado, o cualquier otro viaje que no se haya podido realizar. En estos casos, el legislador no prevé una obligación de renegociar, pero sigue la vía de la corrección jurídica del contrato. En cualquier caso, estas intervenciones, ponen de manifiesto la tendencia a buscar preferentemente soluciones que mantengan y modifiquen la relación.

<sup>58</sup> Vid. el documento ya mencionado de la Asociación de civilistas italianos «Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia» *cit.*

<sup>59</sup> Vid. por ejemplo las observaciones críticas de MORELLO (2020, 16).

<sup>60</sup> Vid. Trib. Roma 27 de agosto de 2020 disponible en <https://dejure.it/#/home>. El tribunal, basándose en la buena fe, ordenó la reducción del arrendamiento en un 40% para los meses de abril y mayo de 2020 y en un 20% para los meses de junio de 2020 a marzo de 2021, teniendo en cuenta —en lo que respecta al segundo periodo— la restricción de acceso a los locales públicos impuesta por razones sanitarias. La cuestión de la existencia de la obligación de renegociar ha sido debatida en los últimos meses por la jurisprudencia, que ha ofrecido soluciones contrastadas, razón por la cual el «Ufficio del massimario» de la Casación con el informe núm. 56 de 8 de agosto de 2020 ha intervenido sobre el tema, expresándose en términos favorables a la renegociación. La intervención es importante, porque nunca antes ninguna sentencia del Tribunal Supremo había reconocido la existencia de la obligación de renegociar. Veremos en el futuro, si será este el camino adoptado por la jurisprudencia de la legitimidad.

<sup>61</sup> Así mucho antes del estallido de la pandemia MACARIO (1996, 264 y sigs.). Ver también MARASCO (2006), ve la fuente de la obligación legal de renegociación solo en el artículo 1375 del Código civil italiano, norma imperativa y derogatoria del artículo 1467 del mismo texto legal.

<sup>62</sup> V. MACARIO (2020, 212), BENEDETTI-NATOLI (2020, par. 3-4), DOLMETTA (2020, 7), GALLO (2020, 2439 y sigs. [v. spec. 2443]). También está a favor FRANZONI (2021, 16 y sigs.) según el cual la buena fe faculta al juez para exigir a las partes que renegocien el contrato también en aplicación del artículo 3, 6º-ter, del Decreto Ley núm. 6, de 23 de febrero de 2020.

<sup>63</sup> Sobre la función integradora de la buena fe, véase FRANZONI (2013, 2011 y sigs.), DI MAJO (299 y sigs.), PIRAINO (2015, spec. 266 y sigs., y 347 y sigs.).

<sup>64</sup> Además de la doctrina citada *vid.* recientemente TUCCARI (2019, 101), con referencias bibliográficas sobre el debate existente al respecto. Sobre las posibles

contradicciones entre el reconocimiento de la obligación de renegociación derivada de la buena fe y el artículo 1467 del Código civil véase también NAVARRETTA (2020, 87 y sigs.).

<sup>65</sup> Trib. Roma de 30 de septiembre de 2021, disponible en <https://dejure.it>.

<sup>66</sup> Vid. MAGGIOLO (2021, 913 y sigs.). La tesis es interesante por sus consecuencias en cuanto a los daños resarcibles en caso de falta de adecuación del contrato.

<sup>67</sup> Vid. MACARIO (1996, 312). Sobre la distinción entre contingencias típicas y atípicas vid. SACCO (2004, 1708). Las contingencias atípicas son acontecimientos que no entran dentro de los previstos en los artículos 1463 y 1467 del Código civil italiano pero que, sin embargo, pueden afectar sustancialmente a la relación contractual y alterar el equilibrio inicialmente previsto por las partes. Con respecto a estas contingencias, no pueden aplicarse los remedios de la imposibilidad sobrevenida de la prestación y de la excesiva onerosidad sobrevenida de la misma, pero es evidente que el curso de la relación ya no refleja lo acordado originalmente por las partes. Por lo tanto, el problema de la relevancia jurídica de tales contingencias atípicas y sus consecuencias sigue abierto. Vid. MARCHETTI (2018, 1293 y sigs.) y (FONDRIESCHI, 2021, 50 y 58).

<sup>68</sup> Vid. ORELLANA (2017, 437 y sigs.).

<sup>69</sup> En estudios más recientes sobre el contenido de la renegociación y el problema de las consecuencias del incumplimiento de esta obligación, véase THOBANI (2020, 631 y sigs.).

<sup>70</sup> Según BENEDETTI y NATOLI (2020, par. 4), ante la negativa de una de las partes a renegociar, la otra puede invocar, de conformidad con el artículo 1460 del Código civil, la excepción de incumplimiento de la obligación de renegociar derivada del deber de buena fe y negarse a cumplir. Sobre la posibilidad de oponer la excepción de una obligación nacida del deber de buena fe v. en general BENEDETTI (2011, 30 y sigs.).

<sup>71</sup> Cfr. DOLMETTA (2020, 7), según el cual la adopción de esta solución es necesaria para dar credibilidad al instrumento de la renegociación. Esta es una afirmación que comparto. El problema se refiere a la identificación de los parámetros sobre los cuales el juez modifica el contenido del contrato. Véase también las observaciones de FRANZONI (2021, 18 y sigs.). Acerca de la aplicabilidad del recurso previsto en el artículo 2932 del Código civil en caso de violación por una de las partes contratantes de la obligación de renegociar, v. MACARIO (1996, 426), SACCO (2004, 725), ROPPO (2011, 973). Se muestran escépticos sobre la posibilidad de cumplimiento específico de la obligación renegociar el contrato GENTILI, (2003, 714), DEL PRATO (2016, 808), CARNEVALI (2021, 147 y sigs.), SICCHIERO (2003, 1214) y v. también (2020, 2438). El Autor retomó el tema después del estallido de la pandemia e identificó la base para la intervención correctiva del juez en el artículo 1374 del Código civil italiano, según el cual «*el contrato obliga a las partes no solo a lo que en él se expresa, sino también a todas las consecuencias que de él se derivan según la ley o, en su defecto, según la costumbre y la equidad*». Esta solución ha sido aceptada por Trib. Treviso, 21 de diciembre de 2021, en *Giur. it.*, (2021, 589 y sigs.).

<sup>72</sup> También la Asociación de civilistas italianos ha manifestado su perplejidad al respecto. Véase el documento «Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia», *cit.* La afirmación de FRANZONI (2021, 19) que la intervención correctiva del juez es permisible si las partes han establecido en el contrato los criterios en base a los cuales ha de efectuarse la renegociación es ciertamente defendible, ya que se superan los problemas indicados en el texto.

<sup>73</sup> Vid. MAGGIOLO (2021, 918-919).

<sup>74</sup> RABITTI (2020) según la cual tales organismos podrían ser modelados teniéndose en cuenta las experiencias del arbitraje bancario y financiero, financiero, el arbitraje Consob y de organismos especiales como el Fondo Indennizzo Risparmiatori. La idea es compartida, en parte, por DOLMETTA (2020, 10).

<sup>75</sup> Vid. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles disponible en <https://www.boe.es>.



<sup>76</sup> *Vid.* por ejemplo DOLMETTA (2020, 4), quien ha afirmado que la formula de la renegociación no tiene ningún valor mágico y no puede dejarse a la libre determinación de las partes su activación y contenido.

<sup>77</sup> Sobre las cláusulas de renegociación y fuerza mayor en la doctrina italiana, *vid.* DAIDONE (2017, 1445 y sigs.) y VENTURELLI (2017, 1003 y sigs.).

<sup>78</sup> Sobre este tema, *vid.* CAMPIONE (2021, 75 y sigs.).

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



# Antinomias en la posesión de bienes inmuebles privados del Estado peruano

## *Antinomies in the possession of private real estate of the State Peruvian*

*por*

ALBERTO MENESES GÓMEZ

*Abogado*

RESUMEN: Con la promulgación de la Ley 29618, que declaró imprescriptibles los bienes privados del Estado peruano se generaron varias antinomias con normas que el Estado peruano emitió para formalizar la propiedad informal y para la administración de sus bienes inmuebles, por lo que en el presente documento se analizará esta problemática y se proponen una solución a la misma.

*ABSTRACT: With the enactment of Law 29618, which declared the private property of the State Peruvian imprescriptible, several antinomies were generated with norms that the State Peruvian issued to formalize informal property and for the administration of its real estate, so this document will be analyzed in this document, problem and the solution to it is determined.*

**PALABRAS CLAVES:** Antinomias. Bienes del Estado peruano. Formalización de propiedad. Legislación peruana. Disposición de inmuebles. Imprescriptibilidad de bienes.

**KEY WORDS:** *Antinomies. State property. Formalization of property. Peruvian legislation. Disposition of real estate. Imprescriptibility of property.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. ANÁLISIS DE LA LEY NÚMERO 29618.—III. MARCO GENERAL DE LAS ANTINOMIAS: 1. DEFINICIÓN. 2. PRESUPUESTOS. 3. CLASIFICACIÓN: 3.1. *Según la clásica doctrina.* 3.2 *Según su naturalidad.* 3.3 *Según el Tribunal Constitucional de Perú.* 4. CRITERIOS PARA RESOLVER LAS ANTINOMIAS: 4.1 *Principales criterios:* 4.1.1 Criterio de jerarquía. 4.1.2 Criterio cronológico. 4.1.3. Criterio de especialidad. 4.2. *Otros criterios citados por Prieto Sanchis:* 4.2.1 Criterio de competencia. 4.2.2 Criterio de prevalencia. 5. EN CASO LOS CRITERIOS SEAN INSUFICIENTES. 6. EN CASO DE CONFLICTOS DE CRITERIOS.—IV. REGULACIÓN SOBRE EL SANEAMIENTO Y FORMALIZACIÓN DE LA PROPIEDAD.—V. ANTINOMIAS GENERADAS. CASOS CONCRETOS DE LA LEY.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

En el 2010, se promulgó la Ley número 29618 estableciendo la presunción de que el Estado peruano era poseedor de todos los inmuebles de su propiedad y declarando la imprescriptibilidad de los bienes inmuebles de dominio privado estatal, buscando de esta manera desincentivar las invasiones y el tráfico de terrenos que se producían y producen en los predios estatales, y a la vez ejercer una efectiva defensa de estos.

No obstante, los graves cuestionamientos que se realizó a esta ley, y que generaron la interposición de una demanda de inconstitucionalidad por parte del Colegio de Notarios de San Martín - Perú, el Tribunal Constitucional de Perú por la sentencia del expediente núm. 0014-2015-PI/TC determinó la constitucionalidad de esta declarando infundada la demanda.

Así las cosas, la Ley 29618 se encuentra plenamente vigente, lo cual no se encontraría en concordancia con las normas de saneamiento y formalización de la propiedad; así como la normativa de los actos de disposición y administración de los propios bienes privados estatales.

En efecto, ambas regulaciones tienen como su principal sustento que el particular o administrado posea los bienes de dominio privado estatales por un cierto plazo antes de solicitar la formalización o adquisición de uno de

estos bienes, plazo que en la mayoría de los casos puede cumplirse incluso pasado el año 2010.

Vale decir, si a partir del 2010 se considera que el Estado peruano es el único poseedor de sus bienes privados como puede un particular o administrador alegar y acreditar posesión sobre dichos bienes para cumplir la regulación sobre saneamiento y formalización de la propiedad con la finalidad de regularizar o adquirir la propiedad del bien inmueble que están poseyendo.

En este sentido, en el presente documento analizaremos la presunción que ha establecido la Ley núm. 29618 (en adelante, «Ley») y si esta tiene una contradicción con las normas de saneamiento y formalización de la propiedad, determinando si existe antinomias y cómo deberían resolverse.

## II. ANÁLISIS DE LA LEY NÚMERO 29618:

La Ley emitida el 24 de noviembre del 2010, establece:

Artículo 1.— Presunción de la posesión del Estado respecto de los inmuebles de su propiedad

Se presume que el Estado es poseedor de todos los inmuebles de su propiedad.

Artículo 2.— Declaración de imprescriptibilidad de los bienes inmuebles de dominio privado estatal

Declárese la imprescriptibilidad de los bienes inmuebles de dominio privado estatal.

Por su parte, el artículo 36 de la Ley núm. 29151-Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales dispone que los predios que no se encuentren inscritos en el Registro de Predios y que no constituyan de particulares, ni de las Comunidades Campesinas y Nativas, son de dominio del Estado peruano (en adelante, Estado). Entonces, todos los bienes que no estén inscritos a favor de un particular son propiedad del Estado, lo cual genera, a su vez, que se presuma que el Estado es poseedor de todos esos inmuebles no inscritos a favor de particulares.

Pues bien, debemos indicar que consideramos que no estamos ante una verdadera «presunción» sino ante una ficción legal, no debiéndonos dejar llevar por el solo texto de la norma de que «se presume».

En efecto, la norma establece que se presume que el Estado es poseedor de todos los inmuebles de su propiedad, es decir parte de la premisa que todos los bienes del Estado son poseídos por el mismo, lo cual es un supuesto complicado de probar, salvo en el caso de una posesión mediata, pero que en este caso no se presenta, por cuanto se requeriría que el Estado hubiera entregado la posesión inmediata a un tercero, lo cual no sucede.

Veamos, los inmuebles de propiedad del Estado son todos aquellos lagos, ríos, minas, diques, suelos, subsuelos, sobresuelos, y todos los que los bienes que se consideran dentro del término inmuebles, a razón del artículo 885° del Código Civil. En la realidad poseer todo este bien es imposible, puesto que existen zonas en donde ni siquiera ninguna persona podría ejercer posesión. Por ello, al ser este supuesto uno que en la realidad de los hechos no se presenta no puede generarse una presunción legal, puesto que para esta se requiere que el supuesto si exista, que sea cierto.

Ahora bien, una ficción legal se presenta en el momento en que se requiere que una ley en un determinado caso cree un efecto jurídico, el cual proviene de un supuesto de inexistencia o de uno irreal. ZAVALA explica la diferencia entre presunción y ficción citando a tres grandes autores<sup>1</sup>, todos los cuales coinciden en indicar que la suposición o presunción está relacionado a la existencia de los hechos, en cambio, la ficción en hechos inexistentes que generan la creación de este.

Por ello, consideramos que esta norma es en realidad una ficción legal y no una presunción, aunque del texto literal de la misma podría considerarse como tal, en estricto, considerar que el Estado posee «todos» los inmuebles de su propiedad es algo que en la realidad no puede ni podría presentarse; es decir, es un hecho inexistente, lo que impide que cualquier persona pueda alegar la posesión sobre los bienes de dominio privado pese a que pudiera tener medios probatorios que respalden su afirmación, en tanto no se está ante una presunción.

Podemos concluir que, la Ley en realidad determina la ficción legal de que el Estado es poseedor de todos sus inmuebles, esto es, de todos los inmuebles de dominio privado que estén inscritos a su favor o que no estén inscritos en Sunarp a favor de un particular.

### III. MARCO GENERAL DE LAS ANTINOMIAS

Los sistemas normativos son el conjunto de normas que se encuentran unidas y relacionadas entre sí, teniendo como una de sus características el de tener la unidad y coherencia de normas que les permita relacionarse entre ellas. El Tribunal Constitucional de Perú se ha pronunciado en la sentencia del Expediente 0047-2004-AI/PI, sobre el ordenamiento jurídico definiéndolo como *una pluralidad sistémica de normas aplicables en un espacio y lugar determinado, y se caracteriza por su normatividad sistémica y su plenitud hermética*. Asimismo, señala que *el ordenamiento conlleva la existencia de una normatividad sistémica, pues el derecho es una totalidad, es decir, un conjunto de normas entre las cuales existe tanto una unidad como una disposición determinada. Por ende, se le puede conceptualizar como el*

*conjunto o unión de normas dispuestas y ordenadas con respecto a una norma fundamental y relacionados coherentemente entre sí.*

BOBBIO (2017) citando a KELSEN indica que se distinguen dos tipos de sistemas normativos, uno dinámico y otro estático:

(...) Por sistema estático KELSEN entiende aquel en el que las normas están relacionadas entre sí como las proposiciones en un sistema deductivo, (...) por tanto, que todas estas leyes forman un sistema en cuanto se deducen de la primera.

Sistema dinámico, en cambio, es aquel en el que las normas que lo componen se derivan unas de otras mediante una delegación sucesiva de poder, o sea, no por medio de su contenido sino de la autoridad que las ha creado: una autoridad suprema que no tiene ninguna otra autoridad sobre sí. En otras palabras, se puede decir que en este tipo de ordenamiento normativo la vinculación entre las diferentes normas no es material sino formal, 171-172.

En atención a esta distinción, el sistema jurídico es un sistema dinámico, dado que lo que lo caracteriza es el aspecto formal, la autoridad que emite las normas. Ahora bien, este sistema dinámico no impide que existan dos normas que se sean contrarias entre sí, lo que en principio daría lugar a la quiebra del sistema y la unidad y coherencia que este tiene; por ello se ha mencionado que:

(...) resulta perfectamente verosímil que un mismo sistema albergue normas contradictorias para la regulación de un mismo caso, como lo es también que se produzcan contradicciones entre las resoluciones judiciales. Otra cosa es que normativamente y en el plano de la aplicación del Derecho las contradicciones hayan de solucionarse, como han de colmarse las lagunas (PRIETO SANCHÍS, 2005, 131).

PRIETO SANCHÍS (2005) señala que la «existencia de normas contradictorias se explica por el carácter dinámico del Derecho y que, al mismo tiempo, el derecho es también un sistema estático, de modo que el contenido de sus normas no puede entrar en contradicción con otras superiores, y singularmente con la Constitución, resulta que la coherencia se convierte en un postulado esencial del sistema» (p. 132). Vale decir, nada impide que en el sistema normativo existan normas contrapuestas por cuanto la coherencia del sistema tiene verse como el objetivo de todo aquel.

Por tanto, el ordenamiento jurídico tiene como base fundamental a la unidad y a la coherencia normativa, sin que la contradicción entre dos normas signifique el quiebre del sistema, por el contrario, genera que se apliquen los criterios necesarios para dar solución y llegar al objetivo o fin de guardar una coherencia del sistema normativo.



## 1. DEFINICIÓN

Es común encontrar que se presenten dos normas que se contrapongan, es decir que regulen un mismo supuesto de hecho con consecuencias jurídicas distintas, lo cual genera la existencia de la antinomia. Esta figura tiene sustento en la división de poderes que permite a las autoridades emitir distintas normas y al fin del propio legislador de querer regular de una u otra forma todos los distintos supuestos de hecho que se presentan en la realidad social, conforme a su mejor saber y entender.

Esta incompatibilidad de normas ha sido denominada antinomia, generándose que en doctrina se le defina de la siguiente manera:

— Para ALF ROSS, se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas (MARTÍNEZ, 2015, 1310).

— Para BOBBIO es la situación en que dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento y tiene el mismo ámbito de validez imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas (MARTÍNEZ, 2015, 1310).

— PRIETO SANCHÍS (2005) «supone la existencia de una contradicción entre los enunciados deónticos o calificaciones normativas establecidas por dos normas pertenecientes al mismo sistema» (p. 132).

— HENRÍQUEZ VIÑAS siguiendo a HUERTA OCHOA indica que el conflicto normativo es aquel que se presenta cuando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles. Precizando la distinción entre la incompatibilidad formal y material se habla de «infracción» cuando la incompatibilidad en comento sea formal, es decir, cuando no se hayan cumplido debidamente las normas procedimentales o existan vicios de competencia. Si, por el contrario, la incompatibilidad normativa es material corresponde hablar de «contradicción normativa», lo que generalmente se produce por contradicción en el carácter de las normas (contradicción deóntica) o en su contenido (contradicción lógica) (HENRÍQUEZ, 2013, 461).

— GUARINONI prefiere utilizar el término: «incompatibilidades» antes que el más común de «contradicciones», dado que el de contradicción, si nos referimos a la lógica, es un concepto muy específico y excluiría, por ejemplo, a normas contrarias entre sí, que son incompatibles. Si una norma hace obligatoria una conducta y otra la prohíbe, son incompatibles, aunque no son contradictorias. Asimismo, señala que, el corolario es que solo hay una contradicción o incompatibilidad cuando se trata del mismo caso, o condición fáctica. Ello se corresponde con una concepción de las normas como enunciados condicionales, que establecen que una conducta deviene obligatoria, prohibida o permitida cuando se produce determinado antecedente, comúnmente llamado un caso (GUARINONI, 2001, 548-549).

— MARTÍNEZ ZORRILLA señala que existe un amplio acuerdo sobre este concepto: se dice que nos encontramos ante una antinomia siempre que a un mismo supuesto de hecho le sean aplicables dos o más normas que establezcan consecuencias jurídicas distintas o incompatibles para ese mismo caso (MARTÍNEZ, 2015, 1310).

— El Tribunal Constitucional de Perú la define como aquella situación en que dos normas pertenecientes al mismo ordenamiento y con la misma jerarquía normativa son incompatibles entre sí, por tener el mismo ámbito de validez (STC 0047-2004-AI/TC).

Así las cosas, podemos indicar que la antinomia es la existencia de dos o más normas que regulen un mismo supuesto de hecho con consecuencias jurídicas distintas, generando incompatibilidad o contraposición entre las normas, que tendrá que ser resuelta para obtener la coherencia que requiere todo sistema normativo.

## 2. PRESUPUESTOS

BOBBIO (2017) señala que «para que exista una antinomia deben darse dos condiciones: i) las normas deben pertenecer a un mismo ordenamiento y ii) las dos normas deben tener el mismo ámbito de validez, esto es, temporal, espacial, personal y material» (p. 182). Por su parte, el Tribunal Constitucional de Perú en la sentencia del expediente 0047-2004-AI/TC ha señalado que la existencia de una antinomia se acredita en función de tres presupuestos:

— Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad pertenezcan a un mismo ordenamiento; o que se encuentren adscritas a órdenes distintos, pero, sujetas a relaciones de coordinación o subordinación (como el caso de una norma nacional y un precepto emanado del derecho internacional público).

— Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad tengan el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal o material).

— Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad pertenezcan, en principio, a la misma categoría normativa; es decir, tengan homóloga equivalencia jerárquica.

Siguiendo a STRAWSON, AGÜERO-SAN JUAN (2015) indica que, por tal razón, «en la identificación de los enunciados y las inconsistencias se debe considerar si estos fueron: i) enunciados por la misma persona, ii) enunciados en el mismo tiempo, y iii) enunciados en el mismo lugar, entre otras consideraciones» (p. 42).

Visto estos presupuestos o requisitos como lo que se necesita para que aparezca una antinomia, que básicamente concuerdan en que las normas tienen que pertenecer a un mismo sistema normativo y que se encuentren en el mismo ámbito de validez, pasaremos a desarrollar que tipos de antinomias pueden generarse.

De otro lado, debemos considerar lo que manifiesta BOBBIO (2017), en tanto establece que, si definimos a las normas incompatibles como aquellas que no pueden ser al mismo tiempo verdaderas, las relaciones de incompatibilidad normativa se presentarán en estos tres casos:

1. Entre una norma que *manda* hacer alguna cosa y una norma que la prohíbe (contrariedad);
2. Entre una norma que *manda* hacer y otra que *permite* no hacer (contrariedad), y
3. Entre una norma que *prohíbe* hacer y una que *permite hacer* (contrariedad) (p. 180).

En la misma línea de ideas, PRIETO SANCHÍS (2005) indica que:

(...) es preciso que las dos normas resulten aplicables simultáneamente, para lo cual es necesario que compartan su mismo ámbito de validez material, esto es, que regulen la misma conducta o situación respecto de los mismos sujetos (ámbito personal) y en el mismo ámbito espacio-temporal.

Por ejemplo, entre una norma que permite hacer huelga y otra que prohíbe esa misma acción solo existirá antinomia si se produce una superposición, al menos parcial, de los ámbitos de validez personal, temporal y espacial. Así, cabe que la norma permisiva se refiera a los trabajadores en general y la prohibitiva se dirija solo a los funcionarios o a una clase de funcionarios, y entonces la contradicción solo se producirá cuando la huelga sea promovida por tales funcionarios; o que la norma permisiva se refiera a cualquier actividad laboral y la prohibitiva tenga por objeto a quienes trabajen en servicios considerados esenciales, en cuyo caso solo respecto de estos últimos surgirá la antinomia, etcétera (pp. 132-133).

Adicionalmente, también se ha mencionado sobre algunos de los principales criterios para identificar las antinomias como:

- i. Que las leyes presenten igualdad de materia, identidad de destinatarios y una incompatibilidad entre los fines de la nueva y antigua ley;
- ii. Que se presente una incompatibilidad en los preceptos, sistema y criterios de las normas en cuestión;
- iii. Que la incompatibilidad se dé tanto entre los textos de las leyes como en los principios que las inspiran y se deduce de ellas;

iv. Que se aprecie una incompatibilidad sustancial entre los contenidos de la ley nueva y los contenidos de la antigua;

v. Que la inconsistencia sea de tal magnitud, que a partir del lenguaje específico de ambas no pueden ser obedecidas simultáneamente, es decir, que al confrontar las disposiciones se aprecie la imposibilidad de aplicar simultáneamente ambas normas;

vi. Que la incompatibilidad se produzca porque la política de las leyes hace imposible su aplicación conjunta;

vii. Que las leyes dispongan consecuencias jurídicas incompatibles para el mismo hecho específico (AGÜERO-SAN JUAN, 2015, 43-44).

En este sentido, las antinomias se presentarán en tanto dos normas regulen un mismo supuesto de hecho, pero le otorguen distintas consecuencias jurídicas, generándose de esta manera un conflicto en la aplicación de ambas y vulnerando con ello la propia seguridad jurídica.

### 3. CLASIFICACIÓN

Para empezar, debemos dejar en claro que, la teoría del derecho establece la diferencia entre lo que es la norma propiamente dicha y la disposición, siendo la norma el significado de la propia disposición, por ello, las antinomias se establecen entre las normas y no sobre las disposiciones.

(...) distinguir entre «disposición» y «norma». Las disposiciones normativas son entendidas como los textos o formulaciones lingüísticas promulgadas por una autoridad, mientras que las normas propiamente dichas serían el resultado de una interpretación de esos textos (MARTÍNEZ, 2015, 1316).

En esta línea de análisis, se ha mencionado que una antinomia se va a presentar en la propia norma y no en la disposición:

(...) En este sentido, se han desarrollado diversas situaciones de inconsistencia a partir de la negación, implicación, contrariedad y contradicción. Por ello, desde estas consideraciones y a partir de la noción de implicación, STRAWSON desarrolla un catálogo de términos de valoración lógica que puede ser utilizado para la identificación de antinomias entre enunciados normativos, de manera que es posible identificar con mayor claridad sus casos de oposición. (...) La contrariedad de dos enunciados se manifiesta cuando es lógicamente imposible que a la vez ambos sean verdaderos (esta definición de contrariedad puede o no incluir casos de contradicción) (AGÜERO-SAN JUAN, 2015, 41).

También la doctrina ha distinguido dos tipos de normas, siendo la segunda en la que se presentarán las antinomias:

Normas de conducta: son contenidos significativos que correlacionan casos genéricos con soluciones normativas, en la que los casos genéricos son entendidos como tipos de eventos o estados de cosas definidos por una cierta propiedad y las soluciones normativas son asimiladas con la modalización deóntica de acciones con base en los caracteres deónticos P (permitidos), Ph (prohibido), y O (Obligatorio).

Otros enunciados normativos: son contenidos significativos que, pese a no expresar normas en sentido estricto, suelen tener efectos jurídicos. Por ejemplo, son considerados enunciados de esta clase las definiciones legales, las presunciones jurídicas, las normas de competencia, las disposiciones derogatorias, las normas interpretativas y las normas de reenvío, entre otras; ya que estos enunciados se caracterizan por no contener un modalizador deóntico (AGÜERO-SAN JUAN, 2015, 33).

En este acápite debemos tener en consideración que las antinomias pueden ser de dos tipos de forma general:

— Antinomias abstractas o lógicas, en donde el conflicto se basa en la norma y no en la disposición normativa, no requiriéndose un caso concreto sino solo se analizará en abstracto. Este tipo se caracteriza por cuanto el conflicto está al nivel de las reglas, al menos una de las dos normas tiene que ser regla.

— Antinomias concretas o axiológicas, en donde se requiere un caso concreto para que exista conflicto, resolviéndose con los métodos axiológicos, principalmente con la ponderación. A diferencia del tipo anterior, en este caso el conflicto está a nivel de principios.

Así las cosas, en el presente análisis desarrollaremos a las antinomias abstractas o lógicas, a su propia clasificación y a los criterios de solución para resolverlas.

### 3.1. *Según la clásica doctrina*

Como clasificación general debemos mencionar a la desarrollada por ALF ROSS, quien citado por HENRÍQUEZ VIÑAS establece que las antinomias pueden ser por:

a) Inconsistencia total-total, que se produce cuando en ningún caso una de las normas se puede aplicar sin generar conflicto con la otra. Si los hechos condicionales de cada norma son simbolizados por un círculo, una inconsistencia de esta clase ocurre cuando los dos círculos coinciden;

b) Inconsistencia total-parcial, una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que la otra norma tiene un campo de aplicación que no está en

desacuerdo con la primera. Tal inconsistencia se grafica con dos círculos, uno de los cuales está completamente dentro del otro;

c) Inconsistencia parcial-parcial, cuando cada una de las normas tiene un campo de aplicación que entra en conflicto con el de la otra y a su vez un campo de aplicación dentro del cual el conflicto normativo no existe. Tal inconsistencia se expresa con dos círculos en intersección (HENRÍQUEZ, 2013, 462).

### *3.2. Según su naturalidad*

Otra de las clasificaciones más conocidas son las de antinomias aparentes y reales definidas por PRIETO SANCHÍS (2005):

(...) siendo aparente cuando, en realidad, encierra un problema de validez de alguna de las normas en conflicto; sin duda para el aplicador del Derecho la antinomia se presenta como real en el sentido de que ambas normas pretenden regular el caso, pero es aparente porque una de ellas es inválida y no debería existir; en cambio decimos que es real aquella antinomia que se entabla entre dos normas válidas del sistema. Las primeras, las antinomias aparentes, se producen en el nivel de la producción del Derecho, las reales, en el plano de la aplicación (pp. 133-134).

Por su parte, MARTÍNEZ (2015) describe esta clasificación como:

(...) es posible diferenciar entre lo que podríamos llamar antinomias «aparentes» y antinomias «auténticas» (o «genuinas»). Dentro del primer grupo hallaríamos todas aquellas situaciones en las que al menos una de las normas originadoras del conflicto carece de validez jurídica (en sentido de pertenencia al sistema). En cambio, estaríamos ante una antinomia del segundo tipo si todas las normas implicadas en aquella son normas jurídicas válidas. En el primer caso, lo que en realidad ocurriría es que al menos una de las normas que podríamos llamar «problemáticas» en realidad no es tal norma (esto es, no es una norma jurídica propiamente dicha en cuanto que carece de validez), con lo que el problema, desde un punto de vista teórico al menos, es solo aparente. En cambio, en el segundo caso el problema sería real o genuino, puesto que todos los elementos en conflicto coexistirían en el mismo sistema (p. 1315).

### *3.3. Según el Tribunal Constitucional de Perú*

El Tribunal Constitucional de Perú determinó la siguiente clasificación en la sentencia del expediente núm. 0047-2004-AI/TC:

52. Las antinomias pueden ser clasificadas según el tipo de conflicto que generan y su grado de relación.

*a) Por el tipo de conflicto que generan*

En esta hipótesis pueden ser observadas como:

*a.1.) Conflictos bilaterales-unilaterales*

Son bilaterales cuando el cumplimiento de cualquiera de las normas en conflicto implica la violación de la otra. Tal el caso cuando se castiga y no se castiga administrativamente una conducta.

Son unilaterales cuando el cumplimiento de una de las normas en conflicto implica la violación de la otra, mas no al revés. Tal el caso cuando se castiga penalmente con prisión efectiva al infractor que tiene más de veinte años, y en otra, se castiga al infractor que tiene la edad base de dieciocho años.

*a.2.) Conflictos totales-parciales*

Son totales cuando el cumplimiento de una de las normas supone la violación integral y entera de la otra.

Son parciales cuando la aplicación de una de las normas implica la violación segmentada de la otra.

*a.3.) Conflictos necesarios y posibles*

Son necesarios cuando el cumplimiento de una de las normas implica irreversiblemente la violación de la otra.

Son posibles cuando el cumplimiento de una implica solo la eventualidad de la violación de la otra.

De acuerdo a esta clasificación se pueden plantear las siguientes combinaciones:

- Conflictos bilaterales, necesarios y totales.
- Conflictos bilaterales, necesarios y parciales.
- Conflictos bilaterales, parciales y necesarios respecto a una de las normas en conflicto y posibles respecto a la otra.
- Conflictos bilaterales, parciales y solo posibles respecto a las dos normas en conflicto.
- Conflictos unilaterales, parciales y posibles.

En cambio, no caben los conflictos bilaterales, totales y posibles; ni tampoco los conflictos unilaterales, parciales y necesarios.

*b) Por su grado de relación*

En esta hipótesis pueden ser observadas como:

*b.1.) Las antinomias directas*

Que aluden a dos normas que expresa, inequívoca y claramente se contradicen.

*b.2.) Las antinomias indirectas*

Cuando dos normas que sin tener referencia mutua entre sí llegan a contradecirse. Dicha contradicción se produce por la diferencia o dispersidad en los patrones axiológicos o teleológicos en que se sustentan, y se resuelve mediante alguno de los modos de integración.

#### 4. CRITERIOS PARA RESOLVER LAS ANTINOMIAS

Pues bien, para solucionar el problema de las antinomias se ha dicho:

Enfrentados a una incompatibilidad normativa, los juristas suelen optar por dos formas de solución:

a) Reconstruir el sistema de modo de mostrar que se trata de dos normas que se refieren a condiciones fácticas —o casos— diferentes.

b) Enfrentando la inconsistencia, aplicar alguno de los tres principios, *lex superior*, *lex posterior* o *lex specialis*, o una combinación entre ellos, y por tanto otorgar preferencia a alguna de las dos normas enfrentadas. (GUARINONI, 2001, 549).

GUARINONI (2001) indica que los criterios para resolver las antinomias juegan un doble papel: por una parte, son criterios de clasificación, y por otra son criterios de preferencia. No obstante, debemos tener en consideración que:

Los criterios de resolución de antinomias pueden ser definidos — conforme a CHIASSONI— como aquel tipo particular de metanormas metodológicas cuya función consiste en establecer: a) cuál, de entre dos normas incompatibles, debe prevalecer sobre; y, además, b) de qué manera esta debe prevalecer, esto es, con qué efectos desde el punto de vista del ordenamiento jurídico pertinente, o bien de un sector o subsector de aquel (pp. 549-550).

Determinado que las antinomias se darán entre las normas y no entre las disposiciones normativas, debemos pasar a desarrollar como se resolverán estas. No obstante, debemos dejar en claro, como lo indica PRIETO SANCHÍS (2005):

(...) que la interpretación no es una forma de resolver la antinomia, sino un paso indispensable para constatarla. (...) una disposición puede ser solo parcialmente contradictoria y que se presentaría claramente en las llamadas sentencias interpretativas, teniendo como consecuencia que, pese a constatare la antinomia entre las normas —la legal y la constitucional—, la disposición legislativa se mantiene válida, aunque eliminando de ella



alguna de sus posibles interpretaciones o de su posible norma. (...) mediante la interpretación es posible evitar o propiciar el surgimiento de una antinomia constituye una consecuencia de la propia naturaleza del proceso interpretativo (p. 134).

De otro lado, debemos dejar en claro que al momento en que se resuelve una antinomia no se realiza en estricto una derogación de la norma, entendida como la expulsión de esta del sistema normativo, por cuanto los jueces no tienen esa potestad, realizando solo la inaplicación de esta.

#### 4.1. Principales criterios:

Los principales criterios para resolver una antinomia son los de jerarquía, cronológico y especialidad, los que pasamos a detallar:

##### 4.1.1. Criterio de jerarquía

Determina que en caso de antinomia va a prevalecer la norma de mayor rango, sobre la base del adagio latino *lex superior derogat inferior*, por lo que en este caso se verificará que rango tenía cada una de las normas y primará la que tenga el mayor rango.

(...) cuando es aplicable el criterio jerárquico, deroga significa que la norma inferior es inválida, con independencia de cuales sean los mecanismos que cada Derecho establezca para hacer efectiva esa invalidez (PRIETO SANCHÍS, 2005, 135).

El criterio jerárquico resuelve antinomias aparentes. En consecuencia, la aplicación del mismo importa la invalidez de una de las normas en conflicto —en este caso de la norma inferior que contradice la superior— y no su pérdida de vigencia, por tanto, el efecto no será la derogación. La norma inferior no debe ser aplicada porque no es inválida. (...)

En nuestro sistema, el juez ordinario ante un conflicto normativo entre normas de distinta jerarquía deberá preterir la aplicación de la norma inválida al caso concreto, pero no podrá declarar su invalidez (HENRÍQUEZ, 2013, 466-467).

##### 4.1.2. Criterio cronológico

Determina que en caso de antinomia va a prevalecer la disposición más reciente en el tiempo, habiendo sido derogada la anterior. Vale de-

cir, se resuelve antinomias reales, en las que ambas normas tienen plena validez.

(...) si la antinomia se establece entre una norma anterior y otra posterior, el «deroga» ya no supone pérdida de validez, sino de vigencia; la norma anterior queda derogada en el sentido de que deja de estar vigente (PRIETO SANCHÍS, 2005, 135).

Este criterio se aplica para resolver verdaderos conflictos diacrónicos entre normas válidas y de igual jerarquía, pero tiene dos limitaciones: a) ha de predicarse respecto de normas comunes, en otro caso la eficacia derogatoria de la norma posterior puede corregirse mediante la aplicación de la excepción del criterio de especialidad; b) solo se puede aplicar respecto de normas homogéneas, o sea, que pertenezcan al mismo ámbito de competencia. El efecto de la aplicación del criterio cronológico es la derogación de la norma anterior.

Respecto del efecto de la aplicación del criterio cronológico —la referida derogación— formulare una serie de afirmaciones: a) La derogación está relacionada con la vigencia de la norma y no con su validez; b) La derogación es un fenómeno perfectamente regular, cuyo fundamento es responder al cambio en el sistema jurídico. A lo dicho, agregaré que el efecto es la derogación «tácita» de la norma anterior, quedando, por ende, excluidas de este análisis las derogaciones expresas, implícita y orgánica.

La derogación tácita requiere ser declarada. Tal declaración —que generalmente emana de un órgano jurisdiccional o un órgano aplicador del Derecho— importa un acto de interpretación al caso particular.

La aplicación del criterio cronológico no procede cuando la inconsistencia es total-parcial. En este supuesto procede la aplicación del criterio de especialidad (HENRÍQUEZ, 2013, 467-469).

#### 4.1.3. *Criterio de especialidad*

Se presenta cuando una norma general y otra especial entran en conflicto, resolviéndose de manera que se prefiera a la norma especial.

El sentido del criterio de especialidad es hacer posible la aplicación de normativas singulares a grupos sociales diferenciados, permitir que determinados sectores no se rijan por el patrón general, habilitándoles una regulación específica que se adapte en mayor medida a sus necesidades.

Este criterio ostenta las siguientes particularidades: a) hace referencia a la existencia de conflicto normativo por razón de la materia, b) tiene siempre un carácter relativo que implica la comprobación del contenido de una norma con otra a través de una actividad interpretativa, c) solo puede ser

aplicable a antinomias total-parcial, d) resuelve antinomias reales, porque ambas normas en conflicto son válidas.

Cuando se aplica el criterio de especialidad no se invalida la norma general, tampoco se la deroga totalmente. La aplicación de este criterio importa la derogación solo de aquella parte de la norma general que es incompatible con la norma especial (HENRÍQUEZ, 2013, 470-471).

PRIETO SANCHÍS (2005) se manifiesta sobre «este criterio indicando que permite resolver antinomias reales y que representan por tanto una regla de aplicación, no suele gozar de un reconocimiento expreso» (p. 138). Por su parte, BOBBIO (2017) indica que «esta regla corresponde a una exigencia fundamental de justicia, entendida como igual tratamiento a las personas que pertenecen a una misma categoría» (p. 188).

Cabe indicar que, en este caso, la norma no aplicada mantiene su plena validez y vigencia, teniendo la derogación el significado de la postergación de la norma para regular el caso concreto (PRIETO SANCHÍS, 2005, 135).

#### *4.2. Otros criterios citados por PRIETO SANCHIS*

PRIETO SANCHÍS (2005) indica que la doctrina incluye dos criterios adicionales, el de especialidad y prevalencia:

Sobre los cuales la ley competente deroga a la incompetente, y que la ley prevalente deroga a la no prevalente. Tampoco en estos casos el término deroga presenta un significado uniforme: la derogación de la ley incompetente por la competente es un caso análogo al de la derogación de la ley inferior por la superior, y determina por ello la invalidez; la derogación de la norma no prevalente es un caso cercano a la derogación de la ley general por la especial, y es por tanto una regla de aplicabilidad (p. 135).

##### *4.2.1. Criterio de competencia*

En caso de antinomia va a prevalecer la norma que fue emitida por el órgano competente de esa materia, por lo que se verificará quien fue el órgano que emitió cada norma y quien tenía la competencia para regular el supuesto de hecho. En este caso el requisito básico fundamental es que las dos normas provengan de fuentes distintas, y que exista una tercera que determine las competencias de cada órgano. Por ello, la norma emitida por un órgano incompetente es inválida desde su nacimiento.

#### 4.2.2. Criterio de prevalencia

En este caso se requiere que exista antinomia entre dos normas pertenecientes a dos subsistemas normativos distintos, sin que tengan una relación de jerarquía; y, que ambas normas sean competentes para regular el mismo supuesto de hecho. Asimismo, indica que este criterio permite resolver las antinomias reales, aquellas en las que no se pone en juego la validez de ninguna de las normas. Vale decir, se establece una regla para determinar en caso de conflicto que norma prevalece.

Cabe mencionar que el Tribunal Constitucional de Perú en la sentencia del expediente 0047-2004-AI/TC mencionó diez principios para la resolución de antinomias, pero solo desarrolló el principio de jerarquía y de competencia.

#### 5. EN CASO LOS CRITERIOS SEAN INSUFICIENTES

Puede darse el caso que ninguno de los criterios antes indicados pueda resolver una antinomia, lo que generaría que estas sean irresolubles. Los casos más frecuentes son de antinomias total-total o parcial-parcial. En estos casos, BOBBIO (2017) recurre a la formalidad de las normas para resolverlas indicando que estas pueden ser por su forma imperativas, prohibitivas o permisivas:

El criterio respecto a la forma consistiría en establecer un grado de prevalencia entre las tres formas de la norma jurídica, por ejemplo, de este modo: si de dos normas incompatibles una es imperativa o prohibitiva y la otra es permisiva, prevalecerá la permisiva. Este criterio parece razonable y corresponde a uno de los cánones interpretativos seguidos más frecuentemente por los juristas, esto es, el de dar prevalencia, en caso de ambigüedad o incertidumbre en la interpretación de un texto, a la interpretación favorable antes que a la odiosa (p. 190).

Sin embargo, estas reglas no tienen un carácter vinculante por lo que la solución estará en manos de quien resuelva la antinomia, esto es, el juez, quien deberá resolver conforme a su propio criterio. BOBBIO (2017) determina que, en estos casos, el juez o jurista puede: «eliminar una de las normas (interpretación abrogante), eliminar las dos (solo cuando oposición sea de contradicción) y conservar las dos (si se demuestra que las dos normas no son incompatibles, o es una aparente, pudiendo realizarse una interpretación correctiva para conservar ambas normas)» (pp. 191-193). Cabe indicar que en estos casos podría ser de utilidad la aplicación del método de la ponderación para llegar a solucionar el problema.

## 6. EN CASO DE CONFLICTOS DE CRITERIOS

De otro lado, puede darse el caso que los propios criterios entren en conflicto, generándose con ello antinomias de segundo grado. BOBBIO (2017) por estas últimas indica que tienen existencia por dos razones: por la inaplicabilidad de los criterios, o bien por la aplicabilidad de dos o más criterios contrarios entre sí, poniendo el siguiente ejemplo:

Si de dos normas incompatibles una es superior y subsiguiente, y la otra inferior y antecedente, tanto el criterio jerárquico como el cronológico dan como resultado el hacer prevalecer a la primera. Lo mismo ocurre si la norma subsiguiente es especial respecto de la precedente, puesto que aquella prevalece, ya sea con fundamento en el criterio de especialidad o en el criterio cronológico (p. 195).

En esta misma idea, BOBBIO (2017) determina que pueden darse tres conflictos entre los criterios y propone la solución a cada uno de estos:

1. Conflicto entre el criterio jerárquico y el cronológico. Este conflicto tiene lugar cuando una norma anterior-superior es antinómica respecto de una norma posterior-inferior. Teniendo como solución la prevalencia del criterio jerárquico, lo que tiene por efecto eliminar tanto la norma inferior como la posterior.

2. Conflicto entre el criterio de especialidad y cronológica. Este conflicto tiene lugar cuando la norma anterior-especial es incompatible con una norma posterior-general. Tiene como solución la prevalencia del criterio de especialidad, la ley general posterior no elimina la ley especial anterior.

3. Conflicto entre el criterio jerárquico y el de la especialidad. Es el caso de una norma superior-general incompatible con una norma inferior-especial. En este caso no hay una solución segura dependiendo del criterio del interprete y de acuerdo a las circunstancias del caso concreto (pp. 196-197).

No obstante, se indica que:

Finalmente, casi no hace falta advertir que, siendo la antinomia el resultado de una interpretación y siendo tan inseguros los criterios propuestos, resulta del todo verosímil que se produzcan contradicciones entre las resoluciones judiciales, es decir, que casos iguales y hasta idénticos reciban distintas respuestas jurídicas. Solo el respeto al precedente y los mecanismos de unificación de doctrina podrían paliar —que no resolver— dicho problema. Así que las antinomias son la realidad del sistema, mientras que la coherencia representa su ideal; un ideal al que, sin embargo, no debe

renunciarse, pues, entre otras cosas, es garantía de la seguridad jurídica y de la igualdad de trato (PRIETO SANCHÍS, 2005, 142).

#### IV. REGULACIÓN SOBRE EL SANEAMIENTO Y FORMALIZACIÓN DE LA PROPIEDAD:

Es de público conocimiento que en el Perú existe un déficit de vivienda de 140,000 aproximadamente, lo cual genera que las personas, principalmente de los sectores D y E, opten de forma equivocada por buscar alternativas de ocupación informal para luego postular a los programas de saneamiento y formalización de la propiedad que emite el Estado. Este tema es generado por la falta de una política urbana desde la década de los años 90, la cual viene siendo suplida por los famosos programas de formalización de la vivienda, es decir para regularizar las ocupaciones informales realizadas por la propia población.

(...) Por el contrario, ha dirigido sus esfuerzos las últimas décadas a la regularización de las ocupaciones urbanas informales y a la liberalización del suelo y la vivienda, provocando que la expansión se haya acelerado. Se trata de dos estrategias que, en primer lugar, van paralelas y se superponen a los procesos de planificación, que quedan neutralizados y desacreditados cuando dichas ocupaciones informales se dan en contra de lo especificado por los planos y acaban formalizadas por el Estado ante su falta de capacidad para evitarlas. En segundo lugar, la política de formalización de la propiedad implica la renuncia del Estado a gestionar su principal capital y el aspecto clave en una política urbana, el suelo, el que se deja a merced de los intereses privados y del tráfico (Exposición de motivos del proyecto de Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, 2021, 4).

Así, podemos señalar algunos de los procedimientos destinados a formalizar la vivienda autoproducida por las personas de manera informal:

— *Ley de desarrollo y complementaria de formalización de la propiedad informal, acceso al suelo y dotación de servicios básicos – Ley núm. 28687*

— *Ley de saneamiento físico-legal y formalización de predios rurales a cargo de los Gobiernos Regionales – Ley núm. 31145*

De otro lado, la Ley núm. 29151 – Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales y su reglamento aprobado por Decreto Supremo núm. 008-2021-VIVIENDA, disponen que sobre los predios de dominio privado del Estado se puedan realizar actos de administración, como son el usufructo, servidumbre, entre otros, que tienen o pueden aplicarse siempre que el particular acredite poseer el predio.

En este sentido, podemos determinar que, pese a la existencia de la Ley, que establece que se presume al Estado como poseedor de sus inmuebles, considerándose incluso los que no están inscritos, por cuanto son considerados de propiedad del Estado, existe regulación que requiere que el particular o administrado acredite posesión sobre inmuebles estatales, lo cual genera una incompatibilidad normativa con la Ley. De la misma manera, la Ley núm. 28687 dispone realizar la prescripción adquisitiva de dominio en sede administrativa para el caso de posesiones informales, lo cual resulta incompatible con lo dispuesto por la propia Ley.

## V. ANTINOMIAS GENERADAS - CASOS CONCRETOS DE LA LEY:

Como se podrá observar algunas de las leyes de formalización de la propiedad informal requiere que el particular acredite posesión reciente sobre inmuebles estatales, incluso para actos de administración de este tipo de bienes también se requiere acreditar posesión reciente, pese a la existencia de la Ley. Vale decir, estas normas generan incompatibilidades con lo dispuesto por la Ley, y no solo en lo referente a la posesión que se ejerza, sino también en realizarse prescripciones adquisitivas de dominio sobre inmuebles estatales.

Por ello, pasaremos a describir las normas que estarían en conflicto o en antinomias:

MARCO	DISPOSICIONES	NORMAS
Ley núm. 29618- Ley que declara la imprescriptibilidad de los bienes de dominio privado del Estado	Artículo 1.- Presunción de la posesión del Estado respecto de los inmuebles de su propiedad Se presume que el Estado es poseedor de todos los inmuebles de su propiedad.	Estado posee todos sus inmuebles. N1
	Artículo 2.- Declaración de imprescriptibilidad de los bienes inmuebles de dominio privado estatal Declárese la imprescriptibilidad de los bienes inmuebles de dominio privado estatal.	Son imprescriptibles los inmuebles privados del Estado. N2

Ley de saneamiento físico-legal y formalización de predios rurales a cargo de los Gobiernos Regionales - Ley núm. 31145	6.1 Los poseedores de un predio rústico de propiedad del Estado, destinado íntegramente a la actividad agropecuaria, que se encuentren en posesión en forma pública, pacífica y continua, podrán regularizar su situación jurídica ante el gobierno regional correspondiente, siempre que dicha posesión se hubiera iniciado con anterioridad al 25 de noviembre de 2010, fecha de entrada en vigencia de la Ley 29618, Ley que establece la presunción de que el Estado es poseedor de los inmuebles de su propiedad y declara imprescriptibles los bienes inmuebles de dominio privado estatal.	Poseer predios estatales desde antes de la vigencia de la Ley 29618 hasta la actualidad. N3
	6.2 En el caso de los poseedores en tierras eriazas habilitadas de propiedad del Estado destinadas íntegramente a la actividad agropecuaria podrán regularizar su situación jurídica mediante el procedimiento de adjudicación directa, previo pago del valor arancelario del terreno, siempre que dicha posesión se hubiera iniciado con anterioridad al 25 de noviembre de 2010.	Poseer predios estatales desde antes de la vigencia de la Ley 29618 hasta la actualidad. N4
Ley de desarrollo y complementaria de formalización de la propiedad informal, acceso al suelo y dotación de servicios básicos - Ley núm. 28687 - <i>Modificada</i> por la Ley núm. 31056, Ley que amplía los plazos de la titulación de terrenos ocupados por posesiones informales y dicta medidas para la formalización	3.1 La presente ley comprende aquellas posesiones informales referidas en el artículo anterior, que se hubiesen constituido sobre inmuebles de propiedad estatal, hasta el 31 de diciembre de 2015. Comprendase en el ámbito de la propiedad estatal a la propiedad fiscal, municipal o cualquier otra denominación que pudiera dársele a la propiedad del Estado, incluyéndose aquellos que hayan sido afectados en uso a otras entidades, y aquellos ubicados en proyectos habitacionales creados por norma específica que no estuviesen formalizados o estén en abandono.	Poseer predios estatales hasta el 31 de diciembre del 2015. N5



Ley de desarrollo y complementaria de formalización de la propiedad informal, acceso al suelo y dotación de servicios básicos - Ley No. 28687	11.1 Los procedimientos administrativos de declaración de propiedad previstos en el primer y tercer párrafos del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal, Decreto Supremo núm. 009-99-MTC, son los de regularización del tracto sucesivo y de prescripción adquisitiva de dominio, respectivamente. Ambos pueden seguirse ante las municipalidades provinciales, en forma individual o colectivamente a través de sus respectivos representantes designados para ello.	Aplicar la prescripción adquisitiva de dominio sobre predios estatales. N6
	11.3 El reglamento de la presente Ley establecerá los procedimientos para solicitar la declaración de propiedad por regularización del tracto sucesivo y la declaración de propiedad por prescripción adquisitiva de dominio, exigiendo en este último caso, el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 950 del Código Civil según corresponda, sin necesidad de la declaración judicial prevista en el artículo 952 del acotado cuerpo legal.	Aplicar la prescripción adquisitiva de dominio sobre predios estatales. N7
Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley núm. 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales Decreto Supremo núm. 008-2021-VI-VIENDA	Artículo 168.- Causales para la constitución directa del derecho de usufructo 3. Cuando el predio se encuentra en posesión por un plazo mayor a dos (02) años por el solicitante.	Poseer predios estatales por más de dos años antes del 2021. N8
	Artículo 176.- Arrendamiento directo c) Cuando el predio se encuentra en posesión por un plazo mayor a dos (02) años.	Poseer predios estatales por más de dos años antes del 2021. N9

Ahora bien, detectadas estas normas debemos verificar si cumplen los presupuestos para ser consideradas antinomias:

— En el mismo sistema normativo: Todas las normas antes indicadas y la Ley se encuentran en el mismo sistema normativo, esto es, el sistema normativo nacional o peruano.

— En el mismo ámbito de validez: Todas las normas antes indicadas y la Ley se encuentran en el mismo ámbito de validez, esto es, todas se aplican en el mismo ámbito temporal, especial o material.

Por tanto, todas las normas y la Ley cumplen los presupuestos siendo por ello antinomias. Así las cosas, pasaremos a resolverlas aplicando los criterios indicados en los apartados antes desarrollados:

a) Ley (N1) vs Ley núm. 31145 (N3 - N4):

- Jerarquía: Bajo este criterio ambas normas prevalecen al tener ambas el mismo rango.

- Cronológico: Bajo este criterio prevalece la Ley núm. 31145, al ser la norma más reciente, esto es, del 2020.

- Especialidad: Bajo este criterio prevalece la Ley núm. 31145 al ser la norma más específica, respecto a la formalización de predios rurales.

Como se puede observar en este caso la Ley núm. 31145 y, por ende, las normas N3 y N4 prevalecen sobre la Ley.

b) Ley (N1) vs Ley núm. 31056 (N5):

- Jerarquía: Bajo este criterio ambas normas prevalecen al tener ambas el mismo rango.

- Cronológico: Bajo este criterio prevalece la Ley núm. 31056 al ser la norma más reciente, esto es, del 2020.

- Especialidad: Bajo este criterio prevalece la Ley núm. 31056 al ser la norma más específica, respecto a la formalización de la propiedad informal.

Como se puede observar en este caso la Ley núm. 31056 y, por ende, la norma N5 prevalece sobre la Ley.

c) Ley (N2) vs Ley núm. 28687 (N6 - N7):

- Jerarquía: Bajo este criterio ambas normas prevalecen al tener ambas el mismo rango.

- Cronológico: Bajo este criterio prevalece la Ley al ser la norma más reciente, esto es, del 2010, por cuanto la Ley núm. 28687 data del 2006.

- Especialidad: Bajo este criterio prevalece la Ley núm. 28687 al ser la norma más específica, respecto a la formalización de la propiedad informal.

Como se puede observar existe conflicto de criterios los cuales resolveremos de la siguiente manera:

- Cronológico y especialidad: Con este criterio prevalece la Ley núm. 28687, no eliminando la Ley a la norma especial anterior.

Por tanto, prevalece la Ley núm. 28687 sobre la Ley.

d) Ley (N1) vs Decreto Supremo núm. 008-2021-VIVIENDA (N8 - N9):

- Jerarquía: Bajo este criterio prevalece la Ley, por cuanto es una norma de mayor jerarquía.

- Cronológico: Bajo este criterio prevalece el Decreto Supremo al ser la norma más reciente, esto es, del 2021.

- Especialidad: Bajo este criterio prevalece el Decreto Supremo al ser la norma más específica, respecto a los actos de administración de los bienes inmuebles estatales.

Como se puede observar existe conflicto de criterios los cuales resolveremos de la siguiente manera:

- Jerarquía y cronológico: En este criterio prevalecería la Ley.

- Jerarquía y especialidad: En este criterio prevalecería el criterio del intérprete de las normas, siendo aceptada por la administración la prevalencia del Decreto Supremo.

Por tanto, consideramos que prevalecería el Decreto Supremo al ser una norma especial respecto de la Ley, permitiéndose realizar actos de administración sobre los predios privados estatales y no eliminando por completo esta posibilidad.

## VI. CONCLUSIONES

I. Como se habrá podido observar la Ley núm. 29618 trajo consigo una serie de antinomias que en casi todos los casos se resuelvan a favor de las normas especiales, y no a favor de esta Ley, lo cual genera que sea el propio Estado quien no cumpla con acatar o resguardar sus propios bienes privados, impidiéndose solamente realizar una prescripción adquisitiva a nivel judicial o notarial.

II. En efecto, el Estado admite y permite acreditar posesión de particulares o administrados sobre bienes inmuebles privados estatales pese a la vigencia de la Ley, aunado a que es el propio Estado quien desconoce sus prohibiciones realizando prescripciones adquisitivas en sede administrativa a favor de particulares sobre predios estatales. Vale decir, el mensaje que nos da el Estado es «no lo hagas por tu cuenta, hazlo conmigo».

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO-SAN JUAN, S. (2015). Las antinomias y sus condiciones de surgimiento. Una propuesta para los enunciados normativos. *Revista de Derecho*, XXVIII (2), 31-46. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000200002>
- BOBBIO, N. (2017). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Themis.
- Exposición de motivos del proyecto de Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, *Ministerio de Vivienda*. [www.vivienda.gob.pe](http://www.vivienda.gob.pe)
- GUARINONI, R. (2001). Después, más alto y excepcional. Criterios de solución de incompatibilidades normativas. *Doxa*, 24. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.20>
- HENRÍQUEZ, M. (2013). Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho chileno. *Estudios Constitucionales*, 11, 459-476. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100012>.
- MARTÍNEZ, D. (2015). *Conflictos normativos*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/16.pdf>
- PRIETO SANCHÍS, L. (2005). *Apuntes de teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.
- ZAVALA, S. (2013). *Las presunciones en el derecho civil*. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6715>
- Expediente núm. 0047-2004-AI/TC. Tribunal Constitucional de Perú. [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)
- Ley núm. 28687, Ley de desarrollo y complementaria de formalización de la propiedad informal, acceso al suelo y dotación de servicios básicos.
- Ley núm. 31145, Ley de saneamiento físico-legal y formalización de predios rurales a cargo de los Gobiernos Regionales.
- Ley núm. 29151 - Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales.
- Decreto Supremo núm. 008-2021-VIVIENDA, Reglamento de la Ley núm. 29151.
- Ley núm. 31056, Ley que amplía los plazos de la titulación de terrenos ocupados por posesiones informales y dicta medidas de formalización.
- Ley núm. 29618. Ley de presunción de que el Estado es poseedor de todos los inmuebles de su propiedad y declara la imprescriptibilidad de los bienes inmuebles de dominio privado estatal.

## NOTAS

<sup>1</sup> ALZAMORA explica la ficción como una suposición que hace el derecho sobre la existencia o la realidad de algo que no existe de diversa manera, a fin de lograr, mediante una aplicación de determinadas normas, consecuencias jurídicas que no se obtendrían de otro modo; y que mientras las presunciones se fundan en leyes de probabilidad, las ficciones «son verdaderos artificios, es decir, puras creaciones del derecho».

Amplía la idea de las leyes de probabilidad, CHIOVENDA, al decir que «cuando, según la experiencia que tenemos del orden normal de las cosas, un hecho es causa o efecto de otro hecho, o cuando acompaña a otro hecho, nosotros, conocida la existencia de uno de ellos, presumimos la existencia del otro. La presunción es,

pues, una convicción fundada en el orden normal de las cosas y que dura mientras no se pruebe lo contrario».

ALSINA, justificando su existencia, diferencia ambos conceptos diciendo que la presunción es la consecuencia jurídica que se saca de un hecho que se tiene por existente, en tanto que la ficción se funda en un hecho consecuentemente inexistente, y mientras aquella tiene por objeto suplir la insuficiencia de la prueba directa, esta «corresponde a las exigencias de un sistema jurídico, por lo que IHERING ha definido a las ficciones como mentiras técnicas consagradas por la necesidad». (ZAVALA, 2013, 103).

*(Trabajo recibido el 9 de agosto de 2021 y aceptado  
para su publicación el 4 de octubre de 2021)*

**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 4-10-2021

BOE 3-11-2021

Registro de la Propiedad de Almodóvar del Campo.

#### HERENCIA: CAUSA DE LAS DISTINTAS ADJUDICACIONES.

Para la resolución de este expediente, es conveniente analizar el tracto sucesorio de cada una de las herencias que se aceptan y adjudican entre los interesados. En primer lugar, la de la primera causante, a la que son llamados los cuatro hijos y el viudo en cuanto al usufructo universal; como resulta de la escritura, se adjudican los bienes conforme la partición hecha por la testadora, y el lote del hijo que posteriormente fallece, se adjudica a los tres hijos que viven e intervienen en la escritura, por derecho de transmisión. La adjudicación a «los suyos» en este llamamiento de «*ius delationis*», suscita la controversia de este expediente. Esto nos lleva al llamamiento del segundo causante, hijo de la anterior, que se centra en la legítima de su padre superviviente, y la institución de heredero universal a favor de uno de sus hermanos. Por tanto, el lote correspondiente a la cuarta parte del hermano premuerto, debe corresponder por mitad a estos: a su hermano, designado heredero voluntario único, que vive; y a la porción de su padre en pago de su legítima —mitad de la herencia de su hijo— que se ha de adjudicar en su caudal partible. Y esta adjudicación es la que se debate, ya que, en la escritura, los tres herederos supervivientes, hacen un «acervo común» y parten en la forma que entienden por conveniente. Por último, la herencia del padre, tercer causante, que corresponde a los tres herederos que viven a la apertura de su sucesión, pues no hay sustitutos vulgares del premuerto y, por tanto, acrece a sus hermanos, lo que no plantea dudas, si bien, en el caudal de este



tercer causante, debe incluirse la parte que le corresponde como legitimario en la herencia de su premuerto hijo. Así pues, efectivamente, los únicos interesados son los tres hijos que sobreviven, si bien, no suceden en la misma proporción, ya que solo uno de ellos es heredero único del hijo premuerto compartiendo en mitad con la legítima del padre del premuerto.

Ahora lo que se discute es si pueden esos tres interesados hacer un acervo común y partir como deseen, o deben realizar lotes proporcionales a las partes que les corresponden a cada uno de ellos y, en su caso, transmitirse entre ellos los excesos para igualarse. El mero negocio particional no puede justificar cualquier transmisión patrimonial, si no queda suficientemente causalizada y sin perjuicio de que pueda implicar la existencia de excesos o defectos de adjudicación, declarados o comprobados. Por lo demás, la expresión en una partición de herencia de la participación de los herederos en la liquidación del caudal hereditario, y las correspondientes adjudicaciones que se les hacen en pago de las mismas deben tener un reflejo y constancia adecuados, para la seguridad del tráfico y para la protección de los derechos de las personas implicadas y de los terceros (entre ellos los acreedores tanto de la herencia como de los propios herederos).

Resolución de 4-10-2021

BOE 3-11-2021

Registro de la Propiedad de León, número 1.

#### HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

De la reiterada doctrina de este Centro Directivo en materia de cancelación de hipotecas resulta la necesidad de diferenciar dos supuestos distintos. Por un lado, está la cancelación por caducidad convencional pactada por las partes. Nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (*vid.* arts. 513.2.º, 529, 546.4.º y 1843.3.º CC), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo, salvo que en ese instante estuviera ya en trámite de ejecución hipotecaria, en cuyo caso, la hipoteca se extinguiría al concluir el procedimiento, ya por consumación de la ejecución, ya por cualquier otra causa. Pero si no se ha pactado esa caducidad convencional, solo queda acudir a la llamada caducidad legal, que se basa en el transcurso de los plazos determinados por la Ley. A ello se refieren dos preceptos de la Ley Hipotecaria: a) El artículo 82, párrafo quinto; b) el artículo 210.1, regla octava, párrafo segundo. El artículo 210 de la Ley Hipotecaria no se fundamenta directamente en la institución de la prescripción de las acciones, sino que fija unos plazos propios, cuyo cómputo es estrictamente registral, con lo que más bien está regulando un auténtico régimen de caducidad de los asientos, al exigir que «hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía».

En el caso objeto de este expediente existe inscrita una hipoteca en garantía de un préstamo cuyo plazo final de vencimiento era el día 2 de noviembre de 2003. No aparece en el clausulado de la hipoteca ningún pacto relativo a la posible cancelación por caducidad de tal derecho real de garantía. De acuerdo con lo expuesto en el punto anterior, parece claro que la eventual cancelación

de la citada hipoteca habría de someterse a lo establecido en el párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Como se ha señalado, el requisito esencial en estos casos es que «haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dichas garantías». El plazo de prescripción de la acción derivada del derecho real de hipoteca es que establece el artículo 128 de la Ley Hipotecaria: «La acción hipotecaria prescribirá a los veinte años, contados desde que pueda ser ejercitada». En el presente caso es evidente que no se han cumplido dichos requisitos, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

Resolución de 4-10-2021

BOE 3-11-2021

Registro de la Propiedad de Segovia, número 1.

#### CONCURSO DE ACREEDORES: CONCURSOS SIN MASA.

La regulación, de lo que la doctrina ha venido en denominar «concursos sin masa», ha ido evolucionando y concretándose en las distintas reformas de la Ley Concursal, hasta llegar a la regulación actual. El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, derogó los artículos relacionados, y en su nueva redacción aclara y ratifica lo anterior en su artículo 473, al disponer, en su apartado primero: «1. Durante la tramitación del concurso procederá la conclusión por insuficiencia de la masa activa cuando, no siendo previsible el ejercicio de acciones de reintegración o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable, la masa activa no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el juez considere que el pago de esos créditos está garantizado por un tercero de manera suficiente. La insuficiencia de masa activa existirá, aunque el concursado mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su visible valor venal». El texto refundido regula la reapertura del concurso, aclarando definitivamente que la reapertura solo puede producirse por la aparición de nuevos bienes. Así lo dice expresamente su artículo 505, en su apartado primero.

En el supuesto de este expediente, se deduce del contenido del Registro que ha habido cumplido conocimiento de la existencia de las fincas registrales 52 634 y 52 636 en sede concursal. Por lo tanto, conforme a lo anteriormente expuesto, no se da el supuesto para la reapertura del concurso, ni procede solicitar del juzgado que se pronuncie sobre la posibilidad de su rehabilitación, ya que está claro que el Juzgado de lo Mercantil al acordar la conclusión del concurso ha entendido que no concurren los presupuestos para la reapertura.

Como ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa no significa que se produzca una extinción, vía condonación, de las deudas de la sociedad, ni que los bienes que permanezcan a nombre de la sociedad pasen a ser «*res nullius*». La STS número 324/2017 de 24 de mayo, unifica doctrina decidiendo que la sociedad liquidada y con la hoja registral cancelada puede ser demandada, representada por el liquidador, sin que sea preciso reabrir su hoja registral. Por lo tanto, según la doctrina expuesta, para el cumplimiento de los requisitos de forma, relativos a actos jurídicos anteriores

a la cancelación de los asientos registrales de la sociedad, los antiguos liquidadores pueden formalizar actos jurídicos en nombre de la sociedad extinguida con posterioridad a la cancelación registral de esta, como resulta del artículo 400 de la Ley de Sociedades de Capital.

Pero en el supuesto de este expediente, no nos encontramos ante una actuación derivada de la liquidación llevada a cabo con anterioridad a la conclusión del concurso, sino ante la liquidación de los bienes subsistentes de la sociedad una vez decretada la disolución de esta. El vacío legal existente en torno a la forma de proceder a la liquidación patrimonial en este supuesto, requiere buscar una solución que salvaguarde por un lado los legítimos intereses de los acreedores y por otro los de los socios. Cualquier posibilidad razonable debe partir necesariamente de la existencia de unos bienes cuya existencia es perfectamente conocida por el juzgado que acuerda la conclusión de su concurso y de los que se tiene que poder disponer so pena de congelar la vida jurídica de dicho bien y, en consecuencia, su historial registral. Pero también de la especial situación de la sociedad, disuelta y cancelada pero que, conforme se ha expuesto anteriormente mantiene su personalidad jurídica hasta su extinción material, lo que implica que debe existir un órgano que pueda representarla a tal fin.

Ante esta situación cabe o bien aplicar la misma solución apuntada en la referida resolución, entendiéndose que el cese del administrador concursal implica la reactivación, de las facultades del órgano de administración para convocar junta general que acuerde dicha disolución y el nombramiento de liquidador, o bien, dado que como se ha dicho, dichos órganos sociales han sido cesados, entender que debe renovarse el nombramiento de liquidador. El acuerdo habrá de tomarse conforme a las reglas aplicables al tipo social de que se trate, entre las que se encuentra la celebración, a estos efectos, de la junta universal de socios.

Resolución de 5-10-2021

BOE 3-11-2021

Registro de la Propiedad de Torrelodones.

**HERENCIA: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO. HERENCIA: RECTIFICACIÓN DE UNA INSCRIPCIÓN EN CUANTO A LA CONCURRENCIA DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.**

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.*, por todas, Resolución de 29 de junio de 2015), que del artículo 675 del Código civil resulta el entendimiento de las cláusulas conforme el sentido literal de las palabras a menos que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador; que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real del testador, esto es, sentido espiritualista de las disposiciones; que, recogiendo la doctrina asentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1985, en la interpretación de los actos testamentarios, la principal finalidad es investigar la voluntad real, o al menos probable del testador en sí misma, sin que pueda ser obstáculo la impropiedad o lo inadecuado de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de las circunstancias, incluso externas del testamento, y de completar aquel tenor literal con el elemento lógico, el teleológico y el sistemático; y que el primer elemento en la interpretación de

los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se debe establecer cuál es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias.

Ahora bien, «extramuros» del proceso, el intérprete tiene como límite infranqueable la literalidad de lo reflejado en el testamento, y si bien siempre ha de tenderse a la interpretación favorable a la eficacia de la disposición, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código civil (cfr., por ejemplo, el propio art. 767, y los arts. 715, 743, 773, 786, 792 y 793, así como, «ex analogía», el 1284), no es menos cierto que es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquel tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento, pues preocupación —y obligación— del notario ha de ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje.

El centro de la cuestión está en si nos encontramos ante un ruego o ante una sustitución fideicomisaria de residuo, y en este punto, aunque los llamamientos a una sustitución fideicomisaria deban ser expresos y no se presuman (arts. 783 y 785.1 CC), ello no implica la necesaria utilización de la expresión sustitución fideicomisaria o un equivalente técnico de la misma, en el testamento, pudiendo resultar la figura de la sustitución fideicomisaria, con el natural deber de conservar, más o menos amplio, según haya previsto el testador, y de transmitir a un segundo heredero, del establecimiento de un orden sucesivo de llamamientos. Este llamamiento sucesivo existe en la disposición testamentaria objeto de debate, donde se llama nominativamente a hermanos del causante, empleando incluso de forma expresa el término de sustitución vulgar o por estirpes en defecto de los llamados.

En cuanto al artículo 785 del Código civil, la obligación «terminante» de conservar y transmitir los bienes no es esencia del fideicomiso, como señaló este Centro Directivo (Resolución de 17 de septiembre de 2003).

En el presente caso, en principio, el literal de la cláusula aboca a la existencia de un ruego debido a la utilización del término, pero la redacción del testamento puede reflejar ciertas dudas sobre su verdadera voluntad, pues, aunque no utilice expresamente el término «sustitución fideicomisaria» ni «fideicomiso» y emplee el término «con el ruego», también es cierto que del resto de sus palabras resulta que parece prever una sustitución fideicomisaria, con doble llamamiento.

Sea cual fuere la interpretación que se dé a la cláusula controvertida, lo cierto es que se ha producido en el año 2012 una interpretación por parte del notario autorizante y en ese sentido se ha producido la inscripción. Ahora se rectifica la interpretación dada por errónea, pero el asiento ha generado expectativas a terceros llamados como hipotéticos fideicomisarios y por ello, el registrador señala que deben prestar su consentimiento a la nueva interpretación. A falta de la concurrencia de los interesados, serán, en última instancia, los tribunales de Justicia a quienes corresponde la interpretación de la cláusula controvertida. Pues bien, como bien ha señalado el registrador en la calificación, estando ya los asientos practicados bajo la salvaguardia de los tribunales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 y 38 de la Ley Hipotecaria, se debe exigir para la rectificación de los asientos el consentimiento de los interesados, conforme a los artículos 211 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 5-10-2021

BOE 3-11-2021

Registro de la Propiedad de Segovia, número 1.

**URBANISMO: AFECCIÓN POR COSTES DE URBANIZACIÓN Y LA CANCELACIÓN DE UNA CARGA POSTERIOR EN CASO DE EJECUCIÓN.**

Como ya se señaló en la Resolución de 21 de febrero de 2020, el artículo 254 de la Ley Hipotecaria dispone en su punto primero que «ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que se establecieren por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir». Solo se permite durante la pendencia de la acreditación del pago, exención o alegación de la no sujeción, la práctica del asiento de presentación, suspendiéndose mientras tanto la calificación y la inscripción. Acreditado el cumplimiento de las obligaciones fiscales, se levanta esa suspensión y el registrador procede a realizar la calificación global del documento especificando todos los eventuales defectos que impidan la inscripción. Y eso es lo que ha hecho la registradora en este caso.

La naturaleza del crédito urbanístico y de su garantía real, en la terminología utilizada por la legislación urbanística ha sido, y sigue siendo objeto de una amplia discusión doctrinal. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido perfilando la configuración de dichas figuras. En este sentido son fundamentales las Sentencias de 15 y 21 de julio de 2014 y 23 de julio de 2015. Concluyen las citadas sentencias afirmando que las obligaciones derivadas de los planes de ordenación urbanística, concretamente las derivadas de la urbanización de la unidad de actuación, son obligaciones de carácter real, que dan una preferencia de cobro sobre el bien afectado, por encima de cualquier otro derecho inscrito con anterioridad, por lo que cabe hablar de una hipoteca legal tácita. La constancia registral de la afección marca el momento a partir del cual la preferencia se predica «*erga omnes*», y se extiende incluso, a cargas anteriores inscritas. Siendo esto así respecto a las cargas anteriores, con mayor razón habrán de verse vinculados por esta garantía real los titulares de derechos reales que accedan al Registro después de que conste en la inscripción de la reparcelación la pertinente afección por costes de urbanización.

Los créditos derivados de los gastos de urbanización, en caso de impago, se hacen efectivos a través del correspondiente procedimiento de apremio, ya judicial, ya administrativo. Uno de los trámites de dicho procedimiento de apremio es la práctica de una anotación preventiva de embargo que determine de forma concreta el importe objeto de reclamación. Para que dicha anotación pueda gozar de la prioridad registral que deriva de la inscripción de la afección por costes de urbanización será preciso que se realice la oportuna notificación a los eventuales titulares de derechos inscritos o anotados sobre la finca entre la fecha de inscripción del proyecto de equidistribución en la que se hizo constar la afección prevista en el artículo 19 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, y la de presentación del mandamiento por el que se ordena la práctica de la anotación de embargo.

Es cierto que en la anotación del embargo practicada el 10 de abril de 2019 a favor del Ayuntamiento de Segovia no se especificó que el procedimiento tuviera por objeto la reclamación de cantidades amparadas por la cobertura de la garantía real que otorga la inscripción de la afección urbanística. Sin embargo, del contenido del mandamiento que motivó esa anotación, que consta incorporado

al expediente, sí resulta la oportuna notificación a la «Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A.», acreedor titular de la hipoteca que aparece inscrita con posterioridad a la reparcelación y antes de la anotación de embargo, notificación que, de no considerarse el embargo preferente frente a la hipoteca, no hubiera sido necesaria. Y, además, existen otras actuaciones en el expediente de apremio de las que sí resulta que el acreedor hipotecario tuvo conocimiento de que se estaba tramitando una ejecución que podría tener como consecuencia la cancelación de su inscripción de hipoteca.

Consecuentemente, el acreedor hipotecario conoció adecuadamente que el procedimiento de apremio que había causado la anotación de embargo letra A se estaba tramitando bajo la premisa de que dicha anotación, aun siendo posterior en el tiempo a la inscripción de hipoteca, se consideraba preferente y, por tanto, con la posibilidad de que, de llegar a culminarse la ejecución la hipoteca pudiera verse purgada por la fuerza de la certificación del acta administrativa de adjudicación y del correspondiente mandamiento.

Resolución de 5-10-2021

BOE 3-11-2021

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 11.

#### VIVIENDA HABITUAL DEL MATRIMONIO: ARTÍCULO 91 RH.

En aplicación de lo dispuesto en la Ley 5/2009, de 28 de abril, del Parlamento de Cataluña, parcialmente derogada por la Sentencia del Tribunal Constitucional número 4/2014, de 16 de enero, que la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalidad de Cataluña es competente para la resolución de los recursos contra la calificación registral únicamente cuando «las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten de forma exclusiva en normas del derecho catalán o en su infracción», mientras que «la competencia para resolver recursos mixtos, es decir, basados en cuestiones específicas de derecho catalán como, además, en cuestiones de derecho común u otros derechos corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado».

Respecto de las alegaciones del recurrente relativas a la falta de motivación de la calificación impugnada, 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. Aun cuando la argumentación en que se fundamenta la calificación haya sido expresada de modo escueto, cabe la tramitación del expediente y entrar en el fondo del asunto si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, según el contenido del escrito de interposición del recurso. En el presente caso el registrador ha expresado con claridad el defecto y ha fundado aquel en diversos preceptos, por lo que no cabe concluir que haya incurrido en una situación de falta de motivación jurídica.

En relación con la cuestión de fondo planteada, la ley protege especialmente la vivienda familiar habitual, trátese de vivienda simplemente conyugal, trátese

de vivienda en la que, además de los cónyuges vivan los hijos comunes o los que cada cónyuge hubiera habido antes del matrimonio. 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 el presente caso, no puede entenderse que la referida norma del artículo 91 del Reglamento Hipotecario, en cuanto exige una manifestación específica sobre un hecho concreto (que la finca no sea vivienda habitual de la familia), quede cumplida con la genérica afirmación de que los vendedores no se encuentran «en situación alguna que implique la necesidad legal de recabar el consentimiento ajeno para esta operación»; igual que no que sería suficiente, por ejemplo, la mera afirmación de que el acto dispositivo cumple todos los requisitos legales.

Resolución de 5-10-2021

BOE 3-11-2021

Registro de la Propiedad de Benissa.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA Y LA POSIBLE INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

El artículo 199 de la Ley Hipotecaria regula el expediente para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro. 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, en cuanto a la posible invasión de dominio público, resultan justificadas las dudas de la registradora, al ponerse de manifiesto la oposición expresa de hasta tres Administraciones públicas a la inscripción de la representación gráfica, en sendos informes en los que de forma clara y terminante se pone de manifiesto la invasión de dominio público por la representación gráfica que pretende inscribirse. En cuanto a la oposición de los titulares de fincas colindantes, procede reiterar una vez más la doctrina consolidada de este Centro Directivo. En el presente caso resultan identificadas y fundadas las dudas del registrador en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes y posible invasión de fincas colindantes.



Resolución de 5-10-2021  
BOE 3-11-2021  
Registro de la Propiedad de Roa.

#### INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

El artículo 65 de la Ley Hipotecaria, como recoge este Centro Directivo de forma reiterada (*vid.*, por todas, Resoluciones de 10 de octubre de 2012 y 12 de marzo de 2015), define las faltas subsanables y las insubsanables y señala las consecuencias que la calificación de estas produce. Si el título contuviera alguna falta subsanable, el registrador suspenderá la inscripción y extenderá anotación preventiva cuando lo solicite el presentante del título, pero si la falta es insubsanable, se denegará la inscripción sin posibilidad de realizar anotación preventiva. La nota de calificación de este expediente es expresiva de la suspensión, no de denegación, por lo que se trata de un defecto subsanable.

El jefe del Servicio Territorial de Medio Ambiente de la Delegación de Burgos emitió informe de fecha 13 de abril de 2021, recibido en el Registro de la Propiedad de Roa el día 16 de abril de 2021, y posteriormente emitió otro informe aclaratorio o complementario de fecha 6 de mayo de 2021. A la vista de dichos informes, el registrador suspendió la inmatriculación al conservar dudas sobre la existencia de una posible invasión del dominio público, de acuerdo con lo que dispone el mismo artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

Tal y como señaló esta Dirección General en las Resoluciones de 15 de marzo y 12 de abril de 2016, la protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción. En estos casos, aun no estando el dominio público deslindado si existe oposición de la Administración a la inscripción de la representación gráfica, lo procedente es la denegación de la inmatriculación por los motivos que han quedado expuestos (cfr. Resolución de 27 de noviembre de 2019).

En los casos de aceptación de herencia y formalización en título público de la adjudicación y adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, si con posterioridad otorga título traslativo de ellos a un tercero, el plazo de un año a que se refiere el artículo 205 se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia, momento desde el cual se puede entender adquirida por el heredero la posesión y por ende la propiedad de los bienes hereditarios, y no necesariamente desde el otorgamiento del título público de formalización de la aceptación y adjudicación de herencia. En este caso en que se otorga la escritura de compraventa el día 28 de mayo de 2020 y el título adquisitivo anterior es la adjudicación en la liquidación de sociedad conyugal y herencia de un causante que falleció el día 3 de marzo de 2020, es claro que no se acredita que la vendedora haya adquirido la propiedad de las fincas vendidas al menos un año antes del otorgamiento de la escritura de compraventa, lo cual de hecho es admitido por el recurrente.

De acuerdo con el mencionado principio hipotecario de rogación, esta Dirección General ha establecido que es posible que el registrador de la propiedad practique de oficio una inscripción parcial, es decir, no mediando solicitud expresa de las partes, cuando el defecto de que se trate afecte solo a alguna de las fincas o derechos independientes objeto del negocio jurídico escriturado, o cuando la escritura pública comprenda diferentes negocios jurídicos (Resoluciones de 15 de



marzo de 2006, 14 de septiembre de 2016 y 8 de octubre de 2018), y ello siempre que de tal inscripción parcial no se derive perjuicio para nadie. Por tanto, el registrador podría proceder de oficio, aunque no necesariamente ha de hacerlo, a inmatricular solo una finca y no la otra si concurriesen todos los requisitos para ello, pero no inmatricularla de una forma distinta a la solicitada, por medio de títulos distintos a los que resultan de la documentación presentada, si no media para ello la solicitud y conformidad del interesado.

Como consecuencia de esta eficacia de los testimonios por exhibición se admite por este Centro Directivo, como regla general, que la copia autorizada de las escrituras pueda ser sustituida por la fotocopia autenticada de la misma, para su acceso al Registro, siempre que se trate de su toma en consideración como documentos complementarios (cfr. Resoluciones de 15 de enero de 1960, 29 de septiembre de 1993, 5 de enero y 5 de septiembre de 2002). No obstante, cuando se trata de obtener la inscripción del título se niega a los testimonios esa eficacia sustitutiva respecto de la copia autorizada testimoniada. Por otro lado, como antes se ha mencionado, tras la nueva redacción dada al artículo 205 de la Ley Hipotecaria por la Ley 13/2015, a diferencia de la regulación anterior, en cuanto a la forma documental para acreditar la previa adquisición por el transmitente, ya no basta cualquier medio de acreditación fehaciente, categoría amplia dentro de la cual el Reglamento Hipotecario, en alguna de sus sucesivas reformas, ha considerado comprendidos incluso a simples documentos privados que reunieran los requisitos del artículo 1227 del Código civil, sino que ha de acreditarse la previa adquisición mediante título público. Debe recordarse, además, como ya declarado esta Dirección General (*vid.* Resolución de 4 de octubre de 2018) que en los supuestos de inmatriculación de fincas al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria la calificación registral se extiende tanto al título previo como al traslativo en los términos previstos por el artículo 18 de la misma ley.

Ya se ha señalado con anterioridad que esta Dirección General ha establecido que en los supuestos de inmatriculación de fincas al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria la calificación registral se extiende tanto al título previo como al traslativo en los términos previstos por el artículo 18 de la misma ley, aunque, como también se ha señalado, la calificación no puede extenderse a los títulos adquisitivos previos —salvo que esa supuesta y alegada adquisición previa del transmitente resultara ser conceptual y jurídicamente incongruente, o imposible, en cuyo caso sí puede y debe ser objeto de calificación—. De acuerdo con el artículo 254.1 de la Ley Hipotecaria ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que se establecieren por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir.

Existe autocontratación cuando una persona interviene en un mismo contrato en su propio nombre y en el de la otra parte contratante o incluso cuando representa a ambas partes en el negocio jurídico (cfr. arts. 221.2.º CC y 267 del Código de Comercio), y para tal supuesto es doctrina consolidada que en la atribución genérica de las facultades o poderes no está comprendido el caso en que en la operación estén en oposición los intereses de una y otra parte. En el presente caso, en las escrituras de adjudicación en pago parcial de deuda es indiscutible que una misma persona actúa en su propio nombre y derecho y además en nombre y representación, como apoderado de una asociación, siendo sus intereses contrapuestos (los de la parte deudora que transmite una finca a su acreedor en pago parcial de una deuda reconocida

en favor del mismo y los de la acreedora que adquiere la finca y por tanto da por extinguida la deuda en cuanto al importe por el que se valora la finca adjudicada), con riesgo de quiebra de la objetividad del representante y con el consiguiente menoscabo del interés protegido de su representado. Sin embargo, en la escritura de adjudicación en pago parcial de deuda de 26 de noviembre de 2015 la figura de la autocontratación está expresamente salvada mediante autorización expresa del principal, según se desprende con claridad del documento calificado.

Resolución de 5-10-2021

BOE 3-11-2021

Registro de la Propiedad de Tolosa, número 2.

#### URBANISMO: REPARCELACIÓN SOBRE FINCAS QUE APARECEN EN EL REGISTRO UBICADAS EN OTRO AYUNTAMIENTO.

Se trata de dilucidar en este expediente, si la aprobación firme de un procedimiento de reparcelación que, según se desprende del propio procedimiento, afecta a un solo término municipal, puede provocar la rectificación del Registro de la Propiedad de forma que se modifique la adscripción de determinadas fincas que, según sus libros, pertenecen a otro término municipal.

La reparcelación es un acto administrativo consistente en la agrupación, aunque sea meramente instrumental, del conjunto de las fincas incluidas en una misma unidad de ejecución para su nueva división ajustada al plan, con adjudicación de las parcelas resultantes a los propietarios de las primitivas y a la Administración, en proporción a sus respectivos derechos. No tiene como objeto delimitar el término municipal afectado.

Por otra parte, en el ámbito de la legislación hipotecaria, el artículo 3 del Reglamento Hipotecario, en su redacción aprobada por el Decreto de 14 de febrero de 1947, establece que «cuando indebidamente una finca figurase inscrita en un ayuntamiento o sección distinto del que le correspondiere, dentro del mismo Registro, el interesado podrá solicitar del registrador la traslación del asiento o asientos, acompañando a la petición el título inscrito y certificación administrativa que acredite el hecho. Si el registrador estimase justificada la traslación, la efectuará, sin más trámites que comunicar la solicitud a los restantes interesados a quienes pueda afectar la traslación, si los hubiere, consignando las oportunas notas de referencia en los asientos trasladados y en los que nuevamente practique (...)». La adscripción de una finca a un término municipal concreto se recoge en los asientos del Registro. Esta circunstancia será determinante, en el caso de las actuaciones urbanísticas, para establecer cuál será la entidad competente para intervenir en el acto administrativo que deba ser objeto de inscripción, mientras no se acredite la inexactitud del Registro. En caso de inexactitud, debe procederse a su rectificación.

No obstante, cabe recordar según resulta de la Resolución de 3 julio de 2019, que cuando se trate de la inscripción de proyectos de equidistribución referidos a unidades de actuación o ejecución determinadas, que por su naturaleza requieren también una calificación registral y atribución competencial unitaria y no fragmentada, todas las fincas de reemplazo han de quedar inscritas en el ayuntamiento o sección donde se ubique la mayor parte de la unidad de ejecución, cualquiera que fuera su ubicación concreta.

Resolución de 6-10-2021

BOE 3-11-2021

Registro de la Propiedad de Murcia, número 8.

#### RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Respecto de tal cuestión debe recordarse la doctrina reiterada de esta Dirección General, basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000, según la cual el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, cuestiones todas ellas extrañas al recurso contra la calificación registral.

De acuerdo con lo anterior, es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 LH). Por tanto, conforme a esta reiterada doctrina, el recurso contra la calificación negativa del registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados.

Resolución de 6-10-2021

BOE 3-11-2021

Registro de la Propiedad de Adeje.

#### PROPIEDAD HORIZONTAL: CLÁUSULA ESTATUTARIA QUE PERMITE LA AGRUPACIÓN O DIVISIÓN DE ELEMENTOS PRIVATIVOS.

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 el registrador ha expresado con claridad el defecto y ha fundado aquel en diversos preceptos, por lo que no cabe concluir que haya incurrido en una situación de falta de motivación jurídica. La motivación ha sido suficientemente expresiva de la razón que justifica su negativa a la inscripción, de modo que el recurrente ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo demuestra el contenido del escrito de impugnación.

Respecto de la cuestión de fondo planteada, 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. La exigencia de ese consentimiento de los propietarios se fundamenta en dos consideraciones. Por una parte, una de tipo material, apreciable en toda situación fáctica de edificio en régimen de propiedad horizontal: el hecho de que tales operaciones puedan suponer alteraciones materiales en las cosas comunes y afectar al uso de servicios generales. Por otra, una consideración de tipo jurídico, vinculada al funcionamiento orgánico

de la comunidad: el hecho de que, además, puedan suponer una alteración de las estructuras que sirven de base para fijar las cuotas de participación en la comunidad de propietarios. 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. 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. 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.

Resolución de 6-10-2021

BOE 3-11-2021

Registro de la Propiedad de Ferrol.

**NOTAS MARGINALES: CADUCIDAD.**

Las notas marginales pueden ser de dos clases: principales, como son las notas marginales de modificación jurídica y las sucedáneas de asientos principales; o de mera referencia, también llamadas de oficina para relacionar diversos asientos. Las primeras están sometidas normalmente a caducidad, y no así las segundas. Solo las primeras pueden ser objeto de cancelación en sentido estricto, pues las notas marginales de referencia se limitan a expresar la relación de un asiento con otro u otros practicados. Y esa relación es un hecho producido, que queda reflejado en los asientos del Registro, sin someterse a caducidad.

Esto no impide, como solicita la recurrente, a que con posterioridad a la nota marginal de referencia por la que se ha hecho constar la existencia de una anotación preventiva en los elementos independientes, se haga constar una nueva nota marginal de referencia en la que se diga que en el folio de las fincas independientes se ha cancelado la referida anotación preventiva.

Resolución de 8-10-2021

BOE 3-11-2021

Registro de la Propiedad de Torrijos.

**DERECHO DE SUPERFICIE: CONSTITUIDO SOBRE PARTE DE UNA FINCA. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: RESEÑA DEL PODER OTORGADO POR UNA SOCIEDAD QUE NO CONSTA INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL.**

En nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente factible constituir un derecho de uso sobre alguna de las partes materiales susceptibles de aprovecha-

miento independiente de un inmueble y que lo anterior no es incompatible con el mantenimiento de la unidad objetiva del todo pues no existe obstáculo jurídico a la constitución de derechos de goce —reales o personales— concretados a una sola porción material de la finca sobre la que se constituyen (*vid.* arts. 469, 517, 523 y siguientes, 545, 553, 564 y 1582 del Código civil y 4 de la Ley de Arrendamientos Rústicos), siempre y cuando quede suficientemente determinada (máxime si se trata de un derecho inscribible) la porción de la finca sobre la que recaerá tal derecho de goce (*vid.* arts. 1261 y 1273 y sigs. CC, 9.1 LH y 51 RH).

En cuanto a la necesidad de georreferenciación obligatoria del derecho de superficie debe también estimarse el recurso, pues esto solo es obligatorio para determinados supuestos, como ocurrirá en el caso de la segregación de la finca (cfr. art. 9 LH) que como vemos no es exigible en este momento, o en los casos de declaración de obra nueva finalizada. En el caso que nos ocupa la delimitación de la porción de finca sobre la que se constituye el derecho de superficie se encuentra claramente determinada en el título con la incorporación de plano georreferenciado y un listado de coordenadas de las que resulta la ubicación indubitada de la porción sobre la que se constituye el derecho, con pleno respeto al principio de especialidad registral. No puede confirmarse la calificación en lo que se refiere a la exigencia técnica de aportación a este efecto de un fichero en formato GML. Tampoco puede confirmarse la exigencia de que el plano o listado de coordenadas en el que se delimita la porción de finca sobre la que se constituye el derecho de superficie deba estar suscrito por técnico o deba contar con la firma legitimada notarialmente. A lo que cabe añadir que esta Dirección General ya ha admitido en reiteradas ocasiones la aportación de plano complementario o auxiliar a los efectos de determinar las servidumbres, doctrina perfectamente trasladable al caso que nos ocupa.

Rechazada la posibilidad de que en la escritura objeto de presentación se contenga un negocio asimilado al de parcelación de terrenos, en cuanto a la exigencia de previa georreferenciación de la parcela procede aquí reiterar la doctrina consolidada de esta Dirección General para los supuestos de declaración de obra nueva, conforme al artículo 202 de la Ley Hipotecaria, que es aplicable de forma análoga a este caso de constitución de un derecho sobre parte de finca delimitada por un listado de coordenadas. La circunstancia de ubicarse las coordenadas aportadas en los límites de la parcela o aún más, ocupando la totalidad de la misma, es relevante a la hora de determinar si las mismas pueden extralimitarse de la finca registral desde el punto de vista espacial o geométrico, tal y como se puso de manifiesto por esta Dirección General en la Resolución de 28 de septiembre de 2016 y reiterada en otras posteriores como la de 4 de enero de 2019.

En el caso de este expediente es cierto que existe una falta de correspondencia entre la superficie de la finca registral y la de la parcela a la que se refiere la certificación catastral, lo cual se pone de manifiesto por el registrador en la nota de calificación. Sin embargo, el registrador no ha expresado en su calificación las dudas de que la porción georreferenciada de finca pueda extralimitarse de la finca registral, más allá de la falta de concordancia superficial de la finca registral con la parcela catastral.

De la escritura resultan claramente determinadas las dos porciones de la finca en las que se concede el derecho de superficie, delimitadas por sendos planos con listados de coordenadas UTM, en los anexos I y II de la escritura, referidos, respectivamente, a «la construcción y explotación de una planta de generación de energía fotovoltaica» (anexo I) y a «cumplir una serie de medidas para preservar los recursos naturales y defender el medio ambiente que compensen el posible

impacto de su actuación por la instalación de la planta fotovoltaica» (anexo II). En este último aspecto la escritura se refiere a una Resolución de 10 de junio de 2020 de la Delegación Provincial de Desarrollo Sostenible de Toledo, la cual no se incorpora ni se acompaña al título. Esto, no obstante, no puede compartirse la tesis del registrador que afirma que la no aportación de este documento supone una indeterminación del derecho de superficie.

Las Sentencias de 20 y 22 de noviembre de 2018 y 1 de junio de 2021 se afirma que cuando, como ocurre en el presente caso, 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. Y el registrador debe revisar que el título autorizado permita corroborar que el notario ha ejercido su función de examen de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa, y que este juicio sea congruente con el contenido del título presentado, es decir, que resulte del contenido del juicio de suficiencia que dicha suficiencia se predica respecto del negocio jurídico otorgado, con la precisión necesaria para que no quepan dudas de que el notario ha calificado correctamente el negocio de que se trata y referido al mismo la suficiencia o insuficiencia de las facultades representativas.

En el supuesto que da lugar al presente recurso, el notario autorizante del título calificado ha reseñado el documento del que nace la representación directamente invocada por el compareciente, la escritura pública de apoderamiento, mediante indicación del notario autorizante, fecha y número de protocolo, pero ha omitido toda referencia a su eventual inscripción en el Registro Mercantil, a la persona concedente del poder, al título representativo que vincule a este último con la sociedad, y a la inscripción registral de dicho título, así como respecto del carácter general o especial del citado poder, de lo que nada se dice en la reseña.

Resolución de 13-10-2021

BOE 12-11-2021

Registro de la Propiedad de Manresa, número 1.

#### **PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201.1 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.**

En el procedimiento del artículo 201.1 LH el registrador al tiempo de expedir la certificación debe manifestar las dudas de identidad que pudieran impedir la inscripción una vez terminado el procedimiento, ya que de este modo se evitan a los interesados dilaciones y trámites innecesarios (cfr. Resolución de 8 de junio de 2016). Y ello sin perjuicio de la calificación que procede efectuar una vez concluida la tramitación ante notario, a la vista de todo lo actuado, conforme al último párrafo del artículo 201.1 y de la regla sexta del artículo 203.1, sin que sea pertinente en dicho momento apreciar dudas de identidad, salvo que de la tramitación resulte un cambio en las circunstancias o datos que se tuvieron a la vista al tiempo de expedir la certificación (cfr. Resolución de 20 de diciembre de 2016).

La registración de un exceso de cabida stricto sensu solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados.

En cuanto a la justificación de las dudas de identidad, como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados (*vid.* Resoluciones de 8 de octubre de 2005, 2 de febrero de 2010, 13 de julio de 2011, 2 de diciembre de 2013, 3 de julio de 2014, 19 de febrero y 9 de octubre de 2015 y 21 de abril de 2016, entre otras). En el presente caso, las dudas de la registradora se fundamentan en la magnitud del exceso juntamente con la procedencia de la finca por segregación, y la concurrencia de diferencias superficiales en las fincas colindantes, sin que de la nota de calificación resulte ninguna circunstancia adicional que acredite la existencia de un negocio traslativo encubierto.

Por todo lo expuesto, las dudas manifestadas en este caso no justifican por sí mismas la suspensión del procedimiento, en el que, además, siempre pueden practicarse las diligencias adicionales oportunas para disipar tales dudas. Por ello lo procedente en estos casos es la expedición de la certificación solicitada con exposición de los indicios apreciados que pueden dar lugar a dudas de identidad, permitiendo la continuación del procedimiento en el que se deberán practicar las diligencias correspondientes a la vista de tales indicios.

Resolución de 13-10-2021

BOE 12-11-2021

Registro de la Propiedad de Castropol.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Las dudas 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 se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 LH y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016, entre otras). Además, dispone el precepto que, a los efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, el registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, otras representaciones gráficas disponibles, que le permitan averiguar las características topográficas de la finca y su línea poligonal de delimitación, para lo que podrá acudir a la aplicación informática prevista en dicha norma y homologada en la Resolución de esta Dirección General de 2 de agosto de 2016. Como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

En cuanto a la protección registral del dominio público, tal y como ha reiterado esta Dirección General (cfr. «Vistos»), esta protección que la Ley otorga al



mismo no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción. Aunque, como señala el artículo 199, «la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes no determina necesariamente la denegación de la inscripción», ello no puede entenderse en el sentido de que no sean tenidas en cuenta tales alegaciones para formar el juicio del registrador, especialmente cuando se trata de la oposición terminante de la Administración pública poniendo de manifiesto una situación de invasión de «suelo destinado a viales y espacios públicos».

No pueden compartirse las alegaciones del escrito de recurso relativas a que falta una motivación de la calificación, ya que en la misma sea transcribe el informe de la Administración con la oposición y los motivos de esta, contando el interesado con la argumentación necesaria para poder formular los recursos que estime conveniente en defensa de sus derechos.

Resolución de 13-10-2021

BOE 12-11-2021

Registro de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes, número 1.

#### CONCURSO DE ACREEDORES: LÍMITES A LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR.

Como cuestión procedimental previa, el registrador dio traslado del recurso a la Agencia Estatal de Administración Tributaria titular de las hipotecas cuya cancelación se pretende, quien efectúa alegaciones que se unen al recurso. Conforme al artículo 327, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria, en su redacción dada por la disposición adicional decimocuarta de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, el registrador debía trasladar el recurso en los términos antes dichos. Sin embargo, la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, suprimió dicha redacción de forma que el recurso únicamente debe trasladarse al notario autorizante, autoridad judicial o funcionario que expidió el título si no fueran estos quienes hubiesen recurrido, por lo tanto, no deben tomarse en consideración las alegaciones emitidas, recordándose al registrador el carácter imperativo de la regulación legal del recurso contra la calificación registral («*ius cogens*»), a cuyo contenido debe ceñirse.

Conforme a la doctrina del Tribunal Superior y del Tribunal Constitucional resulta incontestable que es competencia y obligación del registrador de la propiedad 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 cuya cancelación se ordena por el tribunal.

En el caso objeto de este expediente, aunque el párrafo añadido al mandamiento cancelatorio no es un ejemplo de claridad, no se puede obviar lo que resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2017. El Alto Tribunal casa la sentencia de la Audiencia Provincial por entender que la registradora actuó correctamente al exigir que en el mandamiento de cancelación se hicieran constar el cumplimiento de los requisitos que prevé el artículo 155.4 de la Ley Concursal. Pero en ningún caso el Tribunal Supremo cuestiona la decisión de la Audiencia cuando esta afirma en su sentencia: «Del relato de hechos, no discutido, se desprende que hubo intervención y conocimiento de los



acreedores titulares de la carga cuya cancelación nos ocupa, de la existencia de un plan de liquidación que contemplaba la venta de la empresa con la totalidad de activos. También lo hubo de que se produjo una única oferta, no mejorada, con determinados compromisos en relación con la continuidad de la actividad empresarial, pero con total ausencia en la asunción de otras cargas, sin más compromisos que los que figuran en el plan de liquidación aprobado, y de que se autorizó la venta y una vez producida se ordenó la oportuna cancelación. En todos esos trámites intervinieron los acreedores llegando a discutir alguna decisión judicial obteniendo las oportunas resoluciones judiciales que ponderaron los intereses en conflicto».

En el supuesto de hecho de este expediente, la venta se autorizó según consta en el fundamento de derecho primero del auto, atendiendo a la comunicación de la insuficiencia de la masa activa para hacer frente a los créditos, de previsible generación de continuar el concurso, contra la masa, justificando la aplicación del artículo 176 bis de la ley. Lo que, a juicio del magistrado, justifica la transmisión de determinados bienes con el fin de cerrar el procedimiento sin activos de residuo en consecuencia con la finalidad liquidatoria a la que se ha hecho referencia en el fundamento 4 anterior. También se recoge en el auto de fecha 27 de enero de 2020 la comunicación de la venta a los acreedores sin que haya habido oposición por parte de los privilegiados, es más, en el fundamento segundo, el juez hace referencia expresa a la falta de oposición de la Hacienda Pública.

Por tanto, si en el procedimiento judicial se ha considerado que se habían cumplido los requisitos que la Ley Concursal prevé para que se pueda llevar a cabo la cancelación de las hipotecas existentes sobre la finca, entendiendo que los acreedores con privilegio especial afectados han tenido la intervención adecuada en el proceso concursal, excede de las facultades de calificación que el artículo 100 del Reglamento Hipotecario otorga a los registradores, el discrepar de esta valoración y entender incumplidos dichos requisitos.

Resolución de 14-10-2021

BOE 12-11-2021

Registro de la Propiedad de Valencia, número 10.

#### HERENCIA: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.

El precepto fundamental en esta materia es el artículo 675 del Código civil, del que resulta el entendimiento de las cláusulas conforme el sentido literal de las palabras a menos que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. Lo que confirman otras disposiciones del Código civil, como el artículo 773 para el nombre y apellidos de los designados como herederos o legatarios. En cualquier caso, tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real del testador; esto es, sentido espiritualista de las disposiciones. Ciertamente el primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se debe establecer cuál es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias. El Tribunal Supremo ha hecho aplicación en numerosas ocasiones de la prueba extrínseca, y señala la importancia del factor teleológico y sistemático con objeto de llegar a una interpretación armónica del testamento.

Ahora bien, «extra muros» del proceso, el intérprete tiene como límite infranqueable la literalidad de lo reflejado en el testamento, y si bien siempre ha de tenderse a la interpretación favorable a la eficacia de la disposición, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código civil (cfr., por ejemplo, el propio art. 767, y los arts. 715, 743, 773, 786, 792 y 793, así como, «ex analogía», el 1284), no es menos cierto que es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquel tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento, pues preocupación —y obligación— del notario ha de ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador; en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje.

En el supuesto concreto de este expediente, como bien alega el recurrente, una interpretación literal pura de la condición aboca a la imposibilidad del cumplimiento de la misma, dado que resulta cierto y acreditado que la llamada como heredera estaba divorciada desde el 1 de febrero de 1999, fecha anterior al tiempo del otorgamiento del testamento —20 de abril de 2010— y que además continuaba en ese estado civil al tiempo de la apertura de la sucesión —23 de junio de 2020—. Por tanto, tiene indudable sentido la interpretación hecha por la heredera según la cual «(...) el testador quiso nombrarla heredera en tanto no contrajese nuevo matrimonio, confundiendo su estado de divorciada con el de soltera». Así, de considerarse la exigencia literal del «estado de soltera», la imposibilidad del cumplimiento de la condición, por aplicación del artículo 792 del Código civil, llevaría a que se tuviera por no puesta.

En principio, la interpretación del testamento corresponde a los herederos, o en su caso al albacea o en su defecto a la Autoridad judicial, eran todos los llamados a una sucesión —y no solo algunos de ellos— los que tengan la posibilidad de decidir sobre el cumplimiento e interpretación de la voluntad del testador y a falta de acuerdo entre ellos, decidirán los tribunales de Justicia. Según doctrina reiterada de ese Centro Directivo, es posible que todos los interesados en la sucesión, si fueren claramente determinados y conocidos, acepten una concreta interpretación del testamento. En algunos casos, matizados y perfilados asimismo jurisprudencialmente, podrá también el albacea, máxime si en él, además confluye la condición de contador-partidor, interpretar la voluntad del testador. Y por fin, a falta de interpretación extrajudicial, corresponde a los tribunales de Justicia decidir.

En consecuencia, en este caso concreto, según los cánones hermenéuticos antes referidos, no cabe otra interpretación y, por tanto, no resulta forzada. Por ello, puede hacerla la llamada como heredera. Otra cosa sería el caso distinto de una interpretación forzada o que presentara complejas facetas o distintas posibilidades resultantes de la interpretación, que abocaría a compartirla con otros llamados para el caso de no cumplirse la condición o a una resolución judicial. Pero en este supuesto concreto no es así, pues resulta evidente la voluntad del testador.

Resolución de 14-10-2021

BOE 12-11-2021

Registro de la Propiedad de Igualada, número 1.

**TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE: TRANSACCIÓN HOMOLOGADA JUDICIALMENTE.**

Ciertamente, según los artículos 1216 del Código civil y 317.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son documentos públicos los testimonios que de las

resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie expidan los letrados de la Administración de Justicia. Pero es también cierto, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, que al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere ello decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse.

La transacción supone un acuerdo por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que hubiesen ya comenzado, adquiriendo para las partes carácter de cosa juzgada (arts. 1809 y 1816 CC); mientras que su homologación o aprobación judicial, según lo previsto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica una revisión del organismo jurisdiccional respecto del poder de disposición de las partes en relación con el objeto del pleito, pero no implica un verdadero análisis y comprobación del fondo del acuerdo que supone la transacción.

Pero es también doctrina de esta Dirección General que cuando no se trate de un convenio regulador aprobado en un proceso de separación, nulidad y divorcio (cfr. arts. 769 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sino ante un procedimiento para la liquidación del régimen económico-matrimonial (cfr. arts. 806 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el acuerdo transaccional homologado por el juez no es inscribible si no consta en escritura pública. Sin embargo, este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 26 de julio, 18 de septiembre y 11 de octubre de 2017 y 19 de febrero de 2021, entre otras) ha admitido la viabilidad como título inscribible de un acuerdo transaccional homologado por el juez, siempre que su objeto sea el propio de un convenio regulador (art. 90 CC) y resulte de la documentación presentada la conexión de dicho acuerdo con una situación de crisis matrimonial.

En el presente caso ha quedado acreditada la conexión del acuerdo transaccional con la liquidación de régimen económico-matrimonial derivada del proceso de divorcio previo de las partes. Por ello, debe concluirse que el documento objeto de la calificación impugnada es susceptible de inscripción registral.

Resolución de 14-10-2021

BOE 12-11-2021

Registro de la Propiedad de Segovia, número 3.

#### PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina que este Centro Directivo ha venido manteniendo estos últimos años impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (Resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»). Esta doctrina se fue matizando en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente ge-

nérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia número 590/2021, de 9 de septiembre, dictada como culminación de un juicio verbal tramitado para impugnar una nota de calificación registral, ha sentado doctrina en la materia objeto del presente recurso. 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. Debe recordarse a este respecto que la notificación por vía edictal tiene carácter supletorio y excepcional y solo debe emplearse cuando se hayan agotado, razonablemente, las posibilidades de efectuar una notificación personal.

En el caso de este expediente no puede olvidarse que se trata de un procedimiento administrativo de apremio, por lo que habrán de tenerse en consideración algunas normas especiales. En particular, lo que establece el artículo 127, en sus tres primeros apartados, del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación. Es por ello por lo que, de acuerdo con lo expuesto, ha de desestimarse el recurso, en tanto no consta que se hayan cumplido los requisitos que derivan de la normativa expuesta para la adecuada protección de los intereses de la herencia yacente en el procedimiento de apremio fiscal.

Resolución de 14-10-2021

BOE 12-11-2021

Registro de la Propiedad de Escalona.

#### CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. En el presente caso la nota de calificación es totalmente insuficiente, pues no se expresa en ella los extremos del pacto sobre ejercicio del derecho de opción de compra que —a juicio del registrador— han quedado incumplidos, sin que en el informe pueda subsanarse esta carencia —como pretende el registrador—, pues el recurrente no ha tenido posibilidad de contradicción.

Esto no obsta a que se pueda emitir una nueva nota de calificación con motivación suficiente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad en que pudiera incurrir el registrador por contradecir la exigencia legal de que la calificación sea global, unitaria y motivada (arts. 19 bis y 258 LH).

Resolución de 14-10-2021

BOE 12-11-2021

Registro de la Propiedad de Valencia, número 5.

#### PRINCIPIO DE ROGACIÓN: EFECTOS. MODIFICACIÓN DE CABIDA: REQUISITOS.

Debe recordarse el carácter rogado que tiene la actuación registral, consecuencia de la voluntariedad de la inscripción en nuestro Derecho, y de ahí que este Centro Directivo haya declarado reiteradamente que no se puede practicar en el Registro ningún asiento —salvo casos excepcionales— sin que hayan sido solicitados por los interesados, que lo serán las personas enumeradas en el artículo 6 de la Ley Hipotecaria (cfr. Resolución de 20 de julio de 2006).

Ahora bien, la legislación hipotecaria trata de evitar el excesivo rigor formal en el procedimiento registral y de facilitar la agilidad de este. Esto se pone especialmente de manifiesto en relación con el trámite de la solicitud de inscripción. Así, por un lado, el artículo 39 del Reglamento Hipotecario considera que el representante del documento es representante del interesado, y, por otro lado, del artículo 425 del Reglamento Hipotecario resulta con claridad que «presentado un título, se entenderá, salvo que expresamente se limite o excluya parte del mismo, que la presentación afecta a la totalidad de los actos y contratos comprendidos en el documento y de las fincas a que el mismo se refiera siempre que radiquen en la demarcación del Registro, aun cuando materialmente no se haya hecho constar íntegramente en el asiento, pero en la nota de despacho se hará referencia, en todo caso, a esa circunstancia». La sola presentación de un documento en el Registro implica la petición de la extensión de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse, siendo competencia del registrador la determinación de cuáles sean estos, sin que el principio registral de rogación imponga otras exigencias formales añadidas. Por tanto, solicitado en el título calificado tanto «la registración» del mismo, como «la conversión en la parcela descrita en el expositivo segundo», debe entenderse cumplido el principio de rogación de la actuación registral consagrado en el artículo 6 de la Ley Hipotecaria.

Resulta del presente expediente, por un lado, que en la estipulación cuarta del título calificado el otorgante presta su consentimiento a la inscripción de la finca con la superficie y linderos que resultan de la descripción tabular; y, por otro lado, que el propietario colindante afectado es el mismo titular que el otorgante del título, conforme se desprende de la propia calificación recurrida.

Por tanto, nos encontramos ante la práctica de un defecto de cabida de escasa entidad (2,19 metros cuadrados respecto de 115,19 metros cuadrados), que se ha solicitado expresamente la inscripción con la descripción registral de la finca en caso de apreciar cualquier obstáculo la registradora competente, y que, en todo caso, el consentimiento exigido por la misma debe entenderse concedido tácitamente al ser la misma mercantil titular de ambas fincas.

Resolución de 15-10-2021  
BOE 12-11-2021  
Registro de la Propiedad de Roa.

**TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE: TRANSACCIÓN HOMOLOGADA JUDICIALMENTE.**

Ciertamente, según los artículos 1216 del Código civil y 317.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son documentos públicos los testimonios que de las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie expidan los letrados de la Administración de Justicia. Pero es también cierto, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, que al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere ello decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse.

La transacción supone un acuerdo por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que hubiesen ya comenzado, adquiriendo para las partes carácter de cosa juzgada (arts. 1809 y 1816 CC); mientras que su homologación o aprobación judicial, según lo previsto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica una revisión del organismo jurisdiccional respecto del poder de disposición de las partes en relación con el objeto del pleito, pero no implica un verdadero análisis y comprobación del fondo del acuerdo que supone la transacción.

Pero es también doctrina de esta Dirección General que cuando no se trate de un convenio regulador aprobado en un proceso de separación, nulidad y divorcio (cfr. arts. 769 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sino ante un procedimiento para la liquidación del régimen económico-matrimonial (cfr. arts. 806 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el acuerdo transaccional homologado por el juez no es inscribible si no consta en escritura pública. Sin embargo, este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 26 de julio, 18 de septiembre y 11 de octubre de 2017 y 19 de febrero de 2021, entre otras) ha admitido la viabilidad como título inscribible de un acuerdo transaccional homologado por el juez, siempre que su objeto sea el propio de un convenio regulador (art. 90 CC) y resulte de la documentación presentada la conexión de dicho acuerdo con una situación de crisis matrimonial.

Resolución de 15-10-2021  
BOE 12-11-2021  
Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial, número 3.

**RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.**

La facultad de reiterar la presentación del mismo título y la petición de calificación, ya por sí excepcional, no puede mantenerse cuando la cuestión ha sido objeto de un recurso contra la calificación cuestionada, ya se trate de un recurso potestativo ante esta Dirección General, o de una impugnación directa ante los tribunales a través del juicio verbal (cfr. art. 324 LH), pues en tales casos la resolución que recaiga será definitiva, sin posibilidad de reproducir la

misma pretensión. No obstante, puede admitirse el inicio de un nuevo procedimiento registral, con la correspondiente calificación, en caso de que el título se presente acompañado por nueva documentación con finalidad subsanatoria, como acontece en este caso.

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 enablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. Tampoco se ha acreditado fehacientemente lo manifestado por la ahora recurrente de forma que permita desvirtuar el contenido del título que motivó la inscripción vigente.

Resolución de 15-10-2021

BOE 12-11-2021

Registro de la Propiedad de Valencia, número 6.

#### PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.

Con carácter previo, ha de manifestarse que, de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador rechazándose cualquier otra pretensión basada en documentos no presentados en tiempo y forma.

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.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo (*vid.* sentencias relacionadas en el «Vistos»), que el registrador puede y debe calificar si se ha cumplido la exigencia de tracto aun cuando se trate de documentos judiciales, ya que precisamente el artículo 100 del Reglamento Hipotecario permite e impone al registrador calificar del documento judicial «los obstáculos que surjan del Registro», y entre ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial.

De forma concorde con lo expuesto, en defecto de consentimiento expreso y auténtico de los actuales titulares registrales (cfr. art. 82 LH), debe exigirse que sea el órgano jurisdiccional quien deba apreciar en cada caso concreto si los titulares registrales afectados por el pronunciamiento judicial han tenido ocasión de intervenir en el proceso, si la sentencia les vincula, y si concurren o no circunstancias que deban ser dignos de protección, como expresamente ha reconocido la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2013 (cfr.



art. 522, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No obstante, como puso de relieve la Resolución de 14 de mayo de 2015, tratándose de la inscripción de una sentencia dictada en el ámbito de la jurisdicción civil, como en este supuesto, hay que tener en cuenta el principio de rogación y vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de parte que rige en el ejercicio de acciones civiles, por lo que el contenido de la demanda y la designación de los demandados queda bajo la responsabilidad del demandante.

La conclusión desestimatoria del recurso interpuesto que se deriva de las consideraciones anteriores no puede verse enervada por las alegaciones de la recurrente, referidas a la identidad subjetiva en la composición del capital de la sociedad mercantil titular registral de las fincas objeto de la litis. La legislación hipotecaria no es completamente ajena a la necesidad de conciliar los rigores del principio del tracto sucesivo con la citada doctrina del levantamiento del velo, lo que ha dado lugar a la admisión legal de determinados supuestos de excepción a aquel principio hipotecario, en sentido material y no meramente formal. Uno de estos supuestos es el previsto en el párrafo final del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Otro supuesto en que el legislador ha querido excepcionar la regla del tracto sucesivo ha sido contemplado en el artículo 170, párrafo sexto, de la Ley General Tributaria. Ahora bien, presupuesto necesario para la aplicación de la señalada doctrina sobre el levantamiento del velo es que medie una decisión judicial en el procedimiento y con las garantías procesales en cada caso previstas, sin que, como ya se ha dicho, tal intervención judicial pueda ser suplida en sede registral o en el estrecho margen de este recurso.

Sin perjuicio de todo lo anterior, debe considerarse que el defecto es subsanable. La regla general es la subsanabilidad de los trámites procesales, dada la limitación de las causas de nulidad de los actos procesales (Sentencia del Tribunal Constitucional número 79/2012, de 17 de abril).

Resolución de 15-10-2021

BOE 12-11-2021

Registro de la Propiedad de Tomelloso.

#### CALIFICACIÓN REGISTRAL: DOCUMENTOS JUDICIALES.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 98 y 100 del Reglamento Hipotecario, la calificación registral de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del juzgado o tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en el que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro.

Resulta de la documentación obrante en el presente recurso que no se cumplen los requisitos de claridad y determinación necesarios de acuerdo con las exigencias legales y reglamentarias, ya que no permite conocer exactamente el ámbito, extensión y alcance de la cancelación ordenada, no siendo suficiente, a estos efectos, expresiones genéricas o indeterminadas, sin poder ser completadas o concretadas por una de las partes del proceso. Por tanto, el presente recurso debe ser desestimado puesto que el documento presentado ya causó las oportunas operaciones registrales, sin poder ser complementado o aclarado mediante una instancia privada que determine nuevas cancelaciones.



Resolución de 18-10-2021

BOE 12-11-2021

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 6.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: VENTA DE CUOTA INDIVISA CON ASIGNACIÓN DE USO DE UN TRASTERO.**

El registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadoras de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, y ello por aplicación del principio de independencia en ese ejercicio de su función, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica.

Tal y como ha declarado este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la Resolución de 19 de julio de 2019) se entiende que la constitución de una «subcomunidad de viviendas» dentro de un departamento independiente de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal deberá adoptar la forma jurídica de «subdivisión horizontal» siempre que existan elementos comunes entre dichas viviendas que los justifiquen, pero no la de «comunidad funcional».

Distinta de la «subdivisión horizontal» es la «comunidad funcional» regulada por los artículos 68 del Reglamento Hipotecario y 53, regla b), del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, a las cuotas indivisas de las fincas registrales destinadas a garaje o estacionamiento de vehículos con asignación de uso exclusivo, y que este Centro Directivo ha extendido únicamente a las fincas registrales destinadas a trasteros —cfr. Resolución de 26 de junio de 2018—, por su mismo carácter accesorio respecto de los elementos principales.

En el presente caso se trata indudablemente de una comunidad de carácter funcional, por razón de su destino, en la que queda excluida la «*actio communi dividundo*» y el derecho de retracto (cfr. Resolución de 27 de mayo de 1983), y que como tal comunidad o subcomunidad participa de algunas de las características propias de la propiedad horizontal, en cuanto integrada por elementos comunes (zonas accesos, rodamiento, etc.) y otros privativos, susceptibles de un aprovechamiento separado e independiente (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 24 de diciembre de 1990), en los habituales casos de subcomunidades de portales o garajes».

El artículo 53, regla b), del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio es plenamente aplicable a supuestos posteriores a la entrada en vigor del citado Real Decreto, como ocurre en el presente caso, siempre que se pretenda la atribución de uso regulada en el precepto, esto es, si la inscripción no queda limitada a la cuota indivisa, es decir cuando se pretende modalizar la comunidad existente sobre el local, pasando de una comunidad ordinaria (arts. 392 y sigs. CC) a una comunidad especial con asignación de uso de plazas o trasteros determinados, con descripción singular de los mismos, modalización que, según ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la reciente Resolución de 13 de marzo de 2019), tiene el carácter de «acto de alteración de la comunidad» (art. 397 CC), alteración que tiene un doble carácter físico y jurídico y que, en palabras de la Resolución de 5 de febrero de 2018, constituye un «cambio esencial en la naturaleza de la comunidad».

Dentro de los límites de la comunidad de bienes es preciso que las porciones atribuidas carezcan de la autonomía física y económica que les permita ser con-

sideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí; toda vez que si tienen tal autonomía se tratará de una verdadera división de fincas cualquiera que sea la denominación elegida por las partes o el mecanismo jurídico en el que se enmarque. Faltando esa delimitación espacial, susceptible de aprovechamiento independiente sobre el que se proyecta ese derecho singular y exclusivo de propiedad, las cuotas que se señalen por el propietario único del local, como se ha indicado, carecerán de entidad o sustantividad jurídica actual que permita diferenciarlas entre sí. En este sentido, la sola cuota indivisa no es más que una medida de la participación de cada comunero en la titularidad común.

Por un lado, exige la descripción del pasillo del local destinado a trasteros dada su condición de elemento común de los mismos. Sin embargo, esta exigencia se encuentra plenamente cumplida en la medida en que en la escritura se hace constar. En segundo lugar, exige también la registradora la descripción individualizada y completa de los treinta y un restantes trasteros a que se destina el local. Tales circunstancias se encuentran plenamente determinadas respecto del trastero objeto de venta formalizada en la escritura calificada.

La cuestión central, en definitiva, no es otra que la de determinar si en la escritura por la que se vende una participación indivisa del local que atribuye un derecho de utilización exclusiva y excluyente únicamente sobre uno de los treinta y un trasteros creados, plenamente identificado en todos sus elementos, procede hacer constar tales datos descriptivos y organizativos respecto de los restantes trasteros cuya creación está proyectada, pero sin que su transmisión se haya consumado todavía. En efecto, la completa descripción de tales elementos podrá hacerse en un momento ulterior, ya mediante la formalización de la constitución de la subcomunidad en un título «*ad hoc*», ya con ocasión de la progresiva transmisión de los restantes trasteros proyectados, si bien en estos supuestos la determinación de tales elementos descriptivos requerirá, en todo caso, el consentimiento de todos los titulares y partícipes integrantes de dicha comunidad, de conformidad con lo antes expuesto. Por ello, aunque sea aconsejable que desde el inicio vengán descritas todas las diversas plazas de garaje o trasteros, sin embargo, su omisión inicial no impide, en este caso, la inscripción de la inicial transmisión de la cuota.

Resolución de 21-10-2021

BOE 22-11-2021

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

#### HERENCIA: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.*, por todas, Resolución de 29 de junio de 2015), que del artículo 675 del Código civil resulta el entendimiento de las cláusulas conforme el sentido literal de las palabras a menos que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador; que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real del testador, esto es, sentido espiritualista de las disposiciones; que, recogiendo la doctrina asentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1985, en la interpretación de los actos testamentarios, la principal finalidad es investigar la voluntad real, o al menos probable del testador en sí misma, sin que pueda ser obstáculo la

impropiedad o lo inadecuado de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de las circunstancias, incluso externas del testamento, y de completar aquel tenor literal con el elemento lógico, el teleológico y el sistemático; y que el primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se debe establecer cuál es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias.

Ahora bien, «extramuros» del proceso, el intérprete tiene como límite infranqueable la literalidad de lo reflejado en el testamento, y si bien siempre ha de tenderse a la interpretación favorable a la eficacia de la disposición, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código civil (cfr., por ejemplo, el propio art. 767, y los arts. 715, 743, 773, 786, 792 y 793, así como, «ex analogía», el 1284), no es menos cierto que es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquel tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento, pues preocupación —y obligación— del notario ha de ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje.

En el concreto supuesto, se han hecho dos interpretaciones para llegar a la conclusión de que no debe intervenir la viuda de don F. C. C.: una relativa al caso de acrecimiento, esto es, que cuando el testador menciona «sin sucesión», ha querido decir «sin descendencia»; la otra para considerar que el derecho de don F. C. C., tras su fallecimiento sin descendencia, es el de legítima estricta, y, por tanto, los derechos de su heredera en la sucesión de don A. C. R., consisten en un «legado». Como bien se ha señalado en la calificación, la ley de la sucesión «*mortis causa*» es la voluntad del testador contenida en el testamento, por lo que, bien puede defenderse también la interpretación según la cual «sin sucesión» sea sin llamamiento hecho (si bien, al ser posible la sucesión intestada, jurídicamente nadie fallece sin sucesión, aunque sea abintestato). En cualquier caso, sea cual fuere la interpretación de este término «sin sucesión», existe una cláusula debatida que se ha de interpretar.

La interpretación del testamento en caso de colisión decisión entre los herederos, y a falta de albacea, contador partidor o cualquier figura designada por el testador para ello, corresponde, en particular, a los tribunales de instancia. Corresponde a los tribunales de instancia interpretar el testamento y no al Tribunal Supremo, si bien, excepcionalmente, cabe que nuestro Alto Tribunal revise la interpretación realizada.

Resolución de 25-10-2021

BOE 22-11-2021

Registro de la Propiedad de Valencia, número 6.

#### PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE HIPOTECA: CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS.

La nota practicada al margen de la hipoteca es la única forma de tener conocimiento para aquel que consulta los libros del Registro o accede con posterioridad de la apertura de la fase ejecutiva de la garantía real constituida en fase de yacencia, a diferencia del ámbito de la anotación preventiva de embargo, cuya sola existencia ya advierte a quien consulta o accede al Registro después de la muy probable e inminente ejecución y fragilidad de su derecho.

Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (véase resoluciones señaladas en los «Vistos») no cabe duda de que el procedimiento de ejecución hipotecaria es esencialmente de carácter registral, dado el carácter constitutivo que la inscripción tiene con relación al derecho real de hipoteca (arts. 1875 CC y, 130 y 145 LH).

En el ámbito de la ejecución extrajudicial ante notario, en tanto que se trata de un pacto voluntario inter partes, tiene naturaleza bien distinta a la del procedimiento de ejecución judicial, no siéndole aplicables las normas de sucesión procesal de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Teniendo en cuenta las especiales características de la realización extrajudicial de hipoteca, en la que la escritura de venta final ha de otorgarse por el mandatario designado en la escritura de constitución —generalmente el acreedor— y a falta de este por el deudor titular de la finca, este Centro Directivo ha sostenido la imposibilidad de expedirse certificación de cargas a instancia de quien no figura aún como titular registral de la hipoteca. Defecto, por otra parte, fácilmente subsanable mediante la aportación de la titulación necesaria para operar registralmente la sucesión en la titularidad de la hipoteca.

Resolución de 25-10-2021

BOE 22-11-2021

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 11.

#### ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE ACUERDA SU CANCELACIÓN.

El hecho de que solo se exija la firmeza de la resolución judicial para la práctica de asientos definitivos, como las inscripciones y las cancelaciones, y no para tomar una anotación preventiva, se explica por la circunstancia de que solo los asientos definitivos pueden provocar el nacimiento de terceros amparados por la fe pública, conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Centrados en el caso objeto del expediente, quien obtiene a su favor una anotación de embargo nunca podrá ser considerado como tercero protegido por la fe pública. Solo consigue dar publicidad a la pendencia de un proceso judicial y evitar que el juego de la fe pública registral pueda provocar la imposibilidad de que la sentencia definitiva que se dicte en el proceso se ejecute en iguales condiciones que las existentes cuando dicho procedimiento comenzó.

Sin embargo, cuando se procede a la cancelación de una anotación preventiva de embargo sí que se genera una situación irreversible, que puede dar lugar a la aparición de terceros que, dado que ya no existe publicidad registral de la pendencia del proceso, podrán quedar protegidos por la fe pública frente a los efectos de la sentencia que pueda dictarse al finalizar el procedimiento (art. 83 LH, 174 RH, 207 y 524 LEC).

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la firmeza, de los pronunciamientos judiciales no puede diseccionarse en cuanto a una posible diferente eficacia una para «efectos registrales» y otra a «restantes o plenos efectos», debiendo la misma ser única para todos los efectos posibles, por lo que la expresión firme «a efectos registrales» no resulta viable en el sistema procesal e hipotecario español, debiendo ser una firmeza a únicos efectos, por lo que la especificación de efectos en la firmeza no puede ser aceptada y el defecto, por ello, debe ser mantenido.

Resolución de 25-10-2021

BOE 22-11-2021

Registro de la Propiedad de Marbella, número 4.

**PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: REQUISITOS. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.**

Ese principio de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos la posibilidad de intervención, en el procedimiento determinante del asiento. Así se explica que, aunque no sea incumbencia del registrador calificar la personalidad de la parte actora ni la legitimación pasiva desde el punto de vista procesal apreciada por el juzgador ni tampoco la cumplimentación de los trámites seguidos en el procedimiento judicial, su calificación de actuaciones judiciales sí debe alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado de forma legal en el procedimiento. En la nota de calificación, la registradora no cuestiona que la adquisición por prescripción adquisitiva se haya producido, pero sí recaba datos que deben figurar en la inscripción registral para constatar que se han cumplido los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria.

Cuando la prescripción adquisitiva se alega como contestación a una acción reivindicatoria por quien considera ser el legítimo dueño de la finca es evidente que existe un conflicto litigioso que debe ser resuelto judicialmente, sin embargo, cuando el usucapiente pretende que se declare su adquisición como demandante, la designación del demandado le corresponde a él y no es infrecuente que la parte demandada se allane o simplemente no comparezca. Pero no por ello la declaración judicial de adquisición por usucapición puede asimilarse a priori o con carácter general a un reconocimiento de derecho que a nadie perjudica que no tiene encaje en nuestro sistema de transmisión del dominio eminentemente causalista.

En el caso de la usucapición extraordinaria aun cuando no será necesaria la acreditación en el procedimiento judicial de la existencia o la validez de los títulos de hipotéticos adquirentes posteriores, pues precisamente dicha modalidad de prescripción adquisitiva no precisa ni de buena fe ni de justo título, siendo únicamente necesario acreditar la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, en la medida en que la declaración que la ponga fin alterará el contenido de los libros del Registro, deberá ser entablado dicho procedimiento judicial, en todo caso, contra el titular registral para evitar su indefensión.

La función de la usucapición ordinaria es precisamente subsanar la falta de titularidad del transmitente, posibilitando con el transcurso del tiempo la adquisición, ya si el título además de reunir todas las anteriores condiciones fuera perfecto nada impediría que desplegara todos sus efectos. La sentencia que declare adquirido un inmueble por usucapición ordinaria debe pues hacer pronunciamiento expreso sobre el título que sirva para justificar la posesión en concepto de dueño.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina que este Centro Directivo ha venido manteniendo estos últimos años impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (Resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de

2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»). Esta doctrina se fue matizando en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia número 590/2021, de 9 de septiembre, dictada como culminación de un juicio verbal tramitado para impugnar una nota de calificación registral, ha sentado doctrina en la materia objeto del presente recurso. 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. Debe recordarse a este respecto que la notificación por vía edictal tiene carácter supletorio y excepcional y solo debe emplearse cuando se hayan agotado, razonablemente, las posibilidades de efectuar una notificación personal.

Las circunstancias personales de aquel a cuyo favor deba hacerse la inscripción son esenciales para la configuración del derecho inscrito, no solo en cuanto a la perfecta identificación del titular registral, sino también por ser determinantes para delimitar las facultades de disposición y administración de las fincas sobre las que recae aquel. Así resulta de los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51.9.a de su Reglamento.

Resolución de 25-10-2021

BOE 22-11-2021

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 11.

**REQUISITOS FISCALES: PLUSVALÍA MUNICIPAL. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: CONSTANCIA EN LA ESCRITURA. VIVIENDA FAMILIAR: ARTÍCULO 91 RH.**

Esa doctrina de este Centro Directivo ha sido clara al establecer, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 5/2009, de 28 de abril, del Parlamento de Cataluña, parcialmente derogada por la Sentencia del Tribunal Constitucional número 4/2014, de 16 de enero, que la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalidad de Cataluña es competente para la resolución de los recursos contra la calificación registral únicamente cuando «las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten de forma exclusiva en normas del derecho catalán o en su infracción», mientras que «la competencia para resolver recursos mixtos, es decir, basados en cuestiones específicas de derecho catalán como, además, en cuestiones de derecho común u otros derechos corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado».

Respecto de las alegaciones del recurrente relativas a la falta de motivación de la calificación impugnada, 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. En el presente caso el registrador ha expresado con claridad los defectos y ha fundado aquellos en diversos preceptos, por lo que no cabe concluir que haya incurrido en una situación de falta de motivación jurídica.

A diferencia de lo que defiende el recurrente, la disolución de una comunidad sobre fincas urbanas no siempre es un acto no sujeto al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. En cualquier caso, no corresponde ni al registrador ni a esta Dirección General decidir en último término si se trata o no de un acto sujeto al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Como tiene declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado, 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 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 (art. 105) —como ocurre en la aceptación de una hipoteca unilateral efectuada por la Tesorería General de la Seguridad Social (Resolución de 23 de abril de 2007)—, imponer al registrador la calificación de la sujeción o no al Impuesto de ciertos actos contenidos en la escritura 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 presente caso, el registrador alberga dudas sobre el alcance de la no sujeción, considerándolo en cambio como un acto determinante de las obligaciones tributarias impuestas por el impuesto de incremento de valor de terrenos de naturaleza urbana, sin que se trate de un supuesto de no sujeción de los recogidos expresamente en el apartado 2 del artículo 104 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

El artículo 254.5 de la Ley Hipotecaria prescribe, como hemos visto, el cierre del Registro a los documentos que contengan actos o contratos determinantes de las obligaciones tributarias por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana en caso de que no se acredite previamente haber presentado la autoliquidación o, en su caso, la declaración, del impuesto, o la comunicación a que se refiere la letra b) del apartado 6 del artículo 110 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo, 2/2004, de 5 de marzo. El registrador considera que es necesario acreditar la liquidación del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana porque la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Barcelona relativa a dicho impuesto no faculta al sujeto pasivo de las transmisiones en los supuestos de disolución de comunidad con compensación económica realizar la comunicación del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Lo cierto es que en este caso nos encontramos con un supuesto de sujeción al Impuesto por transmisión a título oneroso, pues



existe un exceso de adjudicación a favor del adjudicatario que este compensa mediante la adjudicación al otro comunero de un inmueble de su propiedad, por lo que debe admitirse la comunicación al Ayuntamiento de Barcelona por el adquirente de la realización del hecho imponible —siempre que esa comunicación se haya hecho correctamente, algo que no ha cuestionado el registrador en su nota de calificación— para poder practicar las correspondientes inscripciones en el Registro de la Propiedad.

En la comparecencia de la escritura de disolución de comunidad objeto de calificación consta que el citado don I. D., de nacionalidad rusa, está «casado en régimen de separación de bienes, según manifiesta y se compromete a justificar donde proceda». Del contenido del artículo 159 del Reglamento Notarial transcrito resulta con claridad, que el régimen económico-matrimonial legal es el establecido por la Ley como supletorio a falta de pacto de los cónyuges, en contraposición al régimen económico-matrimonial pactado por los mismos en capitulaciones matrimoniales. En este caso, de la escritura no resulta de manera expresa que el régimen económico-matrimonial de don I. D. sea un régimen paccionado, pero el hecho de que se mencione que está casado en régimen de separación de bienes «según manifiesta y se compromete a justificar donde proceda» da a entender que así es. La Resolución de esta Dirección General de 20 de diciembre de 2011 ya estableció que si bien es cierto que en muchos casos no es tarea sencilla determinar cuál es el régimen económico-matrimonial legal supletorio, es necesario que el notario, a la hora de redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes —que deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico—, despliegue la mayor diligencia al reflejar en el documento autorizado cuál es el régimen económico-matrimonial que rige entre los esposos.

La ley protege especialmente la vivienda familiar habitual, trátase de vivienda simplemente conyugal, trátase de vivienda en la que, además de los cónyuges vivan los hijos comunes o los que cada cónyuge hubiera habido antes del matrimonio. Entre las técnicas de tutela de la vivienda familiar figura la que establece el artículo 1320 del Código civil. 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 por 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. Por ello, con expresiones genéricas, imprecisas o ambiguas no puede entenderse que en la escritura se hayan cumplido adecuadamente con las exigencias legales y reglamentarias referidas. En el presente caso, no puede entenderse que la referida norma del artículo 91 del Reglamento Hipotecario, en cuanto exige una manifestación específica sobre un hecho concreto (que la finca no sea vivienda habitual de la familia), quede cumplida con la genérica afirmación de que los comuneros no se encuentran «en situación alguna que implique la necesidad legal de recabar el consentimiento ajeno para esta operación»; igual que no que sería suficiente, por ejemplo, la mera afirmación de que el acto dispositivo cumple todos los requisitos legales.



Resolución de 25-10-2021  
BOE 22-11-2021  
Registro de la Propiedad de Avilés, número 2.

**PRINCIPIOS DE ESPECIALIDAD: NIF DEL ADQUIRENTE.**

El artículo 9.e) de la Ley Hipotecaria, incluye entre las circunstancias que ha de contener la inscripción «la persona natural o jurídica» a cuyo favor se haga aquella. El desarrollo de este precepto se recoge en el artículo 51.9.<sup>a</sup> de su Reglamento. El artículo 254.2 de la Ley Hipotecaria, añadido por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, introduce un cierre registral para los «títulos relativos a actos o contratos por los que se adquieran, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros de trascendencia tributaria, cuando no consten en aquellos todos los números de identificación fiscal de los comparecientes y, en su caso, de las personas o entidades en cuya representación actúen».

Los elementos determinantes de la subsunción en el supuesto de hecho de la norma que desencadena la exigencia impuesta en la misma son dos: o bien tratarse de un acto o contrato por el que se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o bien tratarse de un acto o contrato distinto pero con trascendencia tributaria. Y en cualquiera de tales casos la obligación de acreditación y constancia de los respectivos números de identificación fiscal se extiende a los comparecientes y a las personas o entidades en cuya representación actúen. En el supuesto de este expediente, está claro que el acto en sí de la compraventa está incluido en el supuesto de hecho de la norma, al ser un acto de adquisición de un inmueble y tener, además, indudable trascendencia tributaria.

Por ello, teniendo en cuenta el concreto negocio jurídico documentado y las peculiaridades de la adquisición del inmueble —en atención al régimen económico-matrimonial de gananciales— y a la vista del tenor literal del artículo 254 de la Ley Hipotecaria, procede revocar la calificación recurrida, pues carece de amparo legal la exigencia de constancia del número de identificación fiscal del cónyuge del adquirente del inmueble, toda vez que aquel no ha comparecido ni ha sido representado en la escritura calificada y la norma ciñe tal exigencia a comparecientes y representados, circunstancias en las que no se encuentra el cónyuge de la compradora.

Resolución de 26-10-2021  
BOE 22-11-2021  
Registro de la Propiedad de Murcia, número 5.

**SERVIDUMBRES: PRINCIPIOS DE ESPECIALIDAD.**

Este Centro Directivo ya ha determinado en resoluciones reiteradas cuáles son los requisitos generales para la constitución de servidumbre: a) Adecuada identificación del predio dominante y sirviente, no bastando unos convenios genéricos, precisándose un ulterior desenvolvimiento que profile, de modo definitivo, los gravámenes previstos; b) Determinación concreta de la servidumbre: por ejemplo, anchura del paso, su longitud y lugar por donde discurre. La evidente

dificultad que tal determinación conlleva hace que en ocasiones se acompañe un plano. En el presente caso, no se describen las servidumbres de paso y acueducto con las circunstancias exigidas por los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario. Además, el mandamiento aclaratorio de 19 de mayo de 2021 no determina los predios dominantes.

Resolución de 26-10-2021

BOE 22-11-2021

Registro de la Propiedad de Monóvar.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201.1 LH: TRAMITACIÓN.

El expediente para la rectificación de descripción de fincas regulado en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria es un procedimiento notarial que viene a sustituir al expediente de dominio judicial que se encontraba en el dicho artículo antes de la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio. La participación de los titulares de los predios colindantes a la finca cuya cabida se rectifica reviste especial importancia por cuanto son los más interesados en velar que el exceso de superficie de la finca concernida no se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes. Por eso constituye un requisito capital que se les brinde de un modo efectivo esa posibilidad de intervenir en el expediente.

La cuestión de la oposición se contempla en la regla sexta del artículo 203.1 que permite de forma clara la posibilidad de intervención en el procedimiento de los interesados, así como el modo de proceder en caso de oposición. En el caso que nos ocupa se deduce que, conocida la oposición por parte de dos de los colindantes, el promotor del expediente se allana a las mismas variando la petición inicial de rectificación por otra nueva, respecto de la que existe acuerdo entre las partes, lo cual no prohíbe el artículo 201.1 de la Ley Hipotecaria. Por ello, desde un punto de vista literal se puede entender que la afirmación del artículo 203.1.6.<sup>3</sup>, párrafo segundo, se refiere al supuesto en el que el promotor del expediente quiera mantener la inscripción con la descripción que resulte de su petición inicial, sin atender a las alegaciones de los interesados.

En cuanto al defecto consistente en la falta de notificación de la segunda georreferenciación a todos los colindantes primeramente notificados, tampoco puede ser estimado, puesto que dichos colindantes ya han sido notificados y se les ha dado trámite de audiencia para poder efectuar las alegaciones que crean conveniente.

Resolución de 26-10-2021

BOE 22-11-2021

Registro de la Propiedad de Manzanares.

#### ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: EFECTOS DE LA ANOTACIÓN DE UNA QUERRELLA.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo en las sentencias relacionadas en «Vistos», que el registrador puede y debe calificar si se ha cumplido la exigencia de tracto aun cuando se trate de documentos judiciales.

Como ya señalara la Resolución de este Centro Directivo de 24 de marzo de 1998 con ocasión de la práctica de una anotación preventiva de demanda, la no extensión a los titulares de los gravámenes recayentes sobre la finca de la condición de demandados únicamente repercutiría en la inoperancia frente a ellos y sus respectivos asientos registrales, de la sentencia que en su día se dictase, pues, así lo imponen el principio constitucional de tutela judicial efectiva de los derechos, con exclusión de la indefensión (art. 24 de la Constitución española), la ineficacia relativa de la cosa juzgada (art. 1252 CC), y la salvaguardia judicial de los asientos registrales (arts. 1, 38, 40 y 220 LH).

Aunque no es posible la constatación registral de la mera interposición de querrela, ello no obsta a que, cuando en la querrela se haga valer no solo la acción penal sino también la civil, pueda extenderse anotación preventiva para reflejar el ejercicio de esta. Por tanto, no constando anotación preventiva de la querrela con interposición de acción civil, practicada con anterioridad al asiento de hipoteca, ni habiendo sido llamado al procedimiento el titular registral de la misma, no cabe sino confirmar la calificación registral, por exigencias del principio de tracto sucesivo (art. 20 LH), en aplicación en sede registral del principio constitucional de tutela judicial efectiva.

Resolución de 26-10-2021

BOE 22-11-2021

Registro de la Propiedad de Córdoba, número 3.

#### HERENCIA: PARTICIÓN POR CONTADOR PARTIDOR DATIVO.

Del artículo 1057 del Código civil resulta que es preceptiva la citación al representante legal del incapaz, en los supuestos en que de la sentencia de incapacitación así resultara exigible (art. 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En consecuencia, el letrado de Administración de Justicia o en este caso el notario, deberán comprobar que se ha producido dicha citación para proceder a la aprobación de la partición, si así resultara de la sentencia de incapacitación. Por otro lado, aun cuando el otorgante de la escritura sea únicamente el contador y la partición produzca efectos jurídicos por sí, sin necesidad de la intervención de los herederos y legatarios, es preciso, conforme a la legislación hipotecaria, que en ella se contenga una identificación completa de los beneficiarios, de modo que si alguno de estos se hallase sujeto a tutela, deberá especificarse debidamente esta circunstancia, así como el alcance y forma de intervención que se haya previsto en la sentencia firme que lo declare. Igualmente deberá acreditarse la identidad de su legal representante y su nombramiento. En este caso, resulta que uno de los herederos está incurso en causa de incapacitación, por lo que se impone la constatación de las circunstancias antes referidas.

Este criterio de atender a las concretas limitaciones impuestas en la sentencia que declare la incapacitación se encuentra claramente reforzada, incluso superada en la protección del discapacitado en la reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Debe procederse y deben diferenciarse conceptualmente, lo que constituye propiamente el proceso de nombramiento del contador-partidor dativo; lo que constituye propiamente las operaciones particionales que debe realizar este contador-partidor dativo; y, por último, la aprobación por el notario (o el letrado de

la Administración de Justicia) de la partición así practicada. Cada una de estas fases diferenciadas deben realizarse con estricto cumplimiento de lo así exigido por la normativa. En relación con la calificación registral de los actos de jurisdicción voluntaria autorizados notarialmente no hay precepto semejante, pero debe tomarse en consideración dicho artículo 22.2 de la Ley 15/2015 puesto que el notario ejerce en ellos la función de jurisdicción voluntaria —hasta entonces atribuida también a los jueces— en exclusiva, como órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales (*vid.*, entre otros, los apartados IV, último párrafo, y VIII, párrafo cuarto, del Preámbulo de dicha ley), y armonizarse con los artículos 17 bis de la Ley del Notariado y 18 de la Ley Hipotecaria.

Según el párrafo tercero del artículo 1057 del Código civil antes transcrito, uno de los trámites esenciales de la partición por contador-partidor dativo es el inventario de los bienes con citación del representante legal del sujeto a tutela. Y, aunque la concreta y específica forma de realizar dicha notificación debe quedar bajo la fe pública de exclusiva responsabilidad del notario autorizante (cfr. art. 17 bis de la Ley del Notariado), pues no hay citación ni emplazamiento a titular alguno de derechos inscritos (cfr. arts. 18 y 20 LH), es imprescindible que el notario que aprueba la partición practicada haya comprobado —por la correspondiente sentencia— la extensión y límites de la incapacidad que a su vez determinarán las facultades del representante legal, no siendo suficiente la mera constancia del nombramiento y aceptación del cargo. Consecuentemente, este primer defecto debe ser confirmado.

El artículo 218 del Código civil, tras establecer en su párrafo primero que «las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil», añade en su párrafo segundo que «dichas resoluciones no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones». No se trata solo de «probar» la incapacidad y el nombramiento de tutor; sino que en tanto no tenga lugar su inscripción en el Registro Civil no son oponibles frente a terceros, por lo que no deberá accederse a la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos o contratos otorgados en nombre del incapacitado por el tutor sin aquella previa inscripción en el Registro Civil, ya que en caso contrario existe el riesgo de que se produzca una colisión entre la inoponibilidad de la incapacidad derivada de su falta de inscripción en el Registro Civil y la oponibilidad del Registro de la Propiedad en caso de que se inscriba la venta otorgada por el tutor en representación del incapacitado (o por este con capacidad complementada por aquel) si el nombramiento del tutor —por el motivo que sea— no llegara a inscribirse en el Registro Civil, en los términos que luego se verán.

Resolución de 26-10-2021

BOE 22-11-2021

Registro de la Propiedad de Arrecife.

#### **INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.**

Como ha puesto de manifiesto este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos»), al resultar la inmatriculación el inicial acceso de una finca al archivo tabular, no es de aplicación la exigencia contenida en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria relativa a que «para inscribir o anotar títulos por los que se

declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos»; sino que debe extenderse la calificación al cumplimiento de las exigencias prevenidas en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, según el cual «el registrador deberá verificar la falta de previa inscripción de la finca a favor de persona alguna y no habrá de tener dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras que hubiesen sido previamente inmatriculadas».

Por tanto, la cuestión central de este expediente es si existen dudas fundadas o no respecto a que la finca que se pretende inmatricular esté previamente inscrita. Con arreglo a la doctrina ya consolidada de este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. Sin embargo, la calificación no expresa motivo alguno, ni cuáles sean los detalles descriptivos, procedencia o antecedentes por los que se ha alcanzado tal conclusión. No puede tomarse en consideración la argumentación relativa a la procedencia por segregación de fincas colindantes que realiza el registrador extemporáneamente en su informe.

Resolución de 27-10-2021

BOE 23-11-2021

Registro de la Propiedad de Ferrol.

#### RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 LH).

Respecto de la pretensión de la recurrente de que se cancele la nota expresiva de «rectificación». Debe manifestarse que dicha nota es una mera nota de oficina que carece por sí misma de toda trascendencia jurídica, siendo el asiento al que se refiere el que constituye el objeto del asiento, siendo aquella una mera indicación para facilitar el manejo de los folios del Registro, sin valor jurídico alguno.

Resolución de 27-10-2021

BOE 23-11-2021

Registro de Torreveja, número 1.

#### HERENCIA: DOCUMENTOS QUE HAN DE APORTARSE PARA LA INSCRIPCIÓN. INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Con carácter previo al análisis de los defectos objeto del presente expediente, es preciso recordar que el recurso contra la calificación registral tiene exclusivamente por objeto revisar las calificaciones negativas emitidas por los registradores de la propiedad y que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra

pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 76 y 78 de su Reglamento y del artículo 15 del anexo II del Reglamento Notarial, ya que se desprende la necesidad de aportar los documentos a que se refiere la nota de calificación, destacando que tanto el Reglamento Hipotecario, como el Reglamento Notarial, ordenan suspender la inscripción, por considerar defecto la no aportación de los mismos. Dichos documentos, mal llamados complementarios pues realmente el testamento contiene la ley de la sucesión y los certificados de defunción y Últimas Voluntades acreditan su eficacia, son imprescindibles para la calificación del título particional que contenga la atribución de los derechos hereditarios sobre bienes concretos. Resulta de la documentación obrante en el presente expediente que tales documentos complementarios se han incorporado al escrito de recurso si bien, conforme a lo anteriormente expuesto, no pueden ser tenidos en consideración por esta Dirección General al no haber sido presentados en el inicio del procedimiento registral.

En el presente expediente el defecto debe ser confirmado, puesto que se pretende la inmatriculación de tres fincas aportando exclusivamente un título traslativo para su calificación, sin perjuicio de la documentación relacionada extemporáneamente aportada, sin dar cumplimiento, por tanto, a las previsiones contenidas en los artículos 203 y 205 de la Ley Hipotecaria. Por último, resulta de la nota de calificación recurrida como defecto que impide la inscripción la «no aportación de la certificación catastral descriptiva y gráfica referida a las dos fincas catalogadas como rústicas, de las que resulten datos suficientes para poder comprobar la identidad entre las fincas cuya inmatriculación se pretende en el título presentado y el catastro», defecto que no ha sido objeto de recurso y, por tanto, sobre el que no debe manifestarse este Centro Directivo.

Resolución de 27-10-2021

BOE 23-11-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

#### REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ARTÍCULO 98 LEY 24/2001.

De la interpretación de la referida norma legal por el Tribunal Supremo (Sentencias de 23 de septiembre de 2011, 20 y 22 de noviembre de 2018 y 1 de junio de 2021) y de la doctrina expresada por esta Dirección General en numerosas resoluciones cabe extraer un criterio ya asentado y pacífico respecto del alcance de la calificación registral del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de los otorgantes. Conforme a ese criterio, 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.

El defecto debe ser confirmado, pues aunque podría entenderse que si la notaria autoriza la escritura añadiendo, bajo su responsabilidad, que juzga suficientes las facultades representativas del compareciente para otorgar la escritura de que se trata, en virtud de poder «con subsistencia», es porque no consta la referida nota de su revocación, lo cierto es que a la precisión técnica que debe siempre exigirse a todo documento notarial (cfr. art. 148 del Reglamento Notarial), habida cuenta de sus efectos, y especialmente la trascendencia que la Ley atribuye a la valoración notarial de la suficiencia de las facultades representativas acreditadas, debe añadirse la obligación reglamentaria de constancia expresa de que el apoderado se halla facultado para obtener copia del poder (como garantía razonable de que la falta de exhibición de la copia autorizada de la escritura de poder no se debe a que haya sido revocado y devuelta dicha copia).

Resolución de 27-10-2021  
BOE 23-11-2021  
Registro de la Propiedad de Tías.

#### REQUISITOS FISCALES: CUMPLIMIENTO.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el artículo 254 de la Ley Hipotecaria es explícito al imponer un veto a cualquier actuación registral si no se cumplen previamente determinadas obligaciones fiscales (véase resoluciones citadas en los «Vistos»). Del artículo 254 de la Ley Hipotecaria se desprende la exigencia para la práctica del asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad, de la previa justificación de que se ha solicitado o practicado la liquidación de los tributos que graviten sobre el acto o contrato cuya inscripción se pretenda o sobre el documento en virtud del cual se pretenda la inscripción.

Para acreditar el pago, exención o no sujeción del o de los impuestos correspondientes hay que tener en cuenta que la función calificadora de índole fiscal *ex* artículo 13 de la Ley General Tributaria y apartado 2 del artículo 115 de la misma norma, corresponde a la Administración Tributaria y tratándose de impuestos cedidos la competencia corresponde a las comunidades autónomas, puesto que el artículo 5.3 de la Ley General Tributaria no deja lugar a dudas al reconocer como Administración Tributaria a las comunidades autónomas y las entidades locales en los términos previstos en la normativa que resulte aplicable.

La obligación de acreditación del pago, exención o no sujeción al impuesto conforme a lo anterior, no puede entenderse suplida por la mera constancia en la matriz, a solicitud del interesado o por constancia del notario de haberse producido el pago, ni por la presentación al pago de otro impuesto diferente (así el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales es diferente del de Sucesiones y Donaciones) sino que deberán acompañarse los documentos de la presentación y pago del impuesto expedidos por la Administración competente que son los únicos acreditativos del cumplimiento de la exigencia del pago del Impuesto correspondiente.

En relación a la adquisición de bienes y derechos por causa de muerte, si el causante no hubiese tenido residencia habitual en España, la competencia corresponde a la Delegación de Hacienda de Madrid (art. 70, letra a) del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre), con independencia de que haya o no prescripción del Impuesto (lo que corresponderá a la Administración Tributaria competente



decidir) y sin que, por tanto, baste para practicar la inscripción en el Registro de la Propiedad la mera autoliquidación por un impuesto distinto como es el de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Resolución de 27-10-2021  
BOE 23-11-2021  
Registro de la Propiedad de Ceuta.

#### CENSO ENFITEÚTICO: CANCELACIÓN.

Todavía hoy en día, con arreglo al Derecho común, aunque se configure la enfiteusis como dominio dividido, el correspondiente al dueño directo es el prevalente. En efecto, según el artículo 1605 del Código civil, es el titular dominical el que constituye el censo enfiteúutico al ceder, realizando con ello un acto dispositivo, el dominio útil, reservándose el directo. Como contrapartida a esta cesión, recibe un canon que podrá consistir en dinero o en frutos. Es decir, el dueño directo, es auténtico dueño. Si bien es cierto, que la Ley 6/1990 de la Generalitat de Cataluña hace la interpretación contraria de la figura del censo enfiteúutico, considerando como verdadero dueño al enfiteuta, esta interpretación no puede extenderse al Código civil.

En consecuencia, siendo el titular del dominio directo en derecho común el verdadero propietario de la finca, y el censalista el titular del gravamen, solo este podrá cancelarse por caducidad legal conforme al artículo 210 de la Ley Hipotecaria. Fuera de ello solo procederá la cancelación por redención del derecho conforme al Código civil. Por otra parte la cancelación del dominio directo pretendida, por vía del artículo 210 de la Ley Hipotecaria daría lugar a la cancelación de la inscripción de censo, tal y como se encuentra practicada, y por tanto a la desinmatriculación de la finca, cancelando el dominio útil inmatriculado.

Resolución de 28-10-2021  
BOE 23-11-2021  
Registro de A Coruña, número 2.

#### HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA LEY 5/2019 A LOS PRÉSTAMOS PARA EMPLEADOS.

El artículo 2.4, en su letra a), de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, dispone que la misma no será de aplicación, entre otros, «a los contratos de préstamo (...) concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general». La interpretación de la referida norma de exclusión plantea una serie de dudas, para cuyo análisis es conveniente tomar en consideración, con carácter previo, los datos reales sobre la utilización práctica de este tipo de préstamos.

Aun dejando al margen que la escritura calificada no contiene ni siquiera manifestación de los hipotecantes sobre su condición de pareja de hecho, es indudable que al hipotecar la señora otorgante la mitad indivisa de una de finca para garantizar el préstamo concedido exclusivamente al otro otorgante que tiene la condición de empleado de la entidad prestamista, dicha hipotecante no deudora



solo asume responsabilidades sin adquirir los beneficios derivados de las condiciones especiales del préstamo. Y no se puede decidir sobre las consideraciones expresadas por el notario recurrente sobre la base de documentos que —como afirma la registradora en su informe— no fueron presentados a calificación, como es la escritura de compraventa de otra finca inscrita en distinto Registro de la Propiedad, pues, por imperativo del artículo 326 de la Ley Hipotecaria, debe rechazarse en el recurso cualquier pretensión basada en documentos no presentados en tiempo y forma.

Resolución de 28-10-2021

*BOE* 23-11-2021

Registro de la Propiedad de Oropesa del Mar, número 1.

#### ARRENDAMIENTOS: PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

El principio hipotecario de especialidad registral exige e implica concreción en la inscripción tanto de la finca registral como de la extensión del derecho real sobre la misma. Esto determina que, en la inscripción de los actos y negocios jurídicos se exija claridad para esta determinación. Este principio es también aplicable a la inscripción de ciertos derechos personales que tienen acceso al Registro, como es el caso del derecho de arrendamiento.

En el caso de los arrendamientos rústicos, el principio de especialidad funciona de la misma forma. En el supuesto concreto de este expediente, señala la registradora que, dado que el plazo del subarrendamiento no puede ser superior al del arrendamiento, la expresión de la duración del subarrendamiento no queda clara, por lo que conculca el principio de especialidad registral. Así pues, si no ha llegado la fecha de finalización de la primera fase, la duración de ambos contratos es la misma. En consecuencia, es clara la duración del subarriendo y no puede sobrepasar la del arrendamiento y por tanto no conculca el principio de especialidad.

Resolución de 28-10-2021

*BOE* 23-11-2021

Registro de la Propiedad de Palafrugell.

#### HIPOTECA: MANIFESTACIÓN SOBRE EL CARÁCTER DE LA VIVIENDA HIPOTECADA EN CASO DE NOVACIÓN. CALIFICACIÓN REGISTRAL: CLAÚSULAS ABUSIVAS.

Respecto de la hipoteca constituida sobre la vivienda habitual del hipotecante, desde el año 2012 se han adoptado diversas medidas legislativas para dar respuesta a una situación económica singular de la que se derivaron consecuencias patrimoniales adversas para los ciudadanos que desembocaron o pueden desembocar en la pérdida de dicha vivienda. El mandato legal se extiende, por tanto, a cualquier hipoteca en garantía de préstamo constituida sobre vivienda respecto de la que exige una declaración formal sobre la atribución o no del carácter habitual a dicha vivienda. Es trascendente esta circunstancia porque la inscripción de tal carácter, que desde ese momento está protegida por la legitimación registral, determinará de futuro el conjunto normativo aplicable a la vivienda.

Respecto del cumplimiento de los referidos artículos 21.3 y 129.2 de la Ley Hipotecaria en la constitución de hipoteca sobre una vivienda, es cierto que —como reconoce el mismo recurrente en su escrito de impugnación—, a la hora de expresar si se pretende o no atribuir carácter de vivienda habitual a la finca que se hipoteca, puede no ser suficiente la manifestación que los hipotecantes hagan sobre el carácter familiar de la misma en cumplimiento de otras normas que establecen una singular protección de la vivienda familiar en situación de normalidad matrimonial, como son, entre otras, las de los artículos 1320 del Código civil, 91 del Reglamento Hipotecario, 231-9 del Código civil de Cataluña o 190 del Código de Derecho Foral de Aragón. Y es que, como ha puesto de relieve este Centro Directivo (cfr., por todas las Resoluciones de 9 de octubre de 2018 y 6 de marzo de 2020), puede no coincidir domicilio o vivienda habitual del disponente con el domicilio o vivienda habitual de la familia.

Hecha la anterior aclaración, lo que debe decidirse para resolver el presente recurso es si, habiéndose determinado en la escritura de constitución de hipoteca inicial objeto de novación el carácter de la vivienda hipotecada debe expresarse asimismo tal carácter en la escritura novatoria objeto de la calificación impugnada. La respuesta ha de ser negativa, conforme al criterio mantenido por este Centro Directivo respecto del cumplimiento de otros requisitos o expresión de condiciones que también se hayan hecho constar en la inicial escritura de constitución de hipoteca.

Finalmente debe decidirse sobre el defecto mantenido por el registrador según el cual el hecho de que se prevea el devengo de intereses de demora desde el día siguiente al de la falta de pago da a entender que el mismo es automático, pues prescinde, para producirse, de la exigencia de previo requerimiento. Y añade que el devengo automático de intereses de demora, sin requerimiento previo, se considera abusivo, en los términos del artículo 82.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

Este Centro Directivo (cfr., por todas Resolución de 27 de julio de 2020) ha puesto de relieve que, además del control de la transparencia material encomendado a notarios y registradores en los términos establecidos en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (aplicable también a la novación modificativa de préstamos hipotecarios, según la disposición adicional sexta de esta ley), pueden y deben realizar también un control sobre existencia de cláusulas declaradas abusivas en los términos establecidos en los artículos 84 y siguientes del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Según el artículo 82.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, citado por el registrador, «se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». A la vista de tales consideraciones, el defecto no puede ser mantenido, toda vez que del título calificado y de los asientos del Registro no resultan datos suficientes para que el registrador pueda concluir con una valoración como la que alega para impedir la inscripción de la cláusula debatida.

Resolución de 8-11-2021

BOE 23-11-2021

Registro de la Propiedad de Torrijos.

**SERVIDUMBRE: IDENTIFICACIÓN PORCIÓN DE SUELO AFECTADA. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: RESEÑA DEL PODER OTORGADO POR UNA SOCIEDAD QUE NO CONSTA INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL.**

Comenzando por el primer defecto expresado por el registrador, como ha señalado este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 27 de abril de 2005, 18 de julio de 2011 y 3 de octubre de 2014, entre otras), estando vigentes asientos de presentación anteriores, lo procedente es aplazar o suspender la calificación del documento presentado posteriormente mientras no se despachen los títulos previamente presentados, como resulta implícitamente de lo dispuesto en los artículos 111, párrafo tercero, y 432.2 del Reglamento Hipotecario al regular las prórrogas del asiento de presentación. También ha afirmado este Centro Directivo que, dada la vigencia de un asiento de presentación anterior como consecuencia de la interposición de un recurso, no procede calificar el título presentado posteriormente en el sentido de suspender la inscripción del mismo. Lo procedente, de acuerdo con los artículos 66 y 327, párrafo cuarto, de la Ley Hipotecaria y demás preceptos concordantes citados, es suspender o aplazar la propia calificación hasta el despacho del título previo o la caducidad de su asiento de presentación, quedando entretanto prorrogado el plazo de vigencia del segundo asiento de presentación de forma que se respeta el principio de prioridad esencial en nuestro derecho registral y al mismo tiempo quedan debidamente protegidos los derechos de quien presentó con posterioridad. Ahora bien, esta suspensión afecta a títulos contradictorios o conexos, anteriores o posteriores.

Aunque no consta en este expediente la referida escritura previa por la que las partes constituyen el derecho de superficie, y por tanto el contenido y alcance con que se configura tal derecho, lo cierto es que, en vía de principio, el derecho de superficie por un lado y servidumbre y uso por otro lado, son derechos compatibles entre sí atribuyendo a sus titulares derechos sobre distintas facultades que integran el dominio. En efecto, ni el sentido estimatorio o desestimatorio de la resolución del recurso afectará a la posibilidad de practicar la inscripción de la servidumbre, ni el hecho de inscribir o, en su caso, denegar esta, tendrá trascendencia sobre la inscripción del derecho de superficie. Por lo tanto, en este caso, no procede la suspensión del despacho del documento ahora presentado, pues el registrador no ha indicado en su calificación en qué pueda verse afectado este segundo documento por el primero en tanto mantenga vigencia el asiento de presentación practicado con anterioridad.

Como puso de relieve la Resolución de este Centro Directivo de 28 de noviembre de 2019, la georreferenciación solo es obligatoria para determinados supuestos, como ocurrirá en el caso de la segregación de la finca (cfr. art. 9 LH) o en los casos de declaración de obra nueva finalizada. Fuera de estos casos, la representación gráfica georreferenciada se configura como meramente potestativa. En el presente caso la delimitación de la porción de finca sobre la que se constituyen los referidos derechos de uso y servidumbre se encuentra claramente determinada en el título con la incorporación de plano georreferenciado y un listado de coordenadas de las que resulta la ubicación indubitada de aquella porción, con pleno respeto al principio de especialidad registral. No puede con-

firmarse la calificación en lo que se refiere a la exigencia técnica de aportación a este efecto de un fichero en formato GML.

Tampoco puede confirmarse la exigencia de que el plano o listado de coordenadas en el que se delimita la porción de finca sobre la que se constituyen los referidos derechos de uso y servidumbre deba estar suscrito por técnico o deba contar con la firma legitimada notarialmente. Tales exigencias (más bien propias del certificado técnico exigible en una declaración de obra nueva) no cuentan con ningún respaldo legal y no pueden sustentarse en el principio de titulación pública, como hace la calificación. A lo que cabe añadir que esta Dirección General ya ha admitido en reiteradas ocasiones la aportación de plano complementario o auxiliar a los efectos de determinar las servidumbres, doctrina perfectamente trasladable al presente caso.

Por lo que se refiere a la necesidad de aportar la previa georreferenciación de la parcela, son aplicables las anteriores consideraciones; y, además, cabe recordar la doctrina de las Resoluciones de 16 de junio de 2012 en las que se analizó si la constitución del derecho de superficie sobre parte de fincas rústicas para la instalación de parques eólicos puede equipararse a la existencia de una parcelación, lo que justificaría —tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio, y al amparo del artículo 9 de la Ley Hipotecaria— la inscripción preceptiva de la representación gráfica de la finca y de las porciones en las que se constituye el derecho. A la luz de esta doctrina no puede afirmarse que estemos en presencia de un negocio equiparable al de parcelación urbanística si se tiene en cuenta que el negocio formalizado tiene por objeto la constitución de los derechos de servidumbre analizados. Y, sobre todo, no existe actividad de urbanización o edificación ni indicio alguno que permita afirmar que puede generarse un núcleo de población.

Rechazada la posibilidad de que en la escritura objeto de presentación se contenga un negocio asimilado al de parcelación de terrenos, en cuanto a la exigencia de previa georreferenciación de la parcela procede aquí reiterar la doctrina consolidada de esta Dirección General para los supuestos de declaración de obra nueva, conforme al artículo 202 de la Ley Hipotecaria, que es aplicable de forma análoga a este caso de constitución de derechos sobre parte de finca delimitada por un listado de coordenadas. Para que el registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique.

En el caso de este expediente es cierto que existe una falta de correspondencia entre la superficie de la finca registral y la de la parcela a la que se refiere la certificación catastral, lo cual se pone de manifiesto por el registrador en la nota de calificación. Sin embargo, el registrador no ha explicitado en su calificación las dudas de que la porción georreferenciada de finca pueda extralimitarse de la finca registral, más allá de la falta de concordancia superficial de la finca registral con la parcela catastral.

Las Sentencias de 20 y 22 de noviembre de 2018 y 1 de junio de 2021 se afirma que cuando, como ocurre en el presente caso, 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. Y el registrador debe revisar que el título autorizado permita corroborar que el notario ha ejercido su función de examen de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa, y que este juicio sea congruente con el contenido del título presentado, es decir, que resulte del contenido del juicio de suficiencia que dicha suficiencia se predica respecto del negocio jurídico otorgado, con la precisión necesaria para que no quepan dudas de que el notario ha calificado correctamente el negocio de que se trata y referido al mismo la suficiencia o insuficiencia de las facultades representativas.

En el supuesto que da lugar al presente recurso, el notario autorizante del título calificado ha reseñado el documento del que nace la representación directamente invocada por el compareciente, la escritura pública de apoderamiento, mediante indicación del notario autorizante, fecha y número de protocolo, pero ha omitido toda referencia a su eventual inscripción en el Registro Mercantil, a la persona concedente del poder, al título representativo que vincule a este último con la sociedad, y a la inscripción registral de dicho título, así como respecto del carácter general o especial del citado poder, de lo que nada se dice en la reseña.

Resolución de 10-11-2021

BOE 23-11-2021

Registro de la Propiedad de Corralejo.

#### **ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SENTENCIA: EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.**

En primer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 y 100 del Reglamento Hipotecario, la calificación registral de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del juzgado o tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en el que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro.

La claridad en la redacción de aquellos es presupuesto de su fiel reflejo registral, con los importantes efectos que de la inscripción se derivan, entre ellos la presunción de existencia y pertenencia de los derechos reales inscritos «en la forma determinada por el asiento respectivo» (art. 38 LH). Como consecuencia, esta necesidad de claridad suficiente de los documentos inscribibles y de la exigencia de contener todas las circunstancias que la Ley y el Reglamento prescriben para los asientos, bajo pena de nulidad, debe reputarse de los documentos judiciales, siendo necesario que el pronunciamiento judicial sea suficientemente determinado. Y esta cautela debe guardarse también cuando se trate de asientos provisionales, como sucede en este caso.

En este caso la anotación se solicita al amparo de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que, al no ser firme la sentencia, es la anotación preventiva el asiento que permite dar publicidad a la existencia de una resolución que de alcanzar firmeza provocará la modificación de la situación jurídica de la finca y cuya revocación supondrá que sea la anterior situación la que quede confirmada. Por este mismo motivo la anotación debe recoger de forma precisa las consecuencias que, de devenir firme la sentencia, van

a producirse respecto de la titularidad de las fincas o la extensión objetiva de los derechos inscritos, sin que el registrador pueda hacer deducciones o presunciones.

Resolución de 10-11-2021

BOE 23-11-2021

Registro de la Propiedad de Vilanova i la Geltrú.

#### **OBRA NUEVA: IDENTIFICACIÓN DE LA PORCIÓN DE SUELO OCUPADA POR LA EDIFICACIÓN.**

Una vez más se plantea ante este Centro Directivo la cuestión de la existencia de dudas acerca de si la edificación declarada se ubica efectivamente en la finca registral, extremo que ha sido tratado en reiteradas ocasiones por esta Dirección General (cfr. «Vistos»), cuya doctrina procede reiterar ahora.

Como es doctrina reiterada de este Centro Directivo, para inscribir cualquier edificación, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique. Así, la circunstancia de ubicarse la edificación en los límites de la parcela o aún más, ocupando la totalidad de la misma, es relevante a la hora de determinar si la misma puede extralimitarse de la finca registral desde el punto de vista espacial o geométrico, como ya se puso de manifiesto por esta Dirección General en las Resoluciones de 6 y 28 de septiembre de 2016 o 4 de enero de 2019 (reiteradas en numerosas ocasiones, cfr. «Vistos»).

Aunque en el caso de este expediente en la nota de calificación solamente se indica lacónicamente que «la vivienda delimita con dos fincas colindantes», lo cierto es que conforme a la doctrina anteriormente expuesta ello supone que las coordenadas de la edificación se ubican en los límites de la parcela (lo que resulta también del título calificado), lo que justifica las dudas sobre si dicha ubicación excede efectivamente de la finca registral, al no constar previamente georreferenciada dicha finca.

Resolución de 11-11-2021

BOE 23-11-2021

Registro de la Propiedad de San Clemente.

#### **GRUPOS SINDICALES DE COLONIZACIÓN: ACREDITACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN.**

Los Grupos Sindicales de Colonización constituyeron, en su día, un cauce por el que se hizo discurrir una parte del asociacionismo agrario. Son entida-

des asociativas de interés particular con personalidad jurídica y patrimonio propios e independientes de los de sus asociados, cuya naturaleza jurídica no se define de manera nítida en ninguna disposición. No son simples asociaciones civiles de interés particular reguladas en el artículo 35 del Código civil, sino que sus finalidades económicas, industriales o comerciales y el hecho de aportarse un capital a las mismas, junto con otras características de su regulación, las aproximan a las sociedades. Con posterioridad, el Real Decreto Ley 31/1977, de 2 de junio, sobre extinción de la sindicación obligatoria, reforma de estructuras sindicales y reconversión del Organismo autónomo «Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales», facultó al Gobierno, en su disposición adicional segunda, a regular y adaptar los Grupos Sindicales de Colonización a las nuevas Sociedades Agrarias de Transformación y finalmente la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto que regula las Sociedades Agrarias de Transformación, dispuso que «los antiguos Grupos Sindicales de Colonización legalmente inscritos, deberán adaptar sus Estatutos a los preceptos contenidos en el presente Real Decreto. En otro caso, quedarán disueltos de pleno derecho».

En el caso que ha dado lugar a este expediente, tres personas que manifiestan ser los tres únicos socios del Grupo Sindical de Colonización que es el titular registral de una determinada finca se constituyen en junta general universal del mismo y llevan a cabo la liquidación del disuelto grupo, adjudicando la mencionada finca a uno de los socios. En este caso es necesario tener en cuenta: que en los Grupos Sindicales de Colonización son los propios productores los únicos que forman parte del grupo; que, a salvo de lo que se disponga en los estatutos de este Grupo Sindical de Colonización en particular, que no se han aportado, si bien las facultades representativas de los Grupos Sindicales de Colonización parece que corresponderían al jefe del mismo, que según lo expuesto debía ser el jefe del sindicato o Hermandad de Labradores a que pertenecieran los productores que integraran el grupo, la Organización Nacional Sindical o sindicato único desapareció al cambiar el anterior régimen por el actual presidido por la Constitución, y por tanto desaparecieron también las hermandades sindicales que la integraban; que en los Grupos Sindicales Menores de Colonización —los de menos de diez productores, como es este caso— la junta rectora está formada por todos los productores que integran el grupo; y que se está llevando a cabo la liquidación del Grupo Sindical de Colonización, disuelto por disposición legal, y que por tanto serían los únicos socios los encargados de decidir acerca de dicha liquidación, es posible admitir la inscripción de la adjudicación en la liquidación en virtud de acuerdo adoptado por todos los socios. Sin embargo, para que ello sea posible es necesario, tal como señala la registradora en su nota de calificación, que efectivamente los tres comparecientes sean los únicos tres socios del Grupo Sindical de Colonización en cuestión.

Como tiene declarado esta Dirección General, de conformidad con el artículo 326 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 (*vid.*, por todas, Resoluciones de 7 de septiembre y 1 de octubre de 2015, 21 de julio de 2017, 6 y 21 de junio y 11 de julio de 2018 y 5 y 26 de mayo de 2021). Además, los documentos aportados con el recurso, como pone de relieve la registradora en su informe, no son documentos auténticos.



Resolución de 2-11-2021

BOE 25-11-2021

Registro de la Propiedad de Villanueva de los Infantes.

#### DERECHO FORAL GALLEGO: NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. En el presente caso, la registradora en su calificación ha señalado como defecto, que debe aportarse la escritura de aceptación de herencia en orden a determinar los términos exactos de la satisfacción y aceptación de la legítima y de esta forma poder establecer la procedencia o no de la falta de comparecencia de la legitimaria en la escritura de adición de herencia. Se señalan los preceptos en los que se basa la calificación y se argumenta la distinta naturaleza de la legítima foral gallega en las dos épocas de partición y adición de herencia.

La vigente Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, adopta el modelo «*pars valoris*» y reproduce el sistema adoptado en Cataluña. Así, el artículo 249 dispone que «el legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor». 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. Pero cuando la legítima es un simple derecho de crédito frente a la herencia («*pars valoris*»), el legitimario puede ver burlados sus derechos sobre los inmuebles relictos por el juego de la fe pública y el nacimiento de terceros.

Así, la legítima gallega es una obligación de valor que puede ser satisfecha en metálico. Ese derecho se dirige personalmente frente al heredero, que, en definitiva, es el obligado frente al legitimario. El legitimario tiene a su favor el derecho a percibir con cargo a la herencia un valor patrimonial, pero no forma parte, por su solo título de legitimario, del proceso de transmisión y adquisición de los bienes hereditarios y, por lo tanto, del caudal relicto, respecto al cual es un tercero acreedor.

Recapitulando, dada la naturaleza de la legítima en el momento del fallecimiento del causante, y el momento en que se otorgó la partición, siendo que la legitimaria intervino en la partición de la herencia para dar por pagada su legítima, ahora respecto de la adición de la herencia, se evita la indefensión de la legitimaria con la notificación que se le ha hecho para que pueda reclamar el suplemento. En consecuencia, debe entenderse inscribible la escritura de adición a la herencia calificada.

Resolución de 2-11-2021

BOE 25-11-2021

Registro de la Propiedad de Pineda del Mar.

#### ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: TRACTO SUCESIVO.

Con relación a este extremo, esta Dirección General ha señalado que bien cabe entender que es el propio registrador, como impulsor del procedimiento,



quien deberá examinar la documentación presentada y, si observare deficiencia, exigir al recurrente la subsanación de la misma, con referencia al plazo para hacerlo, en los términos establecidos por el artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, apercibiendo al recurrente de que en caso contrario se le tendrá por desistido de su petición, sin perjuicio de que la omisión pueda y deba subsanarse en su caso por este Centro Directivo en cuanto competente para resolver el fondo del asunto (*vid.* Resolución de 28 de noviembre de 2018).

Entrando ya en el fondo de la cuestión planteada, ha de señalarse que el artículo 166 del Reglamento Hipotecario al regular los requisitos de extensión de las anotaciones de embargo seguidos contra herederos indeterminados o determinados del titular registral está aplicando el principio de tracto sucesivo si bien con la peculiaridad de que los bienes no constan aun inscritos a favor de los demandados.

La calificación del registrador del tracto sucesivo (art. 20 LH) será distinta en cada uno de los supuestos siguientes: a) Para tomar anotación preventiva del embargo en caso de procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido durante el procedimiento, deberá acreditarse al registrador que se demandó al titular registral, que ha fallecido y que se ha seguido la tramitación con sus herederos, por sucesión procesal conforme al artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de aquel, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador, si los herederos fueran ciertos y determinados, que la demanda se ha dirigido contra estos indicando sus circunstancias personales (art. 166.1.a, párrafo primero, RH), sin que proceda en este caso aportar los títulos sucesorios. Si los herederos fueran indeterminados se abordará posteriormente la circunstancia relativa a la herencia yacente. b) Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de herederos ciertos y determinados, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador que la demanda se ha dirigido contra estos, indicando sus circunstancias personales y acompañando los títulos sucesorios y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad. c) En caso de procesos ejecutivos por deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o por deudas de estos herederos indeterminados —herencia yacente—, será preciso, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo, o bien que se acredite en el mandamiento que se ha dado emplazamiento a alguno de los posibles llamados a la herencia.

Resolución de 2-11-2021

BOE 25-11-2021

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En cuanto a la alegación del recurrente de no haber accedido al contenido de las alegaciones, la Ley Hipotecaria no se pronuncia al respecto al regular el procedimiento en el artículo 199, que no contiene ninguna previsión sobre la necesidad de dar traslado al promotor del expediente. Esta posibilidad debe entenderse limitada a los efectos informativos que se desprenden de los citados

preceptos, sin que en ningún caso pueda traducirse en nuevos trámites no contemplados en el procedimiento que pudieran suponer sucesivas intervenciones de los interesados, lo que, además de no preverse en dicho expediente registral, haría derivar el mismo en una suerte de procedimiento contencioso que desvirtuaría su naturaleza.

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 georreferenciación contradictoria. Resulta destacable que la oposición del colindante se encuentra debidamente sustentada con informe y representación gráfica georreferenciada elaborada por técnico, contradictorios a los presentados por el recurrente, lo que pone de manifiesto de forma evidente el conflicto entre los colindantes sobre la delimitación gráfica de las fincas.

Resolución de 2-11-2021

BOE 25-11-2021

Registro de la Propiedad de Elche, número 3.

#### **PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: ACUMULACIÓN. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS.**

Puede el registrador valorar si teniendo en cuenta el contenido de los libros del Registro, el procedimiento que se sigue para la ejecución de una hipoteca se ajusta al contenido de aquel, dado que el procedimiento de ejecución hipotecaria es esencialmente de carácter registral, y el procedimiento de ejecución directa solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo.

Es correcta la actuación del registrador que no expide la certificación de dominio y cargas ordenada por el juzgado, pues no es admisible la ejecución simultánea de dos hipotecas constituidas sobre bienes distintos, (*vid.* Resoluciones de 17 de marzo y 24 de abril de 2008 y 4 de febrero de 2020), tampoco es posible dicha acumulación en el caso de que las obligaciones o las cláusulas financieras pactadas difieran en cada hipoteca (*vid.* Resolución de 5 de marzo de 2020) y en la misma línea se ha pronunciado la más reciente Resolución de 8 de junio de 2021 para el caso de ejecución simultánea, de dos hipotecas, recayentes sobre fincas distintas y con deudores en parte distintos.

Por todo ello, la ejecución hipotecaria presupone una obligación y la hipoteca que la garantice. Ningún precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil o de la Ley Hipotecaria permiten la acumulación de acciones para distintas obligaciones

garantizadas con hipotecas distintas, con una excepción: cuando recaigan sobre el mismo bien hipotecado.

Por lo tanto, el registrador de la propiedad, al calificar, ha de estar a los términos que consten en el documento que se presenta a inscripción, por lo que, en este caso, del contenido del mandamiento resulta que se están ejecutando sendas hipotecas a través de un único procedimiento de ejecución. Más que una acumulación de procedimientos propiamente dicha, lo que se ha efectuado es una demanda conjunta de ejecución de ambas hipotecas, pero una vez admitida la demanda e incoado el procedimiento, los anteriores pronunciamientos resultan de aplicación.

En cuanto al segundo defecto, el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige como trámite esencial del procedimiento la expedición de certificación de dominio y cargas. Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo que destaca la importancia de la nota marginal que provoca la expedición de la certificación de dominio y cargas no solo respecto de los titulares registrales existentes o que aparezcan con posterioridad, sino también en el seno del propio procedimiento.

Es reiterada la doctrina de esta Dirección General según la cual el tercer adquirente debe ser demandado en el procedimiento hipotecario si antes de la interposición de la demanda tiene su título inscrito, quedando suficientemente acreditada su adquisición frente al acreedor, conforme al artículo 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde el momento que este conoce el contenido de la titularidad publicada. Diferente tratamiento habría de darse al caso en el que la inscripción a favor del tercer adquirente se hubiera producido una vez interpuesta la demanda frente al que hasta entonces era titular registral y con anterioridad a la expedición de la preceptiva certificación de dominio y cargas, momento en que queda consignado registralmente el comienzo del procedimiento. De lo anterior resulta que, la existencia de terceros poseedores o el hecho de que consten cotitulares o deudores que no hayan sido objeto de demanda, no impide, la expedición de la certificación de cargas.

Resolución de 3-11-2021

BOE 26-11-2021

Registro de la Propiedad de La Vecilla-Cistierna.

#### INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Debe recordarse, como ya ha señalado este Centro Directivo (*vid.* Resolución de 31 de enero de 2018), que en todo caso el registrador debe extremar el celo en las inmatriculaciones para evitar que se produzca la indeseable doble inmatriculación. No supone una extralimitación competencial, sino todo lo contrario, que el registrador califique si los títulos presentados para inmatricular una finca cumplen los requisitos legales o han sido elaborados *ad hoc* de manera artificiosa para eludir el cumplimiento de la finalidad y razón de ser esencial de tales preceptos.

En este sentido hay que tener en cuenta que el procedimiento previsto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria tiene menores garantías, al no exigir la previa intervención de titulares de fincas colindantes que pudieran verse afectados, siendo estos los más interesados en velar que el acceso de una nueva finca al Registro no se haga a costa, o en perjuicio, de los fondos limítrofes, pudiendo producirse, en caso contrario un supuesto de indefensión. No obstante, sí que necesariamente debe incorporarse certificación catastral descriptiva y gráfica en términos que se correspondan con la descripción de la finca en el título inmatriculador.

No se puede poner en duda que la aportación a gananciales es título apto a efectos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria (cfr. Resolución de 19 octubre de 2010 o 12 de junio de 2020) ya que comporta un verdadero desplazamiento patrimonial de un bien privativo de uno de los cónyuges a la masa ganancial (constituida por un patrimonio separado colectivo, distinto de los patrimonios personales de los cónyuges, afecto a la satisfacción de necesidades distintas y con un régimen jurídico diverso). Como ha recordado este Centro Directivo (véase Resolución de 11 de mayo de 2016) no hay que confundir el pacto de atribución de ganancialidad recogido en el artículo 1355 del Código civil y el negocio de aportación de bienes del patrimonio privativo de cualquiera de los cónyuges al patrimonio común ganancial.

En definitiva no concurren en el presente supuesto los elementos necesarios para poder inferir la creación instrumental de documentación «*ad hoc*» para procurar la inmatriculación eludiendo los requisitos legales (ni la coetaneidad o proximidad de ambos negocios, ni la inexistencia de título original de adquisición, ni hay transmisiones circulares, ni el nulo o bajo coste fiscal de la operación) pues existe doble título traslativo público, ha pasado más de un año entre ambas transmisiones —que es el criterio fijado legalmente al efecto—, no termina siendo titular quien inicialmente lo transmitió, no se encubre un pacto de atribución de ganancialidad *ex* artículo 1355 del Código civil dado el tiempo transcurrido entre la adquisición y la aportación; y se ha tributado lo correspondiente a cada negocio jurídico documentado.

Resolución de 3-11-2021

BOE 26-11-2021

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 3.

#### TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE: DOCUMENTO PÚBLICO.

Por lo tanto, en lo que interesa, y habida cuenta de la rectificación de la calificación (expresada por el registrador en su informe) respecto de los requisitos formales de las capitulaciones matrimoniales y de los certificados de defunción y de últimas voluntades, cabe confirmar la calificación del registrador respecto de la exigencia relativa al título sucesorio de la causante (testamento), pues no consta copia autorizada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2.1.º, 3, 14.1.º y 18 de la Ley Hipotecaria y 76 y 78 de su Reglamento. Obviamente, solo puede confirmarse, por tanto, la calificación del registrador en cuanto es precisa la presentación de copia auténtica, apostillada, en su caso, traducida, del título sucesorio, sin prejuzgar su contenido, validez ni cualquier otro defecto que pueda ser observado a la vista de los títulos que deben ser presentados.

Resolución de 3-11-2021

BOE 26-11-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

#### PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: TANTEO Y RETRACTO ARRENDATICIO.

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 que, 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. Se afirma en la Resolución de 24 de marzo de 2017 que, como tesis de principio, la ejecución forzosa de finca está comprendida en el concepto amplio de compraventa.

Sin embargo, como también puso de relieve la citada Resolución de 24 de marzo de 2017, y reiteraron las de 14 de septiembre y 11 de octubre de 2018, 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, 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. Ha de tenerse en cuenta que la doctrina expuesta no será aplicable cuando se trate de arrendamientos de vivienda suscritos antes de entrar en vigor (6 de junio de 2013) 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. Incluso para los arrendamientos de vivienda derivados de estos contratos suscritos antes del día 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.

La doctrina antes expuesta en relación con la interpretación de los artículos 13.1 y 7.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en la redacción dada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, se ha visto necesariamente afectada por la nueva reforma de dichos preceptos realizada por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo. No obstante, cuando se trata de contratos de arrendamiento para un uso distinto del de vivienda (como es el caso del presente expediente), tanto antes como después de la mencionada reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al no estar sometidos a un plazo mínimo imperativo, el arrendamiento se extinguirá en cualquier momento en que el derecho del arrendador quede resuelto como consecuencia de la ejecución, a menos que dicho arrendamiento constase inscrito en el Registro con anterioridad a la hipoteca que se ejecuta (*vid.* art. 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

Resolución de 4-11-2021

BOE 26-11-2021

Registro de la Propiedad de Villanueva de los Infantes.

#### CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN.

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. En el presente caso la nota de calificación es totalmente insuficiente.

Ciertamente, esta Dirección General ha puesto de relieve (cfr. Resolución de 28 de octubre de 2021) que, respecto del cumplimiento de los referidos artículos 21.3 y 129.2 de la Ley Hipotecaria en la constitución de hipoteca sobre una vivienda, a la hora de expresar si se pretende o no atribuir carácter de vivienda habitual a la finca que se hipoteca, puede no ser suficiente la manifestación que los hipotecantes hagan sobre el carácter familiar de la misma en cumplimiento de otras normas que establecen una singular protección de la vivienda familiar en situación de normalidad matrimonial, como son las de los artículos 1320 del Código civil y 91 del Reglamento Hipotecario, toda vez que puede no coincidir domicilio o vivienda habitual del disponente con el domicilio o vivienda habitual de la familia.

Resolución de 4-11-2021

BOE 26-11-2021

Registro de la Propiedad de Motril, número 1

#### INMATRICULACIÓN: CASOS EN LOS QUE LA CARTOGRAFÍA TIENE UN DESPLAZAMIENTO QUE IMPIDE SU INSCRIPCIÓN.

La cuestión principal que se plantea en el presente recurso radica en determinar si, en los casos en que la georreferenciación catastral de una parcela contiene un error de desplazamiento y por ello invade dominio público, resulta o no posible la inmatriculación de la finca, y en qué modo o a través de qué medios es posible dicha inmatriculación, conforme al ordenamiento vigente.

Como punto de partida, el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, tras exigir «identidad en la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica que necesariamente debe ser aportada al efecto» señala que «si el Registrador tuviera dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras de dominio público que no estén inmatriculadas pero que aparezcan recogidas en la información territorial asociada facilitada por las Administraciones Públicas, notificará tal circunstancia a la entidad u órgano competente, acompañando la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca que se pretende inmatricular con el fin de que, por dicha entidad, se remita el informe correspondiente, dentro del plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación». Y añade que «si la Administración manifestase su oposición a la inmatriculación o, no remitiendo su informe dentro de plazo, el Registrador conservase dudas sobre la existencia de una posible invasión del dominio público, denegará la inmatriculación pretendida».

En el presente caso, constan acreditadas tanto la existencia de dudas fundadas del registrador sobre que las coordenadas resultantes de la certificación catastral descriptiva y gráfica aportada implican una invasión parcial del dominio público, como la oposición expresa por parte de la administración titular de dicho dominio público invadido a la inmatriculación. En los supuestos en los que exista una inconsistencia de la base gráfica catastral que impida la obtención de la

completa representación gráfica georreferenciada catastral, no puede impedirse la inmatriculación de la finca por una cuestión técnica que resulta ajena al propio interesado y a la institución registral, por lo que, con carácter excepcional, podrá admitirse que el interesado aporte la representación gráfica alternativa.

Se da la circunstancia de que esta Resolución de 18 de diciembre de 2020 se dictó estando ya en vigor la Resolución de 23 de septiembre de 2020, 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 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, que reconoce y proclama que «el objetivo de la coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad se acomete con pleno respeto a la autonomía funcional y operativa de ambas instituciones, sujetas a sus propios procedimientos y dinámicas de gestión internos». Y así, dentro de esa diversidad de procedimientos y dinámicas de gestión, se prevé, que a efectos catastrales, «las situaciones de desplazamiento y/o giro de la cartografía catastral (...) no suponen, por sí mismas, invasión real de parcelas colindantes ni del dominio público, ya que la geometría, superficie, relaciones topológicas y de colindancia con las parcelas afectadas permanecen invariables».

Y nadie puede dudar de que, lo que se inscribe formalmente en el Registro de la Propiedad, lo que se incorpora a la aplicación gráfica registral homologada, lo que se publica en el geoportal registral, y lo que es objeto de interoperabilidad y trasvase de información con el Catastro y demás instituciones públicas, no son simples representaciones gráficas o dibujos de la posición relativa de los límites de unas fincas respecto de otras, sino las coordenadas UTM de posicionamiento absoluto de los vértices de tales límites o linderos, aportadas en el formato GML que exige tal resolución conjunta para hacer posible la interoperabilidad exigida por la ley y el trasvase de información y coordinación con Catastro. Por ello, cuando las coordenadas UTM aportadas para georreferenciar una finca (como ha de hacerse preceptivamente en el caso de las inmatriculaciones) invadan en posicionamiento absoluto la delimitación jurídica de fincas previamente inmatriculadas o del dominio público, el registrador, para evitar dobles inmatriculaciones o invasiones de dominio público, ha de rechazar la inscripción de esas coordenadas aportadas.

La experiencia demuestra que tales procedimientos de rectificación catastral, para la corrección global de errores de desplazamiento en su cartografía, incurren en dilaciones que pueden ser asumibles para la institución catastral dados los fines principalmente tributarios a los que sirve (pues un simple error de desplazamiento en las coordenadas de la cartografía catastral no merma en absoluto la efectividad de la recaudación tributaria), pero que resultan inasumibles para la celeridad y seguridad jurídica que exige el tráfico inmobiliario.

Por todo ello, como ha señalado esta Dirección General, ha de confirmarse el criterio conforme al cual «en los supuestos en los que exista una inconsistencia de la base gráfica catastral (...) no puede impedirse la inmatriculación de la finca por una cuestión técnica que resulta ajena al propio interesado y a la institución registral, siendo admisible la aportación por el interesado de la representación gráfica alternativa».

Conforme a la solución técnica ofrecida por la citada Resolución conjunta, en tales casos de inconsistencias por desplazamientos de la georreferenciación catastral, habrán de aportarse «dos ficheros en formato GML, uno referido a las coordenadas derivadas del levantamiento técnico y el otro a las coordenadas catas-



trales correspondientes, adjuntando, además, los parámetros de transformación utilizados». De ellos, el fichero GML con las coordenadas correctas derivadas del levantamiento técnico sería objeto de inscripción formal, incorporación expresa a la aplicación gráfica registral homologada, y publicación en el geoportel registral, y el otro fichero GML, con las coordenadas catastrales desplazadas correspondientes, debería ser incorporado a una capa específica en tales aplicaciones, y utilizado especialmente en el proceso de coordinación gráfica con Catastro y seguimiento de sus vicisitudes, en los términos que se detallan en la resolución conjunta de 23 de septiembre de 2020.

Resolución de 4-11-2021

BOE 26-11-2021

Registro de la Propiedad de Granadilla de Abona.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: 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 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 las sucesivas alteraciones catastrales a lo que se suma la oposición del colindante. Resulta destacable que la oposición del colindante se sustenta con su título de dominio inscrito siendo la superficie registral coincidente con la catastral al tiempo de su inmatriculación (año 2009).

Resolución de 15-11-2021

BOE 3-12-2021

Registro de la Propiedad de Archena.

#### RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y de las Resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del Registro parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, LH).

Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011 y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015), 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.

Ciertamente, la legislación hipotecaria diferencia dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: el que exige el acuerdo unánime de los interesados y del registrador o, en su defecto, resolución judicial, y el que permite la rectificación de oficio por parte del registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlo a conocer (cfr. art. 217 LH y Resolución de 9 de noviembre de 2009).

En el caso que nos ocupa, la calificación debe ser confirmada ya que, con independencia de que el interesado ponga de manifiesto determinadas circunstancias que a su juicio no deben constar en los libros del Registro, lo que se solicita es directamente la cancelación de dicha inscripción (ni siquiera se insta la rectificación). El artículo 1.3.º de la Ley Hipotecaria establece que los asientos del Registro se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, y la rectificación de dichos asientos debe llevarse en los supuestos y en la forma señalada en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 15-11-2021

BOE 3-12-2021

Registro de la Propiedad de Cartagena, número 3.

#### **HIPOTECA: AMPLIACIÓN.**

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. En caso de ejecutarse la hipoteca ampliada, su titular tan solo tendrá preferencia para el cobro con cargo al precio de realización por las cantidades inicialmente garantizadas pues en cuanto al exceso serán preferentes para el cobro los titulares de aquellas cargas intermedias y tan solo en la medida en que aún quede sobrante, la parte del crédito ampliado y posteriormente garantizado.

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, que al modificar el artículo 4 de la Ley 2/1994, determinó en su apartado tercero que «las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por ese incremento o ampliación», cuestión que debe interpretarse atendiendo a la doctrina de la Resolución de 14 de mayo de 2015.

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 mo-

dificación 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, aumentando para ello paralelamente su responsabilidad hipotecaria.

Por todo ello y en referencia al supuesto objeto de este expediente, es indiferente a efectos del derecho real de hipoteca que respecto de la nueva responsabilidad hipotecaria se pacte un interés máximo a efectos hipotecarios del 0,991% cuando el interés variable pactado obligacionalmente es el Euribor más un diferencial de 1,25 puntos, porque al ser el tipo ordinario variable, efectivamente podrá fijarse el tipo máximo hipotecario que se desee, incluso superior al diferencial (tope que parece insinuarse en el recurso); ya que lo relevante si se trata de establecer una hipoteca única es que el tipo máximo a efectos hipotecarios sea el 7,838% o sea el 0,911%, lo sea igual para todo el capital garantizado, dado que a una obligación única debe corresponderle una configuración hipotecaria única y uniforme.

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.

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 15-11-2021

BOE 3-12-2021

Registro de la Propiedad de Coria.

#### **EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO.**

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo el carácter excepcional del expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido, que solo puede utilizarse en los supuestos en los que se haya dado una auténtica interrupción en la cadena de titularidades. Esta excepcionalidad justifica una comprobación minuciosa por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos y exi-

gencias legalmente prevenidas, a fin de evitar la utilización de este cauce para la vulneración o indebida apropiación de derechos de terceros (al permitir una disminución de las formalidades que en los supuestos ordinarios se prescriben, precisamente, para la garantía de aquellos, como por ejemplo la exigencia de formalización pública del negocio adquisitivo para su inscripción registral), o para la elusión de las obligaciones fiscales (las inherentes a las transmisiones intermedias, etc.). Se impone por tanto una interpretación restrictiva de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto, de modo que solo cuando efectivamente concurra esta hipótesis y así resulte del documento calificado, puede accederse a la inscripción.

No existe una verdadera interrupción del tracto ya que consta la formalización pública de los sucesivos documentos de adquisición desde el titular registral. La circunstancia de que algunos de estos títulos adolezcan de defectos, como señala el registrador, o que hayan sido objeto de anteriores calificaciones negativas, no justifica la utilización del procedimiento excepcional para la reanudación del tracto, siendo lo procedente presentar los títulos para su calificación e inscripción y, en su caso, tratar de subsanar tales defectos. No puede equipararse la extraordinaria dificultad para lograr la formalización pública de un documento con el supuesto que motiva el presente expediente, en el que el documento público ya está otorgado, si bien es defectuoso.

Resolución de 16-11-2021

BOE 3-12-2021

Registro de la Propiedad de Adeje.

#### **PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRA NUEVA EN UNO DE LOS ELEMENTOS PRIVATIVOS.**

Como cuestión previa, ha de recordarse que el artículo 326 de la Ley Hipotecaria establece que el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Respecto del fondo de la cuestión planteada, ciertamente, tratándose de una propiedad horizontal, la ampliación de la construcción de la vivienda objeto de la declaración formalizada en la escritura calificada comporta modificación de la configuración exterior del conjunto inmobiliario del que forma parte integrante dicha finca, así como de la superficie del referido elemento privativo, que deberá contar con el acuerdo adoptado por los propietarios en junta.

En el presente caso, según la descripción que se pretende hacer constar en el Registro, se pretende un incremento de la superficie privativa a costa de los elementos comunes de la división horizontal. En consecuencia (reiterando el criterio de la Resolución de 23 de marzo de 2018), se pretende una alteración del régimen jurídico de los elementos comunes, lo que es materia que compete a la comunidad, exigiéndose unanimidad en tanto en cuanto tal alteración implica una modificación del título constitutivo de conformidad con el artículo 17.6 de la Ley sobre propiedad horizontal.

Resolución de 16-11-2021  
BOE 3-12-2021  
Registro de la Propiedad de Adeje.

#### REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001.

Como cuestión previa, no puede compartirse el reproche formulado por el recurrente al afirmar en su escrito de impugnación que la calificación registral impugnada carece de suficiente motivación. Del análisis de la misma resulta que se especifica el defecto que a juicio del registrador afecta a la escritura, los fundamentos en los que se apoya para esa calificación y señala el modo de subsanar tal defecto. Y, según el contenido de la calificación, el registrador fundamenta por qué considera que es necesario que el notario exprese que ha tenido a la vista copia autorizada de la escritura de poder.

De la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001 por el Tribunal Supremo (Sentencia de 23 de septiembre de 2011, 20 y 22 de noviembre de 2018 y 1 de junio de 2021) y de la doctrina expresada por esta Dirección General en numerosas resoluciones cabe extraer un criterio ya asentado y pacífico respecto del alcance de la calificación registral del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de los otorgantes. El registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de este congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

Se trata de dilucidar en este expediente si la expresión «título legítimo de representación» es suficiente, pues, como alega el recurrente, conforme a la Real Academia Española es sinónimo de documento auténtico o justificación jurídica auténtica, genuina y verdadera de la actuación en nombre de una persona. Y si, cuando más adelante se expresa que ese documento auténtico está «formalizado en escritura de poder», no cabe margen a la interpretación porque lo que se dice tener a la vista es la «escritura de poder» y conforme al artículo 221 del Reglamento Notarial la expresión «escritura» únicamente puede referirse a la «matriz» o la «copia autorizada» según explicita el propio legislador.

Precisamente para evitar presunciones, interpretaciones dispares o discusiones semánticas, este Centro Directivo ha afirmado que, habida cuenta de los efectos y especialmente la transcendencia que la Ley atribuye a la valoración notarial de la suficiencia de la representación, se impone un mayor rigor en la precisión técnica que debe siempre exigirse a todo documento notarial (cfr. art. 148 del Reglamento Notarial). Por ello, con expresiones genéricas, imprecisas o ambiguas no puede entenderse que en la escritura se hayan cumplido íntegramente los requisitos que respecto de la forma de acreditar la representación exige el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y el propio Reglamento Notarial para que dicho instrumento público produzca, por sí solo, los efectos que le son propios como título inscribible.

Se exige por tanto la constancia, por parte del notario autorizante que emite el juicio de suficiencia, de que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica, esto de la copia autorizada de la es-

critura (o directamente de la matriz si obrara en su protocolo), sin que basten referencias imprecisas como las relativas a «copia» de escritura o simplemente «escritura» que pudieran incluir medios insuficientes de acreditación como la copia simple o los testimonios. Tampoco puede considerarse suficiente el hecho de que el notario autorizante exprese que emite el juicio de suficiencia «previo examen del título público exhibido». Por último, la expresión «documentos fehacientes exhibidos», al margen del hecho de que se pueda predicar también de los testimonios de la copia autorizada de la escritura de poder, lo cierto es que se emplea en la escritura calificada para referirse a los datos identificativos de la sociedad poderdante y no a la escritura de apoderamiento. Debe por tanto confirmarse la nota de calificación.

Resolución de 16-11-2021

BOE 3-12-2021

Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga, número 3.

UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: ARTÍCULO 80 RD 1093/1997.

La simple transmisión de una cuota indivisa de propiedad, sin que en el título traslativo se consigne derecho alguno de uso exclusivo actual o futuro sobre parte determinada de la finca, constituiría, en principio, un acto neutro desde el punto de vista urbanístico y amparado por un principio general de libertad de contratación; solo si hechos posteriores pudieran poner de relieve la existencia de una parcelación física cabría enjuiciar negativamente la utilización abusiva o torticera de aquella libertad contractual.

La Dirección General de los Registros y del Notariado —cfr. Resoluciones de 14 de julio de 2009, 12 de julio de 2010, 2 de marzo y 24 de mayo de 2012 y 2 de enero y 15 de abril de 2013— acorde con los pronunciamientos jurisprudenciales, ha ido desarrollando una doctrina, asumiendo tal concepto de parcelación urbanística, siguiendo el proceso que han seguido las actuaciones para soslayar su prohibición y precisamente para protegerse de ellas, trascendiendo la estricta división material de fincas, la tradicional segregación, división o parcelación, para alcanzar la división ideal del derecho y del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos. También ha señalado que la ausencia de asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble no es por sí sola suficiente para excluir la formación de nuevos asentamientos y, por tanto, la calificación de parcelación urbanística. Ni siquiera excluye esta posibilidad la manifestación contraria al hecho o voluntad de que se produzca aquella asignación, pues el elemento decisorio es la posible aparición de tales asentamientos, como cuestión de hecho, con independencia de que el amparo formal y legal de la titularidad individual esté más o menos garantizado, se realice en documento público o privado o se haga de forma expresa o incluso tácita. En particular, en el marco de la legislación urbanística andaluza el artículo 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

En el presente caso, sin embargo, se plantea la cuestión de cuál debe ser la actuación del registrador cuando después de activar el procedimiento del ar-

título 80 del Real Decreto 1093/1997, la comunidad autónoma remite resolución declarando nula la división. Corresponde a la Administración agraria apreciar la posible concurrencia de las excepciones reguladas en el actual artículo 25 de la Ley 19/1995, sin perjuicio de los recursos que el interesado pueda oponer contra la resolución administrativa que se dicte, y que permitirán, en caso de recurso contencioso-administrativo, la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad. Dicho control por parte de la Administración agraria autonómica debe entenderse sin perjuicio del control de legalidad urbanística por parte de la Administración municipal y autonómica, tanto en el cumplimiento de los requisitos de parcela mínima determinada en planeamiento, como en el impedimento de parcelaciones urbanísticas en suelo rústico al margen de la ordenación, lo que se manifestará en alguna de las formas de intervención administrativa previa antes expuestas.

Por ello, en este caso debe confirmarse la calificación a la vista de la resolución de la Administración competente, pues dados los términos del pronunciamiento no puede procederse a la inscripción, sin perjuicio de que por el interesado se ejerciten los recursos o actuaciones correspondientes ante dicha autoridad administrativa o incluso judicial para instar la rectificación de la resolución dictada.

Resolución de 17-11-2021

BOE 3-12-2021

Registro de la Propiedad de Adeje.

#### REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001.

Como cuestión previa, no puede compartirse el reproche formulado por el recurrente al afirmar en su escrito de impugnación que la calificación registral impugnada carece de suficiente motivación. Del análisis de la misma resulta que se especifica el defecto que a juicio del registrador afecta a la escritura, los fundamentos en los que se apoya para esa calificación y señala el modo de subsanar tal defecto. Y, según el contenido de la calificación, el registrador fundamenta por qué considera que es necesario que el notario exprese que ha tenido a la vista copia autorizada de la escritura de poder.

De la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001 por el Tribunal Supremo (Sentencia de 23 de septiembre de 2011, 20 y 22 de noviembre de 2018 y 1 de junio de 2021) y de la doctrina expresada por esta Dirección General en numerosas resoluciones cabe extraer un criterio ya asentado y pacífico respecto del alcance de la calificación registral del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de los otorgantes. El registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de este congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

Se trata de dilucidar en este expediente si la expresión «título legítimo de representación» es suficiente, pues, como alega el recurrente, conforme a la Real

Academia Española es sinónimo de documento auténtico o justificación jurídica auténtica, genuina y verdadera de la actuación en nombre de una persona. Y si, cuando más adelante se expresa que ese documento auténtico está «formalizado en escritura de poder», no cabe margen a la interpretación porque lo que se dice tener a la vista es la «escritura de poder» y conforme al artículo 221 del Reglamento Notarial la expresión «escritura» únicamente puede referirse a la «matriz» o la «copia autorizada» según explicita el propio legislador.

Precisamente para evitar presunciones, interpretaciones dispares o discusiones semánticas, este Centro Directivo ha afirmado que, habida cuenta de los efectos y especialmente la transcendencia que la Ley atribuye a la valoración notarial de la suficiencia de la representación, se impone un mayor rigor en la precisión técnica que debe siempre exigirse a todo documento notarial (cfr. art. 148 del Reglamento Notarial). Por ello, con expresiones genéricas, imprecisas o ambiguas no puede entenderse que en la escritura se hayan cumplido íntegramente los requisitos que respecto de la forma de acreditar la representación exige el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y el propio Reglamento Notarial para que dicho instrumento público produzca, por sí solo, los efectos que le son propios como título inscribible.

Se exige por tanto la constancia, por parte del notario autorizante que emite el juicio de suficiencia, de que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica, esto de la copia autorizada de la escritura (o directamente de la matriz si obrara en su protocolo), sin que basten referencias imprecisas como las relativas a «copia» de escritura o simplemente «escritura» que pudieran incluir medios insuficientes de acreditación como la copia simple o los testimonios.

No obstante, en el presente caso no puede llegarse a la misma conclusión que en el caso de la citada Resolución de 22 de julio de 2021, toda vez que: se trata de un documento de poder australiano del que —como afirma certeramente el notario recurrente— circula el documento original con la firma de los otorgantes, y no copia auténtica; el notario afirma que ha tenido a la vista no solo el «título legítimo de representación» sino también el «documento público de poder singular»; y da fe de la regularidad formal del documento después de haber emitido juicio de equivalencia respecto de la función de los notarios australianos. Por todo ello es indudable que el notario ha expresado bien la «reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada», de modo que ha dado perfecto cumplimiento a lo establecido en el apartado primero del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

Resolución de 17-11-2021

BOE 3-12-2021

Registro de la Propiedad de Villajoyosa, número 1.

**FINCA REGISTRAL: NÚMERO DE POLICÍA. FINCA REGISTRAL: EXPRESIÓN DE LA SUPERFICIE CUANDO NO FIGURA EN EL HISTORIAL REGISTRAL.**

Esta Dirección General ya ha declarado que la certificación catastral es un documento hábil para acreditar circunstancias tales como el cambio de nombre o de número de la calle, siempre que no existan dudas de la identidad de la finca y sobre la base de lo dispuesto en los artículos 437 del Reglamento Hipotecario y 3, 11 y 45 de la Ley del Catastro Inmobiliario (cfr. Resoluciones de 16 de mayo



de 2012 y 19 de febrero de 2015). Parece evidente que, cuando exista tal identidad de la finca, la certificación catastral es el documento idóneo para acreditar la modificación del número, pues debe recordarse que según el apartado 2 del artículo 34 de la Ley del Catastro, dichos elementos, polígono y parcela, son definitorios de la propia cartografía catastral.

Una finca que se halla inscrita sin expresión de su superficie no puede decirse que sea plenamente equiparable a una finca no inmatriculada. Es cierto que no consta la superficie, y que este es un dato esencial para su identificación. Pero también es verdad que aparecen unos linderos, la referencia a la calle de su situación y el número de gobierno, y la alusión a unos elementos construidos en la misma. Por otro lado, del historial registral pueden resultar una serie de titularidades jurídico-reales que a lo largo del tiempo se han ido sucediendo sobre la finca. Todo ello nos conduce a concluir que la finca como tal objeto de derechos sí que ha accedido al Registro. Lo que ocurre es que no consta correctamente especificada su superficie.

La inscripción de la superficie de una finca que hasta ese momento no la tenía consignada en su historial registral, sin ser en sentido técnico una inmatriculación, tiene cierta entidad inmatriculadora, por lo que ha de estar dotada de las debidas garantías. De ahí, que no sea posible acceder sin más a la constatación registral de la superficie ahora alegada «ex novo», sino que se deba acreditar cuál es la ubicación y delimitación geográfica que definen dicha superficie, y todo ello con las debidas garantías de notificación a los propietarios colindantes potencialmente afectados, utilizando para ello, tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, bien el procedimiento registral que se regula en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria o bien el expediente notarial regulado en el artículo 201.1 del mismo texto legal. En cambio, no sería posible acudir a la vía excepcional del artículo 201.3.

En el caso de este recurso no resulta solicitud expresa relativa a la rectificación de descripción de la finca conforme a su representación gráfica georreferenciada, pero esta solicitud puede considerarse implícita en el documento, ya que según el criterio del apartado segundo, letra a), de la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 se entiende solicitado el inicio del procedimiento cuando en el título presentado se rectifique la descripción literaria de la finca para adaptarla a la resultante de la representación geográfica georreferenciada que se incorpore, lo que sucede en el caso que nos ocupa, ya que en la escritura se protocoliza, además de la certificación registral, el anexo de la referencia catastral que incorpora la georreferenciación del inmueble.

Resolución de 17-11-2021

BOE 3-12-2021

Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial, número 2.

#### **PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO SEGUIDO CON PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.**

En primer lugar conviene recordar que el recurso no es el medio adecuado para la revocación de una inscripción ya practicada. El principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales reconocido por el artículo 1.3.º de la Ley Hipotecaria exige que la rectificación de los asientos registrales solo pueda practicarse por los medios establecidos en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.



Aunque no sea incumbencia del registrador calificar la personalidad de la parte actora ni la legitimación pasiva procesal apreciadas por el juzgador ni tampoco la cumplimentación de los trámites seguidos en el procedimiento judicial, su calificación de actuaciones judiciales sí debe alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado en el procedimiento, pues no se trata en este expediente de una eventual tramitación defectuosa (que no compete al registrador calificar), sino de una inadecuación, en este caso, entre la resolución recaída y el procedimiento legalmente previsto.

La presunción «*iuris tantum*» de exactitud de los pronunciamientos del Registro así como el reconocimiento de legitimación dispositiva del titular registral llevan consigo el cierre del Registro a los títulos otorgados por persona distinta de dicho titular. En efecto, las exigencias del principio de tracto sucesivo han de confirmar la nota recurrida, toda vez que las fincas se encuentran inscritas a nombre de terceros titulares que no han sido parte en el procedimiento, terceros que de manera indubitada quedarían afectados por la operación registral solicitada. No cabe, por tanto, en el seno del procedimiento registral apreciar si procede o no aplicar la doctrina del levantamiento del velo, ni tampoco procede, dentro del ámbito de la calificación registral, apreciar la concurrencia o no de buena fe en el titular registral. La Ley Hipotecaria, en relación con esta cuestión, lo contempla en el artículo 20, como supuesto excepcional.

Resolución de 22-11-2021

BOE 9-12-2021

Registro de la Propiedad de Vitoria, número 3.

#### UNIONES DE HECHO: PACTO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE GANANCIALES.

Los convivientes pueden alcanzar pactos tendentes a regular las consecuencias patrimoniales de su unión, siempre que no sean contrarias a los referidos límites generales. Así, podrán pactar válidamente entre ellos que les sean de aplicación las normas que disciplinan, en general, los distintos regímenes económicos-matrimoniales, y en concreto el de la sociedad de gananciales, bien por remisión a los artículos que regulan dicho régimen económico matrimonial, bien por la adopción de pactos concretos que traduzcan en el convenio entre convivientes las normas de la sociedad de gananciales.

Ciertamente, no está regulada en las leyes una aplicación genérica y en bloque del estatuto ganancial al régimen de convivencia, incluso cuando haya sido objeto de un pacto expreso de remisión. En este sentido, resulta difícil extender una organización jurídica basada en el carácter público del estatuto conyugal a unas relaciones personales que, desde el punto de vista jurídico —no así desde el social—, destacan precisamente, por lo contrario. Así pues, carece de sentido aplicar a las uniones extramatrimoniales el régimen legal supletorio de la sociedad de gananciales, incluso mediante pacto expreso de los convivientes.

Mediante pacto expreso se puede admitir la posibilidad de que los convivientes, valiéndose de los medios de transmisión ordinarios —sea permuta, donación, sociedad civil o incluso irregular—, puedan conseguir que todos o parte de los bienes de titularidad de uno de ellos lleguen a pertenecer a ambos «pro indiviso», sujetándose a las normas generales de la comunidad ordinaria y de la contratación. Junto a lo anterior es evidente que en el momento de adquirir un

bien o derecho concreto puede adquirirse en comunidad por ambos convivientes, versando dichos pactos sobre bienes o derechos concretos. Cabe una comunidad de bienes entre los convivientes, si queda acreditado que tenían una inequívoca voluntad de hacer común la vivienda. De no acreditarse el pacto expreso o tácito de constitución de una comunidad, deviene obligado concluir su inexistencia. A falta de pacto expreso, las participaciones en esa comunidad serán por partes iguales.

Además, como recuerda la misma Resolución de 7 de febrero de 2013, el documento donde consten los pactos será inscribible en el Registro de Parejas de Hecho, pero nunca perjudicarán a terceros. Tales consideraciones se expresan respecto de la Ley andaluza de parejas de hecho, pero, según la Resolución de 11 de junio de 2018 antes citada, deben considerarse también aplicables a la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del País Vasco. No puede admitirse lo que ha sido calificado por algún sector doctrinal y jurisprudencial como «matrimonio parcial», limitado únicamente a los efectos económicos; si bien ello no obsta para que, en aras a la voluntad expresamente declarada de los convivientes de hacer comunes los bienes adquiridos durante la convivencia, puedan estos inscribirse a nombre de aquellos, pero deberá realizarse por medio de figuras como la de la sociedad particular, universal o la comunidad de bienes.

A estas consideraciones debe añadirse que el régimen de gananciales no solo afecta a los derechos y obligaciones de los cónyuges entre sí, sino que se proyecta a las relaciones con terceros y en el tráfico jurídico, por lo que requiere dotar a dicho régimen de la suficiente publicidad mediante el correspondiente registro jurídico (cfr. art. 149.1. 8.ª de la Constitución española).

Resolución de 22-11-2021

BOE 9-12-2021

Registro de la Propiedad de Córdoba, número 3.

#### **RECURSO GUBERNATIVO: DOCUMENTOS APORTADOS CON EL ESCRITO DE RECURSO.**

En relación con el defecto objeto de recurso, el recurrente aporta, en la fase de interposición de recurso para justificar su pretensión, documentación que acredita que el procedimiento se dirige contra quien compró al titular registral y se subrogó en el préstamo hipotecario lo que justificaría que existiera legitimación pasiva y que fuera procedente la expedición de la certificación de cargas. Sin embargo, tal documentación no puede ser tomada en consideración, en base al artículo 326 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 22-11-2021

BOE 9-12-2021

Registro de la Propiedad de Fregenal de la Sierra.

#### **PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: 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 parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso la calificación contiene la fundamentación necesaria relativa a las dudas de identidad, basadas en la oposición de la colindante que se acompaña de informe técnico contradictorio. Resulta destacable que la oposición de la colindante se encuentra debidamente sustentada con plano elaborado por técnico, lo que pone de manifiesto el conflicto entre los colindantes sobre la delimitación gráfica de las fincas, en concreto sobre una determinada porción de terreno.

Resolución de 23-11-2021

BOE 9-12-2021

Registro de la Propiedad de A Coruña, número 6.

**HIPOTECA: PRÉSTAMOS A FAVOR DE EMPLEADO DE LA ENTIDAD BANCA-  
RIA. HIPOTECA: DOMICILIO A EFECTOS DE NOTIFICACIONES.**

El artículo 2.4, en su letra a), de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, dispone que la misma no será de aplicación, entre otros, «a los contratos de préstamo (...) concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general». Este precepto constituye un trasunto del artículo 3.2.b) de la Directiva 2014/17/UE, el cual excluye, de forma análoga, «los contratos de crédito concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuyas TAE sean inferiores a las del mercado, y que no se ofrezcan al público en general».

Entre otras cuestiones, en la referida Instrucción de 20 de diciembre de 2019 se hace referencia a «la situación en la que el préstamo solo se entrega al empleado, que es el único que recibe el dinero prestado, destinándose el mismo a fines o atenciones exclusivos de él, y quedando la operación avalada por su cónyuge. En tal supuesto, parece que, puesto que el cónyuge o pareja de hecho solo adquiere responsabilidades, pero no los beneficios derivados de las condiciones especiales del préstamo, sea aplicable al mismo la norma del artículo 2.1.a, en su condición de fiador o garante, con la doble consecuencia de aplicación respecto de dicho garante de las limitaciones que se derivan de las normas imperativas de la ley (arts. 23 al 25, principalmente), y de la obligatoriedad de autorización del acta previa». Y se añade que «por otra parte, la condición de pareja de hecho se puede ordinariamente acreditar mediante la inscripción en el correspondiente registro, pero no es este el único procedimiento posible a tal efecto: esa inscripción produce efectos en la esfera administrativa, pero no en la civil o mercantil, por lo que debe también bastar con la manifestación motivada de la condición de pareja de hecho de los dos otorgantes».

La fijación del domicilio a efectos del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados tiene la doble finalidad de asegurar al acreedor frente a dilaciones indebidas por cambios de residencia o mala fe del deudor, por un lado, y por otro, garantizar al deudor el exacto conocimiento de las actuaciones

ejecutivas. No obstante, como afirmó este Centro Directivo en Resolución de 7 de enero de 2014, debe tenerse en cuenta: a) que, atendida esa finalidad, la expresión «un domicilio» debe interpretarse no en el sentido de domicilio único sino en el de cierto y determinado —sin que tenga que ser necesariamente el domicilio real o habitual al que se refiere el artículo 40 del Código civil—; y b) que la expresión de distintos domicilios puede facilitar en su día el desarrollo del procedimiento de realización de la hipoteca, y así ocurrirá en caso de que el deudor e hipotecante no sean la misma persona —Resolución de 5 de septiembre de 1998—, en el supuesto de pluralidad de hipotecantes —Resolución de 7 de febrero de 2001—, en el caso de hipoteca constituida inicialmente por una sola persona sobre varias fincas con previsión de posterior transmisión de las fincas hipotecadas —Resolución de 9 de julio de 2001—, o, por ejemplo, en casos en que se habiten durante el mismo año distintas viviendas por temporadas. Por ello, no debe haber inconveniente en señalar más de un domicilio para notificaciones y requerimientos si con ello el deudor se entiende suficientemente defendido y el acreedor considera que se asegura así la posibilidad de realizar eficazmente dicho trámite esencial del procedimiento.

Resolución de 23-11-2021

BOE 9-12-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

#### TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE: COPIAS DE LA ESCRITURA PRESENTADAS A INSCRIPCIÓN.

Motiva el registrador su calificación en la Resolución de este Centro Directivo de 7 de enero de 2020. Pero, como bien alega el recurrente, el supuesto recogido en aquella es diametralmente distinto del concreto de este expediente. En el supuesto recogido por la citada Resolución la diferencia era sobre el contenido de la escritura: se modificaba la responsabilidad hipotecaria debida a una ampliación del préstamo no recogida en la primera copia; la copia electrónica no era coincidente con la matriz en el momento mismo de la expedición debido a una rectificación de un supuesto error cometido en la matriz o en la expedición de copia; las cuestiones que se plantearon fueron, en primer lugar, la relativa a calificación registral de la existencia de diferencias relevantes entre dos copias autorizadas que decían ser completas y exactas de una misma matriz; y la segunda, de carácter más específico, si la calificación registral podía tomar en consideración la existencia de tales diferencias cuando las dos copias autorizadas con contenido diferente habían sido presentadas simultáneamente bajo asientos de presentación distintos, estando ya caducado el asiento de presentación de la primera copia. Ahora, en el concreto supuesto de este expediente, no hay modificación alguna del contenido de la escritura salvo que, por el espacio de tiempo y la agilidad del tráfico y seguridad jurídica, se ha hecho presentación en el Registro de copia electrónica expedida instantes después del otorgamiento y antes de la extensión de la diligencia de incorporación de los testimonios de las transferencias ordenadas vía Banco de España; siendo que la emitida en formato de papel, al haber sido expedida tras la diligencia de incorporación de los medios de pago, es comprensiva de la citada diligencia. Pero es que, además, también a diferencia del supuesto de la Resolución de 7 de enero de 2020, en la que se habían causado dos asientos de presentación, ahora en el concreto supuesto, las copias han sido presentadas bajo un mismo asiento de presentación —asiento 200 del Diario 119 según consta en la nota de

calificación— por lo que no ha lugar a entrar en la cuestión específica de si la calificación registral podía tomar en consideración la existencia de tales diferencias.

Resolución de 23-11-2021

BOE 9-12-2021

Registro de la Propiedad de Málaga, número 1.

#### SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA DEL DEMANDADO: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

Como ha reiterado este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. arts. 20 y 40 LH), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 LH). Consecuentemente cuando el registrador suspende la inscripción por entender que en el testimonio del auto judicial existe obstáculo que impide el acceso al Registro, está actuando dentro del ámbito de sus facultades de calificación y no vulnera la obligación general de respeto y cumplimiento de las resoluciones judiciales.

Dictada la sentencia en rebeldía procesal de los demandados, tal y como consta en la propia resolución, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es decir, aun cuando conste acreditado en tiempo y forma la firmeza de la resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos») según la cual, cuando una sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde. No cabe pues la inscripción, ni siquiera haciendo constar la posibilidad de rescisión. En la sentencia presentada a inscripción, nada consta sobre el transcurso de los plazos para el ejercicio de la acción de rescisión a que se refieren los artículos 501 y 502 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni sobre la forma ni efectividad de las notificaciones a partir de las cuales se cuentan dichos plazos.

Debe recordarse la doctrina emanada de este Centro Directivo respecto de la falta de competencia del registrador para apreciar la posible concurrencia de la mencionada fuerza mayor y por tanto para la fijación del plazo para el ejercicio de la acción de rescisión, cuestión que deberá ser apreciada por el letrado de la Administración de Justicia, correspondiendo por tanto al propio Juzgado la determinación del transcurso o no del oportuno plazo de la acción de rescisión.

Resolución de 24-11-2021

BOE 9-12-2021

Registro de la Propiedad de Málaga, número 4.

#### PROPIEDAD HORIZONTAL: AGRUPACIONES Y DIVISIONES DE ELEMENTOS PRIVATIVOS.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la división o segregación y la agrupación de los pisos o locales y sus anejos, en cuanto modificación del

título constitutivo de la propiedad horizontal, requiere consentimiento de los propietarios de los distintos elementos privativos que la integran. La exigencia de ese consentimiento de los propietarios se fundamenta en dos consideraciones. Por una parte, una de tipo material, apreciable en toda situación fáctica de edificio en régimen de propiedad horizontal: el hecho de que tales operaciones puedan suponer alteraciones materiales en las cosas comunes y afectar al uso de servicios generales. Por otra, una consideración de tipo jurídico, vinculada al funcionamiento orgánico de la comunidad: el hecho de que, además, puedan suponer una alteración de las estructuras que sirven de base para fijar las cuotas de participación en la comunidad de propietarios. Ahora bien, el consentimiento que deben prestar a la división los restantes propietarios es un acto para el que se atribuye competencia a la junta como órgano colectivo de la comunidad. Y el artículo 17.6 de la Ley sobre propiedad horizontal exige para los acuerdos no regulados expresamente en el mismo precepto, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo o en los estatutos, «la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación». Esta regla de unanimidad ha quedado flexibilizada después de las modificaciones llevadas a cabo en dicha Ley por la disposición final primera de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, de modo que aquella Ley modificada regula la división, segregación o agregación de los pisos o locales y sus anejos en el artículo 10.3.b), conforme al cual requieren la 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, el consentimiento de los titulares afectados y la fijación de las nuevas cuotas de participación.

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. Y es que en todo lo que no es normativa imperativa, debe regir la voluntad de los interesados como resulta del último párrafo del artículo 396 del Código civil.

Resolución de 24-11-2021

BOE 9-12-2021

Registro de la Propiedad de Cartagena, número 3.

#### **PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: TRANSMISIONES DERIVADAS DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE SOCIEDADES.**

Como ha tenido ocasión de señalar esta Dirección General en sus Resoluciones de 9 de octubre de 2014 y 17 de mayo de 2016, tales modificaciones estructurales de las sociedades, a través de las operaciones de fusión, escisión

total o parcial o cesión global de activos, producen, en sus respectivos ámbitos, una sucesión universal en un patrimonio, o en partes de patrimonio, de una sociedad por otra —cfr. artículos 22, 68, 69 y 81 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles—. En todos estos supuestos la eficacia de la transformación respectiva se produce con la inscripción en el Registro Mercantil —cfr. artículos 47, 73 y 89.2 de la reseñada Ley 3/2009—, y con ello el efecto legal de la transmisión en bloque de todos los bienes, derechos y obligaciones de las sociedades absorbidas, extinguidas, y también de las segregadas a favor de las sociedades beneficiarias. En su traslación al Registro de la Propiedad de estos negocios, resulta aplicable el artículo 16 de la Ley Hipotecaria.

La transmisión ya se ha producido en virtud de la inscripción de la operación en el Registro Mercantil, cuyos asientos están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen sus efectos mientras no se declare su inexactitud. Lo relevante es que el nuevo titular traslade al registrador de la propiedad la voluntad de que se practique la inscripción a su favor del concreto bien o derecho de que se trate; que acredite que se trata de un supuesto de sucesión universal, y que identifique de modo claro el título traslativo, con expresión de todas las circunstancias que para la inscripción se reseñan en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento, relativas a titulares, derechos y fincas (cfr. art. 21, párrafo primero LH), incluyendo los datos de su inscripción en el Registro Mercantil. El registrador no puede actuar de oficio sin aquella previa postulación. Por otro lado, en cuanto al requisito del tracto sucesivo, ningún inconveniente existe para aplicar en este ámbito el principio del tracto sucesivo en su modalidad de tracto abreviado o comprimido.

En la escritura de cancelación objeto de calificación, que origina el presente recurso no se menciona a la «Caja Rural Intermediterránea, Sociedad Cooperativa de Crédito», menos aún los negocios jurídicos por los que sus titularidades pasan a «Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito». Pero la consulta del Registro Mercantil permite comprobar que hay sucesión universal, en la personalidad jurídica de «Caja Rural Intermediterránea, Sociedad Cooperativa de Crédito» a «Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito».

Resolución de 25-11-2021

BOE 9-12-2021

Registro de la Propiedad de Cáceres, número 2.

#### REQUISITOS FISCALES: SUSPENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN.

En sentido amplio, la calificación registral abarca varios momentos sucesivos: en un primer momento, el registrador ha de calificar y decidir si practica o no el asiento de presentación en el Libro Diario de operaciones; en un segundo momento, a continuación del anterior, ha de calificar si concurre o no alguna causa legal por la que deba suspenderse la calificación sobre el fondo del documento, como podría resultar de la aplicación de los artículos 18, párrafo segundo, y 255 de la Ley Hipotecaria; y finalmente, pero siempre dentro del plazo legal para ello, ha de calificar en su plenitud y de manera global y unitaria el documento presentado a fin de decidir si procede o no practicar los asientos correspondientes en los libros de inscripciones (véase Resolución de 24 de mayo de 2017). De ello se deduce que el artículo 254 de la Ley Hipotecaria impone un veto a cualquier actuación relativa al fondo de la calificación, si no se han cumplido previamente



las obligaciones fiscales. Solo se permite durante la pendencia de la acreditación del pago, exención o alegación de la no sujeción, la práctica del asiento de presentación, suspendiéndose mientras tanto la calificación y la inscripción.

Resolución de 29-11-2021

BOE 17-12-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 8.

#### DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN PROCESOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO: NATURALEZA.

Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo, al abordar la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar lo procedente es considerarlo como un derecho de carácter familiar y, por tanto, ajeno a la distinción entre derechos reales y de crédito, ya que esta es una clasificación de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. art. 96, último párrafo, CC). Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento. Además, el derecho de uso sobre la vivienda familiar integra, por un lado, un derecho ocupacional, y por otro, una limitación de disponer. No hay razón para excluir la posibilidad de que el juez, si estima que es lo más adecuado al interés más necesitado de protección en la situación de crisis familiar planteada y que no es dañosa para los hijos ni gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (cfr. párrafo segundo del art. 90 CC), apruebe la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores acordada por los padres. En tal caso sí sería necesario la aportación de los datos identificativos de los hijos (*vid.* Resolución de 19 de mayo de 2012).

Debe tenerse en cuenta que, desde el punto de vista de la legislación registral, uno de sus pilares básicos que permiten garantizar la oponibilidad y conocimiento de los derechos inscritos por parte de los terceros —y por ende, favorecer también la propia protección del titular registral—, es el denominado principio de especialidad o determinación registral, que consagrado en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, impone que los derechos que pretenden acceder al Registro deberán estar perfectamente determinados en sus aspectos subjetivos, objetivos y contenido, incluyendo por tanto los límites temporales de su duración. Tratándose de derechos de vida limitada, como es el derecho de uso, una de las circunstancias que debe concretarse por los interesados es su duración o término, ya sea esta fija o variable. El artículo 96 del Código civil no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez.



En consecuencia, puede apreciarse de la doctrina jurisprudencial, en el marco del Derecho común, un diferente tratamiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar cuando existen hijos menores, que no permite explícitas limitaciones temporales —si bien, resultarán de modo indirecto— que cuando no existen hijos o estos son mayores, pues en este último caso, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario, imponiendo la regla de necesaria temporalidad del derecho. Ese alcance temporal del derecho de uso de la vivienda familiar se ha fijado del siguiente modo: «(...) la hija (...) resida en la misma con la madre hasta que se produzca una de las siguientes circunstancias: 1. Que la hija finalice la carrera universitaria que ha comenzado y que cursa en la actualidad. 2. Por el transcurso de cinco años a contar desde la sentencia que se dicte en las presentes actuaciones (...)». Es decir, uno de los eventos que van a determinar la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar es que «(...) la hija finalice la carrera universitaria (...)» por lo que debe quedar perfectamente identificada. Y, esto es así, sin necesidad de entrar a valorar si la hija es meramente beneficiaria del derecho o titular del derecho de uso de la vivienda familiar.

Resolución de 29-11-2021  
BOE 17-12-2021  
Registro de la Propiedad de Guadix.

**PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. DOBLE INMATRICULACIÓN: REQUISITOS PARA TRAMITAR EL PROCEDIMIENTO.**

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 hipotecaria. 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, acompañada de georreferenciación contradictoria e informe técnico, contradictorios a los presentados por el recurrente, lo que revela un conflicto entre colindantes sobre la delimitación gráfica de las fincas.

Procede, en segundo lugar, resolver sobre la denegación del inicio del expediente de doble inmatriculación, respecto del cual, la calificación del registrador debe ser mantenida, pues como declaró este Centro Directivo en la Resolución de 10 de octubre de 2019, el primer requisito para iniciar la tramitación del expediente del artículo 209 de la Ley Hipotecaria es que el registrador aprecie la existencia de doble inmatriculación. Si tras las investigaciones pertinentes, con-

cluye que, a su juicio, no hay indicios de doble inmatriculación, deberá rechazar la continuidad de la tramitación, sin perjuicio de la facultad de los interesados para acudir al procedimiento correspondiente. Dicha calificación del registrador deberá ser motivada suficientemente.

Resolución de 30-11-2021

BOE 17-12-2021

Registro de la Propiedad de Vélez-Rubio.

#### HERENCIA: FORMA DE ACREDITAR EL TÍTULO SUCESORIO EN LA SUCESIÓN INTESTADA.

Esta Dirección General (cfr. las Resoluciones de 3 de abril de 1995, 8 y 22 de julio de 2005, 12 de noviembre de 2011, 12 y 16 de noviembre de 2015, 1 de junio de 2018 y 23 de enero de 2020, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente) ha puesto de relieve la sustancial diferencia, como títulos sucesorios atributivos o sustantivos, entre el testamento y el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato.

El testamento —y lo mismo en el contrato sucesorio— responde tanto al concepto de título material como formal, pues es ante todo un negocio jurídico *mortis causa* que expresa la voluntad del testador que es la ley de la sucesión y la que decide con plenos efectos el destino de los bienes constituyendo el título o causa de adquisición de los mismos, una vez que el llamamiento se completa con la aceptación y adjudicación de herencia (cfr. arts. 609 y 670 CC). El testamento es el fundamento mismo de la vocación o llamamiento del heredero y de la delación como elementos determinantes del fenómeno sucesorio. Y la copia auténtica del testamento representa el título formal necesario e insustituible para el acceso al Registro de la sucesión testamentaria porque en él figura la declaración de voluntad del testador como título material y formal a todos los efectos, junto con la correspondiente escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

Distinto significado tiene la declaración de herederos en la sucesión intestada. No constituye el título material de la sucesión intestada, pues dicho título es la Ley. Solo puede considerarse título formal en cuanto sirve de vehículo documental para el acceso al Registro y prueba o justificación de la individualización en la persona del heredero atendiendo a los diferentes órdenes y grados de llamamiento.

Por otra parte, desde el punto de vista formal, la doctrina de este Centro Directivo admite (véanse Resoluciones citadas en los «Vistos») como suficiente a los efectos del Registro, en las inscripciones basadas en escrituras públicas de partición de herencia, la presentación de las primeras copias, testimonios por exhibición y traslados directos del testamento, o bien que figuren insertos en la escritura. Ahora bien, 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 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 de 18 de diciembre de 2008 de la Audiencia Provincial de Teruel).

En el concreto supuesto, en la escritura de partición de herencia que se adiciona, cuya copia autorizada se presenta en el Registro, se hace expresión del llamamiento hecho en virtud de declaración de herederos abintestato en el Juzgado de Primera Instancia de Huércal Overa del 28 de julio de 1980 ante el juez indicado, donde fueron declarados herederos los dos hijos comparecientes, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria de la viuda. En consecuencia, con esta reseña detallada bastaría para la inscripción del documento. Pero ocurre que en la escritura que se presenta, autorizada el día 7 de septiembre de 1989, literalmente se recoge lo siguiente: «los hechos expuestos se acreditarán mediante la presentación del correspondiente auto, que se acompañará a las copias que de la presente se libren», por lo que esta aseveración implica que es necesaria la presentación del documento para acreditar la declaración judicial de herederos abintestato.

Resolución de 30-11-2021

BOE 20-12-2021

Registro de la Propiedad de Oropesa del Mar, número 1.

#### REPRESENTACIÓN INDIRECTA: EFECTOS CIVILES Y REGISTRALES.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. En este caso, el recurrente ha podido conocer, siquiera de forma escueta y ciertamente parca, las razones impeditivas de la inscripción expresadas por la registradora, y ha podido alegar lo que a su derecho convenga; por ello procede entrar a examinar el fondo del recurso.

La interpretación del artículo 1717 del Código civil ha originado una evolución de la doctrina en la que se detectan esencialmente dos posturas diferentes con efectos muy dispares. Sancionada legalmente la eficacia plena de la relación directa entre el representante indirecto y el tercero, aspecto en el que no se plantean dificultades, el problema fundamental surge a la hora de delimitar los efectos entre el representado y el tercero. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha dudado en atribuir efectos directos para el representado cuando el carácter ajeno de la gestión del representante indirecto ha quedado suficientemente acreditado (Sentencias de 1 de mayo de 1900, 10 de julio de 1946, 17 de diciembre de 1959, 22 de noviembre de 1965, 2 de noviembre de 1970, 16 de mayo de 1983, 25 de febrero de 1994, 19 de junio de 1997, 18 de enero de 2000 y 31 de octubre de 2003).

Admitida la adquisición inmediata de la propiedad por el «dominus», el siguiente problema que se presenta se concreta en la forma de acreditación de su titularidad que, de momento, puede quedar reservada u oculta. Únicamente es preciso un acto que revele hacia el exterior la titularidad. En esa situación, la vía recta que permitirá acreditar la titularidad del «dominus» podrá ser voluntaria,

mediante la escritura otorgada por el representante y aquel en la que el primero reconozca *erga omnes* el derecho del último (cfr. art. 540 CC). Esta escritura no es, en puridad, una rectificación o modificación del título previo que requiera el otorgamiento por todas las partes implicadas en la relación, incluso el tercero que contrató con el representante, porque lo cierto es que, en la realidad de las cosas, el título previo y la relación contractual establecida y en él documentada no se modifica.

Ahora bien, en relación con la escritura de reconocimiento, no parece suficiente la mera declaración de las partes dirigida a reconocer la titularidad del «*dominus*», sino que esa declaración debe estar suficientemente justificada, a fin de acreditar de manera suficiente la existencia de la relación representativa. En este punto, ha de atenderse a cada supuesto fáctico. Desde este punto de vista, aunque resulte discutible la aplicación de la ratificación a la representación indirecta —el artículo 1259 del Código civil se refiere estrictamente a la actuación en nombre ajeno— lo que no resulta dudoso es la admisibilidad de una declaración de las partes dirigida a suplir la falta de acreditación previa de la representación o, incluso, a completar la eventual falta de poder de representación del actuante (arts. 1727 y 1892 y 1893 CC), siempre que esa declaración vaya acompañada de algún hecho o circunstancia que permita afirmar que, atendidas las circunstancias, ha quedado suficientemente evidenciada la relación de representación, lo que obliga necesariamente a atender a las circunstancias de cada caso.

Es doctrina de este Centro Directivo que lo que accede a los libros registrales es el título material por el que se produce la transmisión o la declaración del dominio que, a su vez, ha de estar consignado en un título formal de los previstos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, por lo que solo si el reconocimiento de dominio tiene la condición de título material transmisivo o declarativo del dominio puede acceder al Registro de la Propiedad, y por ello es necesaria la expresión de la causa (cfr. Resolución de 19 de enero de 1994). De aquí resulta que el reconocimiento de dominio efectuado sin expresión de causa carece de virtualidad traslativa y no procede su inscripción. Pero en el supuesto en estudio no es esa la situación que se produce. La doctrina expuesta ha sido claramente corroborada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo y 10 de junio de 2016.

Resolución de 1-12-2021

BOE 22-12-2021

Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera, número 2.

#### PROPIEDAD HORIZONTAL: VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO.

Se atribuye a la junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. arts. 14 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad), solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad (siquiera sea presunta, como permite la regla 8 de tal precepto). Esta necesidad de unanimidad para los acuerdos que

impliquen modificación del título constitutivo se ha mantenido aun cuando las sucesivas reformas de la Ley sobre propiedad horizontal, entre las últimas por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que precisamente dio nueva redacción al artículo 17, han ido encaminadas a facilitar los acuerdos alcanzados.

Uno de los supuestos en que la misma ley exceptúa la unanimidad es el contemplado en el apartado 12 del citado artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, introducido en dicha Ley por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que reduce la mayoría necesaria al voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación para adoptar el acuerdo, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación turística de las viviendas.

Es indudable que esta nueva norma reduce la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo que limite o condicione el alquiler turístico en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de la actividad de uso turístico de viviendas y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial, pero no permite que esa excepción a la norma general de la unanimidad alcance a otros acuerdos relativos a otros usos de la vivienda, como es cualquier alquiler en régimen distinto al específico derivado de la normativa sectorial turística.

Resolución de 1-12-2021

BOE 22-12-2021

Registro de la Propiedad de Oliva.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Como ha declarado reiteradamente esta Dirección General, 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).

En el presente caso, el titular registral colindante notificado no se opone, pero sí se opone el titular catastral colindante notificado. La alegación que formula el colindante catastral es excesivamente genérica pues manifiesta que lo adquirió en virtud de un documento privado extraviado y que la entrega de llaves se realizó por el administrador de la casa.

Pero no es razonable entender que la mera oposición que no esté debidamente fundamentada, aportando prueba escrita del derecho de quien formula oposición, pueda hacer derivar el procedimiento a la jurisdicción contenciosa, pues se desvirtuaría la propia esencia del expediente, según se ha concebido en el marco de la reforma de la jurisdicción voluntaria. La Resolución de 23 de diciembre de 2020 declaró que no es motivo suficiente para rechazar la inscripción de la representación gráfica georreferenciada el hecho de que el colindante se limite a alegar una eventual invasión de su finca, sin aportar documento alguno que fundamente tal alegación.

Resultando de la división documentada, parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo en la zona, debe iniciarse el procedimiento previsto en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Por lo que, corresponde a la Administración agraria apreciar la posible concurrencia de las excepciones reguladas en el actual artículo 25 de la Ley 19/1995, sin perjuicio de los recursos que el interesado pueda oponer contra la resolución administrativa que se dicte, y que permitirán, en caso de recurso contencioso-administrativo, la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad. Dicho control por parte de la Administración agraria autonómica debe entenderse sin perjuicio del control de legalidad urbanística por parte de la Administración municipal y autonómica.

Resolución de 2-12-2021

BOE 22-12-2021

Registro de la Propiedad de Aspe.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: 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, a las que se suman las apreciaciones de la registradora según la superposición de representaciones gráficas. No procede, en definitiva, como pretende la recurrente, que la registradora 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.

## Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 4-10-2021.

*BOE* 3-11-2021

Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, número II.

**ESTATUTOS: CONVOCATORIA JUNTA. REQUISITOS PARA LA CONVOCATORIA DE JUNTA POR TRASLADO INTERNACIONAL DE DOMICILIO SOCIAL.**

**SE CONFIRMA**

Se trata de una escritura de constitución de sociedad limitada en la que se debate si es inscribible la disposición de los estatutos sociales según la cual las juntas generales deberán ser convocadas mediante carta remitida por correo certificado con acuse de recibo, y con una antelación, salvo para los casos de transformación, fusión, cesión y escisión, de quince días.

El registrador entiende que no es inscribible porque a tenor del artículo 98 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, para el traslado internacional de un domicilio social se impone la convocatoria mediante anuncio en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en la que la sociedad tenga su domicilio, con dos meses de antelación como mínimo a la fecha prevista para la celebración de la junta. El recurrente no considera necesaria tal indicación.

Según reiterada doctrina de la Dirección General es necesario que las normas estatutarias no den lugar a interpretaciones que puedan considerarse «contra legem», es decir, tienen que ser claras y específicas, sin dar lugar a ambigüedad o incertidumbre.

En este expediente estamos ante unos estatutos en los que la regulación del régimen convencional sobre la forma de convocatoria de la junta general en sustitución del régimen legalmente previsto, al haberse expresado en términos generales hace posible una interpretación de que tanto la forma de convocatoria como el plazo de antelación con que debe efectuarse son idénticos para cualquier tipo de acuerdo. Por ello no se cumple con la exigencia que regula del artículo 98 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles así como la exigencia de claridad y precisión de los asientos registrales, lo que lleva consigo la desestimación del recurso, porque la inscripción de la cláusula objeto del mismo implicaría dudas en cuanto a cuál sería la forma y la antelación requeridas para convocar una junta general que deba decidir sobre el traslado internacional del domicilio social.

Resolución de 13-10-2021.

BOE 12-11-2021

Registro Mercantil de Barcelona, número XV.

DEPÓSITO DE CUENTAS: NECESITA EL INFORME DE AUDITOR, AUNQUE SU NOMBRAMIENTO HAYA SIDO VOLUNTARIO.

SE CONFIRMA

Se trata de la pretensión de un depósito de cuentas anuales de una S.L.U., que, tras haber nombrado voluntariamente en junta general un auditor con la finalidad de verificar el balance para un aumento de capital con cargo a reservas, se presenta sin el informe de auditor firmado.

El registrador entiende que dicho informe debe acompañarse necesariamente cuando la sociedad tenga nombrado e inscrito auditor con carácter voluntario.

El recurrente alega que la sociedad solo nombró auditor para «todos aquellos actos en los cuales sea necesaria la actuación de un auditor de cuentas», y en concreto debido a que en el ejercicio 2020 se quería hacer una ampliación de capital con cargo a reservas.

Como norma general, según reiterada doctrina de la Dirección General (Resoluciones de 18 de noviembre de 2015, 15 de marzo de 2016, 10 de diciembre de 2018 y 11 de diciembre de 2020), una vez inscrito el nombramiento de auditor voluntario, el depósito de cuentas solo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de auditoría.

No obstante lo anterior, la finalidad para la que se nombra el auditor, y el ejercicio en que se realiza, el 2020, deben tenerse en consideración para determinar si es exigible que las cuentas del ejercicio sean acompañadas o no por el informe del auditor de cuentas inscrito. Así, respecto a la finalidad, la verificación del balance para el supuesto de aumento de capital con cargo a reservas debe ser realizada por el auditor de cuentas de la sociedad como se señaló en la Resolución de 1 de marzo de 2014 de la Dirección General, con la indicación expresa de que no basta que la sociedad haya designado un auditor, sino que es preciso que sea el nombrado para auditar sus cuentas.

En el caso que nos ocupa, como la operación de aumento de capital se ha producido en el año 2020, mismo año del nombramiento, y el auditor que ha verificado ese balance no puede ser nombrado solo para esa operación específica, sino que debe ser el que audite las cuentas anuales, para depositar las cuentas del ejercicio 2020 es necesario acompañar el informe del auditor.



RESOLUCIÓN DE 22-10-2021.

BOE 22-11-2021

Registro Mercantil de Madrid, número VIII.

MUTUALIDAD: JUNTA DIRECTIVA PUEDE INTEGRAR TERCEROS NO MUTUALISTAS. ESTATUTOS DE MUTUALIDAD: DEBEN INDICAR EL NÚMERO CONCRETO DE MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA. MUTUALIDAD: AUDITORÍA DE CUENTAS NECESARIA COMO ENTIDAD DE SEGUROS Y COMO ENTIDAD DE INTERÉS PÚBLICO.

SE CONFIRMA PARCIALMENTE

El recurso se refiere a determinados artículos estatutarios de una mutualidad de previsión social de ámbito nacional en los que se discuten tres aspectos diferentes.

El primer defecto es en relación a la posibilidad de que formen parte de la junta directiva personas en quienes no concurren la condición de mutualistas ni de protectores. La registradora señala que no puede haber personas no mutualistas en los órganos sociales conforme al artículo 39 del Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de mutualidades de previsión social, que únicamente permite que un tercera parte de los miembros de la junta directiva no sean mutualistas, pero exige que en tal caso sean protectores. Sin embargo, la redacción del artículo referenciado fue modificado en 2015 permitiendo que un tercio de los miembros de la junta directiva tengan la condición de terceros no mutualistas, por lo que el defecto alegado se revoca.

En cuanto al segundo defecto relativo a la exigencia de hacer constar en los estatutos el número de miembros de la junta directiva, a tenor de la normativa vigente no puede considerarse cumplida dicha exigencia por indicar en los mismos el número máximo de componentes que pudiera tener, por lo que se confirma el defecto.

Finalmente, el tercer defecto se refiere a la comisión de auditoría regulada en el artículo 39 de los estatutos. La registradora indica que dicha cláusula no se adecua a lo establecido en el artículo 43 del Real Decreto 1430/2002. Sin embargo, dicha norma prevé la comisión de control financiero como órgano social necesario solo cuando las mutualidades no estén obligadas a someter a auditoría sus cuentas anuales por disposición normativa. De la normativa de auditoría de cuentas, ley y reglamento, resulta la necesidad de auditoría en este caso, por una doble vía: como entidad aseguradora y por tener, como tal entidad aseguradora, el carácter de entidad de interés público, circunstancias indistintas ambas de las que resulta la necesidad de tener una comisión de auditoría conforme a lo prescrito en el artículo 529 quaterdecies de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que el defecto debe ser revocado.

Resolución de 25-10-2021.

BOE 22-11-2021

Registro Mercantil de Salamanca.

CALIFICACIÓN: INDEPENDENCIA DE OTRAS ANTERIORES DEL MISMO REGISTRO O DE OTROS. AGRUPACIÓN DE INTERÉS ECONÓMICO: ACTIVIDAD ECONÓMICA AUXILIAR. AGRUPACIÓN DE INTERÉS ECONÓMICO: RELE-

VANCIA DEL OBJETO SOCIAL. AGRUPACIÓN DE INTERÉS ECONÓMICO: PROFESIÓN DE LOS SOCIOS PERSONAS FÍSICAS.

SE CONFIRMA PARCIALMENTE

Recurso referido a una AIE (Agrupación de Interés Económico) en que el registrador en su nota de calificación alega que la actividad económica auxiliar que desarrolla la agrupación no se corresponde con las actividades desarrolladas por los socios personas jurídicas que resulta de sus respectivos objetos sociales, ni puede determinarse si se corresponde con la profesión o actividad de los nuevos socios personas físicas, es decir no se cumplen los requisitos del artículo 3 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico.

Respecto de la alegación de los recurrentes sobre el hecho de encontrarse inscritas en otros registros mercantiles operaciones similares a la aquí controvertida, debe recordarse que, como ha reiterado este Centro Directivo, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, y ello por aplicación del principio de independencia en ese ejercicio de su función, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica (*vid.*, entre otras, las Resoluciones de 13 de marzo y 8 de mayo de 2012, 5 y 11 de marzo y 10 de julio de 2014, 25 de marzo, 1 de abril, 5 y 16 de junio y 7 y 17 de septiembre de 2015, 2 de noviembre de 2016, 4 de junio de 2020 y 25 de mayo de 2021).

En lo que se refiere a la actividad a desarrollar por la agrupación, su carácter auxiliar no es tanto una exigencia del objeto como la finalidad tipológica de la figura. No obstante, deberán ser rechazadas aquellas actividades respecto de las cuales se concluya que existe una manifiesta y rotunda desconexión, cosa que no ocurre en este caso. La relevancia del objeto social o de la actividad desarrollada por los socios se reduce a comprobar su falta de coincidencia con el de la propia agrupación. Puede verse en este sentido la Resolución de la Dirección General de 28 de abril de 1993. Se revoca, por tanto, la nota en este punto.

Por lo que respecta al defecto referido a la profesión de los nuevos socios personas físicas, como señaló la Resolución de 24 de mayo de 1993, según el artículo 160 del Reglamento Notarial, «las circunstancias de profesión» pueden expresarse en la escritura «por lo que resulte de las declaraciones de los otorgantes», y el Reglamento del Registro Mercantil, al regular el acceso al Registro Mercantil de las Agrupaciones de Interés Económico, no exige ningún otro requisito específico de prueba de la condición empresarial o profesional de las personas físicas que la integran. En consecuencia, el recurso no puede prosperar en este punto porque no hay mención alguna a este respecto —condición de empresario o profesional liberal de los socios personas físicas, ni el sector de actividad a que se dedican—. Se confirma, por tanto, la nota de calificación en este extremo.

Resolución de 26-10-2021.  
BOE 22-11-2021  
Registro Mercantil de Salamanca.

CALIFICACIÓN: INDEPENDENCIA DE OTRAS ANTERIORES DEL MISMO REGISTRO O DE OTROS. AGRUPACIÓN DE INTERÉS ECONÓMICO: ACTIVIDAD ECONÓMICA AUXILIAR. AGRUPACIÓN DE INTERÉS ECONÓMICO: RELEVANCIA DEL OBJETO SOCIAL.

**SE REVOCA**

Estamos ante un expediente relativo a una AIE (Agrupación de Interés Económico) en el que el registrador en su nota de calificación alega que la actividad económica auxiliar que desarrolla la agrupación no se corresponde con las actividades desarrolladas por un nuevo socio persona jurídica que se incorpora, según resulta de su objeto social.

Respecto de la alegación de los recurrentes sobre el hecho de encontrarse inscritas en otros registros mercantiles operaciones similares a la aquí controvertida, debe recordarse que, como ha reiterado este Centro Directivo, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, y ello por aplicación del principio de independencia en ese ejercicio de su función, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica (*vid.*, entre otras, las Resoluciones de 13 de marzo y 8 de mayo de 2012, 5 y 11 de marzo y 10 de julio de 2014, 25 de marzo, 1 de abril, 5 y 16 de junio y 7 y 17 de septiembre de 2015, 2 de noviembre de 2016, 4 de junio de 2020 y 25 de mayo de 2021).

La relevancia del objeto social o de la actividad desarrollada por los socios se reduce a comprobar su falta de coincidencia con el de la propia agrupación. Puede verse en este sentido la Resolución de la Dirección General de 28 de abril de 1993. Se estima, por tanto, el recurso interpuesto, revocando la nota de calificación.

Resolución de 27-10-2021.  
BOE 23-11-2021  
Registro Mercantil de Barcelona, número VI.

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: CONSEJERO EXTRANJERO PRECISA NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL (NIF). CONSEJEROS: CONSTANCIA DEL NIF.

**SE CONFIRMA**

Estamos ante un expediente en el que se debate si para inscribir como miembro del consejo de administración a una persona física de nacionalidad italiana es necesario hacer constar su número de identificación de extranjero. El registrador exige en su calificación dicha identificación del consejero.

Para que este número sea exigible será necesario que la persona física a inscribir tenga relaciones de naturaleza tributaria. En un primer momento podremos

pensar que el consejero, por el simple hecho de serlo, no es contribuyente ni sustituto de este. No obstante, el artículo 41 de LGT considera que son responsables tributarios los responsables solidarios o subsidiarios de la deuda tributaria, junto a los deudores principales.

A los efectos del artículo 41 en relación con el artículo 43 de la Ley General Tributaria, el consejo de administración como órgano de representación de la sociedad puede ser responsable de obligaciones tributarias de la sociedad y conforme a ello debería estar obligado a contar con el número de identificación fiscal.

Por otro lado, aunque el consejo carece de personalidad jurídica, sin embargo el artículo 18 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, solo impone esa obligación a las personas físicas y jurídicas y a la entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición.

Dicho todo lo anterior y considerando que los consejeros integrantes de un consejo de administración son obligados tributarios por las decisiones de este órgano en las que participen, nace la obligación de dotar a todos ellos del correspondiente número de identificación fiscal a los efectos que, en su caso, sean procedentes.

Esta conclusión viene a confirmarse con el artículo 236.1 LSC debido que a tenor de dicha norma si el consejo adopta acuerdos como tal, la Ley de Sociedades de Capital impone una responsabilidad solidaria a todos los miembros del órgano de administración de la cual solo pueden quedar excluidos aquellos que prueben que no han intervenido en la adopción de dicho acuerdo, debido a todo lo expuesto deberemos concluir afirmando la necesidad de que los consejeros, incluidos los de nacionalidad no española, estén dotados del correspondiente número de identificación fiscal.

Resolución de 10-11-2021.

BOE 23-11-2021

Registro Mercantil de Madrid, número XXIII.

**OBJETO SOCIAL: SERVICIOS DE INVERSIÓN. MERCADO DE VALORES. ASESORAMIENTO E INVERSIÓN FINANCIERA. COMPRAVENTA DE VALORES.**

**SE REVOCA**

La cuestión debatida en este expediente gira en torno a dos pasajes del artículo estatutario delimitador del objeto social de una compañía. En uno de ellos se incluyen las labores de «consultoría y servicios relacionados con el desarrollo empresarial, la estrategia comercial y las finanzas», y en el otro se dice que «las actividades también incluyen la inversión y participación en otras sociedades y otras propiedades, incluida entre otras, como opciones de compra de acciones, criptomonedas e inmuebles».

Según la interpretación del registrador, en los estatutos se establecen como actividades del objeto social el asesoramiento e inversión financiera que están reservados, en exclusiva, por los artículos 143 y 144 del RD 4/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el TR de la Ley del Mercado de Valores, a las empresas de servicios de inversión, cuyos requisitos, autorización en inscripción en los correspondientes registros administrativos, esta sociedad no cumple.

La Ley del Mercado de Valores somete al asesoramiento financiero dentro de las actividades de servicios de inversión y el sistema de autorización que impone a las empresas que lo desarrollen. Dicha norma incluye en la categoría de empresas de servicio de inversión a las de asesoramiento financiero.

El texto estatutario objeto de la calificación no contiene la palabra «financiero», sino el término «finanzas», que no significa lo mismo, por lo que no debemos entender incluido el texto que regula el objeto social en los estatutos en la prohibición del artículo 144 de la Ley del Mercado de Valores.

Por otro lado, se discute que las actividades también incluyen la inversión y participación en otras sociedades y otras propiedades, incluidas, entre otras, como opciones de compra de acciones, criptomonedas e inmuebles, describan un cometido de inversión financiera también reservado a las empresas sujetas a la Ley del Mercado de Valores, según entiende el registrador. Sin embargo, debemos entender que la actividad a que se refiere este texto no consiste en la prestación de servicios a terceros, sino en la inversión del patrimonio de la propia compañía —no existe prestación alguna de servicios de inversión, que en todo caso exige un tercero que los reciba—. La Resolución de la Dirección General de 29 de enero de 2014 declaró que el mero hecho de la previsión estatutaria de la compra y venta de valores como una de sus actividades propias del objeto de la sociedad no la convierte en sujeto activo del Mercado de Valores ni en sujeto obligado al cumplimiento de los rigurosos requisitos que para los mismos exige la legislación especial. Se estima, por tanto, el recurso, revocando la nota de calificación.

Resolución de 15-11-2021.

BOE 3-12-2021

Registro Mercantil de Badajoz.

#### CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL: AUMENTO DE CAPITAL MEDIANTE LA COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS DE LOS SOCIOS.

#### SE REVOCA

Estamos ante un expediente relativo a una inscripción de un acuerdo de ampliación de capital por compensación de créditos, aprobado por unanimidad de los asistentes a la junta general extraordinaria de una sociedad anónima deportiva, celebrada con un porcentaje de asistencia superior al 99%. El defecto debatido, y según el registrador insubsanable, afecta a la convocatoria de la Asamblea, en la que no se recogía el derecho que corresponde a los accionistas a examinar o solicitar la certificación del auditor de cuentas que acredite la exactitud de los datos ofrecidos por los administradores.

En relación con la convocatoria de junta general para la ampliación de capital por compensación de créditos, el artículo 30 de la LSC incluye para las sociedades anónimas tres requisitos informativos especiales, de los cuales la convocatoria cumple claramente con la atinente al informe de los administradores, implícitamente reconoce, en relación con este documento, el derecho de examen y envío de los socios, y omite la referencia a la certificación del auditor de cuentas, además, residualmente, efectúa una declaración manifiesta de sometimiento al artículo 301 de la LSC.

El artículo 204.3 b) de la LSC, establece que para que las deficiencias observadas en la convocatoria puedan tener trascendencia invalidante del acuerdo correspondiente, exige que «la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para

el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación». Debe tenerse en cuenta que las características identificadoras de la ampliación de capital por compensación de créditos son las que (art.301.2 LSC) debe incluir el informe de los administradores, mientras que la certificación del auditor, no tiene otra misión que la auxiliar de constatar la adecuación de la operación propuesta a los datos contables. Por ello, no debe reconocerse relevancia invalidante a la mera falta de mención, en el texto de la convocatoria, de la puesta a disposición de los socios de tal certificación.

A lo anterior debe añadirse que el acuerdo fue adoptado por unanimidad de todos los asistentes a la junta, que representan más del 99% del capital de la sociedad, y los socios que no votaron (menos del 1%) carecen de legitimación para impugnar el acuerdo.

Resolución de 16-11-2021.

BOE 3-12-2021

Registro Mercantil A Coruña, número I.

**ESPECIFICACIÓN ESTATUTARIA DEL NÚMERO DE ADMINISTRADORES. RETRIBUCIÓN DEL ADMINISTRADOR: RETRIBUCIÓN POR CARGO DE ADMINISTRADOR Y OTRAS RETRIBUCIONES LABORALES.**

**SE REVOCA**

Estamos ante un expediente en el que se debate sobre la inscripción de una cláusula estatutaria referida al órgano de administración de una sociedad de responsabilidad limitada que, según el registrador mercantil, adolece de dos defectos. El primero consiste en la falta de concreción del número de administradores, tanto si son solidarios como mancomunados o, en su defecto, el mínimo y el máximo de los que podrán ser nombrados. Es necesario indicar que dicha cláusula no es novedad del acuerdo de la junta general que se eleva a escritura pública, sino que estaba inscrito desde la constitución de la sociedad en el año 2007, es decir, antes de la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. El segundo defecto afecta al régimen de retribución de los administradores. El registrador entiende que la cláusula no es suficientemente clara porque por un lado señala la gratuidad del cargo del administrador, solo por «el desempeño de las facultades inherentes a dicho cargo que sean indelegables», pero, de otro lado, dispone la posible existencia de una posible retribución, cuyos conceptos no detalla por «prestaciones distintas a las indelegables como Administrador».

Por lo que respecta al primer defecto debemos indicar que al tiempo de inscribirse la cláusula cuestionada la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no exigía la especificación estatutaria del número de administradores ni, en su defecto, del número máximo y mínimo, ya que dicha exigencia, para las sociedades de responsabilidad limitada, llega con la Ley de Sociedades de Capital, por tanto solo puede afectar a las sociedades que se constituyan con posterioridad a dicha norma o que expresamente reformarán a partir de ese momento esa cláusula estatutaria, no siendo este nuestro caso.

En cuanto al segundo defecto, es decir, el relativo al régimen de retribución de los administradores, y conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018, el artículo 217 LSC es de aplicación a los administradores que

no sean consejeros delegados o ejecutivos de la sociedad, por el contrario cuando dichos administradores sean consejeros delegados o ejecutivos de la sociedad será de aplicación el artículo 249 LSC. Es decir, a los administradores comprendidos dentro del artículo 249 LSC no les es de aplicación el art.217 ya que este último regula las normas generales mientras que el artículo 249 regula las normas especiales exigiendo firmar un contrato con la sociedad aprobado por el consejo de administración con el voto favorable de dos terceras partes y abstención del consejero afectado. En este orden de cosas, la Dirección General, y con la intención de flexibilizar la interpretación de los artículos 217 y 249 LSC, en diversas resoluciones ha admitido que aun cuando los distintos conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, podrán estos remitirse al contrato que se celebre entre el consejero ejecutivo y la sociedad para que se detalle si se remunerará al mismo por todos o solo por algunos de los conceptos retributivos fijados en los estatutos.

No obstante, lo anterior para el caso que nos ocupa debemos entender que, aunque en un principio se pueda pensar que la cláusula no satisface los mínimos imprescindibles referidos a los posibles conceptos retributivos, en cambio la cláusula en cuestión no pretende fijar un marco estatutario de retribución de los consejeros ejecutivos, sino un marco de gratuidad total para cualquier administrador, independientemente de la estructura del órgano, es decir, sea o no consejero. Concretamente, lo que se detalla es que el cargo de administrador es gratuito para todos los administradores, sin perjuicio de la remuneración que pueda corresponderles por prestaciones distintas a las indelegables como administrador que no cabe sino entender que se trata de servicios o relaciones laborales ajenos a las facultades inherentes al cargo de administrador.

Resolución de 17-11-2021.

BOE 3-12-2021

Registro Mercantil de Málaga, número I.

**OBJETO SOCIAL: ACTIVIDAD QUE REQUIERE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA. ADQUISICIÓN DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA REQUISITO NECESARIO EN EL TEXTO DE LA INSCRIPCIÓN.**

**SE CONFIRMA**

En una escritura de constitución de una sociedad limitada se debate sobre una de las actividades que integra el objeto social, en concreto la actividad correspondiente al CNAE 4646: Comercio al por mayor de productos farmacéuticos. El registrador entiende que es necesario acreditar la autorización que para esta actividad exige la legislación especial aplicable. El objeto de este expediente consiste en determinar si puede formar parte de las actividades que integran el objeto social de una sociedad de capital una actividad como la descrita sin necesidad de obtener autorización administrativa previa de la autoridad competente.

La normativa que regula la materia, Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios afirma que forma parte de su objeto y ámbito la regulación de las competencias que corresponden al Estado en cuanto a «La actuación de las personas físicas o jurídicas en cuanto intervienen en la circulación industrial o comercial y en la prescripción o dispensación de



los medicamentos y productos sanitarios». Entre las garantías que la ley regula se encuentran las relativas al control administrativo de la distribución de medicamentos y, específicamente, a la distribución mayorista, que debe cumplir una serie de rigurosas obligaciones de funcionamiento. Dispone así el artículo 68.1: «Los almacenes mayoristas, así como los almacenes por contrato, estarán sometidos a la autorización previa de la comunidad autónoma donde esté domiciliado el almacén. Ello, no obstante, el almacén deberá comunicar la realización de sus actividades a las autoridades sanitarias de las comunidades autónomas donde, no estando domiciliado, tales actividades se realicen. La autorización de entidad de distribución podrá incluir la actividad de almacén por contrato».

Por otro lado, el artículo 23 LSC al regular el contenido mínimo de los estatutos sociales en cuanto han de «regir el funcionamiento de las sociedades», dispone en su letra b) que deben contener: «El objeto social, determinando las actividades que lo integran», afirmación de presente que se reitera en el artículo 178.1 del RRM.

De acuerdo con la legislación que regula la materia una persona física o jurídica no puede realizar una actividad sujeta sin la anterior obtención de la autorización administrativa exigida. Concretamente la previsión legal indica que es necesario que se obtenga la autorización administrativa que corresponda y que, después, se constituya la sociedad que ha de llevarla a cabo o se modifique el objeto social de la sociedad que la incorpore a sus estatutos.

Con este mismo criterio, la Dirección General ha reiterado que es la definición estatutaria del objeto social y no el efectivo desenvolvimiento posterior de las actividades en él comprendidas lo que determina la aplicabilidad de aquellas disposiciones especiales que prevén el cumplimiento de ciertos requisitos por razón del ámbito de actuación delimitado, de modo que desde el momento fundacional o desde la modificación del objeto de la sociedad ha de reunir todos los requisitos que hagan viable el completo desarrollo de cualesquiera actividades que integran el objeto social (Resolución de la DGRN de 20 de diciembre de 1990, entre las más anteriores, así como las posteriores de 15 de diciembre de 1993 y 30 de abril de 1999. Entre las más recientes las Resoluciones de 3 de junio de 2016 y 8 de octubre de 2018).

Además, según el artículo 84 del RRM en su apartado 1 dispone: «Salvo que otra cosa disponga la legislación especial, no podrá practicarse la inscripción en el Registro Mercantil del sujeto que pretenda realizar actividades cuya inclusión en el objeto requiera licencia o autorización administrativa, si no se acredita su obtención. La misma regla se aplicará a la inscripción de actos posteriores sujetos a licencia o autorización administrativa. En el apartado 2.º dispone que «En la inscripción se consignará la oportuna referencia a las licencias o autorizaciones que correspondan».

Resolución de 18-11-2021.

BOE 3-12-2021

Registro Mercantil de Huelva.

**CIERRE REGISTRAL POR FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS. REAPERTURA DEL REGISTRO (ART. 378.7 RRM).**

**SE CONFIRMA**

En el presente caso, se rechazan el depósito de cuentas de una sociedad que presenta los ejercicios 2018, 2019 y 2020 por encontrarse la hoja de la sociedad



cerrada por no haberse depositado las cuentas de ejercicios anteriores. Además, para el depósito del año 2020 por la falta de la hoja Covid que conforme a la Orden JUS/794/2021 de 22 de julio, por la que se aprueban los nuevos modelos de presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación.

La sociedad recurre por entender que presentadas a depósito las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios la calificación debe ser revocada.

La Resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2010 (para un supuesto idéntico) dispuso que es preciso para que se produzca la reapertura del Registro la presentación a depósito de los tres últimos ejercicios respecto de los que se haya producido al efecto del cierre.

En el caso que nos ocupa, con fecha 27 de julio de 2021 el Registro Mercantil correspondiente a la hoja particular de la sociedad se encuentra cerrado por falta de depósito de cuentas de los ejercicios 2017, 2018 y 2019.

Por ello solo la presentación a depósito de las cuentas correspondientes a los ejercicios 2017, 2018 y 2019 (únicos respecto de los que se produce el efecto de cierre registral) puede producir la reapertura en los términos del artículo 378.7 RRM.

Resolución de 02-12-2021.

*BOE* 22-12-2021

Registro Mercantil de Barcelona, número XIV.

**REVOCACIÓN DEL NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL. BAJA PROVISIONAL EN EL ÍNDICE DE SOCIEDADES. PRESENTACIÓN DEL IMPUESTO: AUTOLIQUIDACIÓN. NO ACREDITACIÓN DEL PAGO DEL IMPUESTO (ART. 254.1 LH).**

**SE CONFIRMA**

Estamos ante un expediente relativo a una inscripción de una escritura relativa a la liquidación y extinción de una sociedad, en cuyo historial registral consta una nota marginal de revocación del número de identificación fiscal y otra de baja en el índice de entidades jurídicas, además de no haberse presentado la autoliquidación correspondiente.

El recurrente estima que la escritura debe inscribirse para dar cumplimiento a la sentencia judicial que declaró la nulidad de la sociedad, por no haberse constituido legalmente al no comparecer dos socios a su constitución.

La disposición adicional sexta de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dispone lo siguiente en su cuarto apartado, según redacción dada por el artículo 13.25 de la Ley 11/2021, de 9 de julio, dispone: «Cuando la revocación se refiera al número de identificación fiscal de una entidad, su publicación en el «*BOE*» implicará ... El registro público en el que esté inscrita la entidad a la que afecte la revocación, en función del tipo de entidad de que se trate, procederá a extender en la hoja abierta a dicha entidad una nota marginal en la que se hará constar que, en lo sucesivo, no podrá realizarse inscripción alguna que afecte a aquella, salvo que se rehabilite el número de identificación fiscal».

Por todo lo anteriormente indicado, la revocación del número de identificación fiscal tiene su origen en el incumplimiento de las obligaciones fiscales, y su razón de ser así como el objeto de su procedimiento se resuelve en la práctica de

una nota marginal distinta a la que provoca la baja provisional en el Índice de Sociedades.

En referencia a los efectos de cierre provocados por la nota marginal de baja provisional en el Índice de Sociedades, la Dirección General se ha pronunciado reiteradas veces, que conforme a la normativa que regula esta materia, establece que cuando está vigente la nota marginal de cierre por baja provisional en el Índice de Entidades, el registrador no podrá practicar ningún asiento en la hoja abierta a la sociedad afectada, salvo las excepciones previstas en el artículo 96 RRM.

En cuanto a la no acreditación del pago del impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la doctrina de la Dirección General sobre el cumplimiento de tales requisitos tributarios se resume en que el registrador, ante cualquier operación jurídica cuya registración se solicite, no solo ha de calificar su validez y licitud, sino decidir también si se halla sujeto o no a impuestos; la valoración que haga de este último aspecto no será definitiva en el plano fiscal por no corresponderle la competencia, no obstante, será suficiente bien para acceder, en caso afirmativo, a la inscripción sin necesidad de que la Administración tributaria ratifique la no sujeción, bien para suspenderla en caso negativo, en tanto no se acredite adecuadamente el pago, exención, prescripción o incluso la no sujeción respecto del impuesto que aquel consideró aplicable.

Resolución de 3-12-2021.

BOE 22-12-2021

Registro Mercantil de Madrid, número XXIII.

CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL: BUROFAX CON ACUSE DE RECIBO.

SE REVOCA

Estamos ante un expediente en el que se debate el artículo 14 de los estatutos sociales incorporados a la escritura de constitución una sociedad de responsabilidad limitada en la que se dispone que la convocatoria de la junta general se hará mediante burofax o carta remitida por correo certificado con acuse de recibo con una antelación de quince días en la que se contenga el anuncio de la convocatoria de Junta que deberá necesariamente expresar el nombre de la sociedad, el lugar, fecha y hora del orden del día en que figurarán los asuntos a tratar, y el cargo de la persona o personas que realicen la comunicación (...).

El registrador en su calificación indica que de conformidad con el artículo 173 de la LSC y con la finalidad de que la convocatoria se debe realizar por un medio que asegure la recepción del anuncio por todos los socios, es necesario establecer que cuando la convocatoria se efectúe mediante burofax, este sea con acuse de recibo.

Con la finalidad de simplificar y disminuir los costes de las convocatorias de la junta general de las sociedades de capital el artículo 173 de su ley reguladora, en sustitución de la forma de convocatoria prevista con carácter supletorio (anuncio en el BORME, etc.) permite que los estatutos sociales establezcan que la convocatoria se realice por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad.

Con estos requisitos se garantiza al socio una publicidad que le permita conocer, con la suficiente antelación, las cuestiones sobre las que deberá emitir su voto. Por ello, se deberá apreciar si con aquellos se cumplen o no las garantías de información que sobre la convocatoria se pretende asegurar por la norma legal.

La Dirección General en Resolución de 2 de agosto de 2012 dispuso que el envío por correo certificado con aviso de recibo cumple las exigencias legales, no siendo necesaria la exigencia adicional sobre la acreditación fehaciente del contenido de esta.

Por otro lado, la Dirección General también ha admitido en diversas Resoluciones (2 de enero y 6 de noviembre de 2019 y 15 de junio de 2020, entre otras) la convocatoria llevada a cabo mediante burofax con certificación del acuse de recibo, por ser un sistema equivalente a la carta certificada con aviso de recibo y que permite al socio disponer de más plazo entre la recepción de la convocatoria y la celebración de la junta, siendo imprescindible que se utilice la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. para el envío de dicho burofax con acuse de recibo.

Por lo que respecta al caso que nos ocupa, basándonos en los artículo 1281 y siguientes, del Código civil —relativo a la interpretación de los contratos en la que se regula que la intención de los contratantes prevalece sobre las palabras empleadas, junto con que siempre se entenderá el contenido en el sentido más adecuado para que surta efecto—, se desprende inequívocamente que al disponer que la comunicación de la convocatoria se realice con «acuse de recibo», se está estableciendo este último requisito no solo para la remisión mediante carta remitida por correo sino también para el envío mediante burofax por el operador postal «Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.».

Resolución de 3-12-2021.

BOE 22-12-2021

Registro Mercantil de Madrid, número XXIII.

CONSTITUCIÓN SOCIEDAD: OBJETO SOCIAL. OBJETO SOCIAL DE UN ESTABLECIMIENTO DE ADMINISTRACIÓN DE LOTERÍAS. LEY 13/2011 NO APLICA PARA LA ACTIVIDAD DE COMERCIALIZACIÓN DE JUEGOS, APUESTAS, LOTERÍAS Y OTRAS ACTIVIDADES GESTIONADAS Y PATROCINADAS POR LAE. APERTURA DEL ESTABLECIMIENTO DE ADMINISTRACIÓN DE LOTERÍAS INTEGRADO EN LA RED COMERCIAL EXTERNA DE LA SOCIEDAD ESTATAL DE LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO: NO ES NECESARIO AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA. ACUMULACIÓN DE EXPEDIENTES.

SE REVOCAN

En una escritura de constitución de una sociedad limitada se debate sobre el objeto social de la misma, se califica negativamente en dos ocasiones por lo que el notario impugnante interpone recurso.

A tenor del artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se acuerda de oficio acumular ambos expedientes debido a que las dos calificaciones recaídas sobre una misma escritura versan sobre la definición estatutaria de objeto social y los textos legales a los que afecta la controversia son los mismos.

La Dirección General vienen aplicando de forma consolidada el criterio de que es necesario fundamentar adecuadamente las calificaciones negativas —Re-

solución de 14 de octubre de 2021, entre otras— entendiendo como «adecuadamente» no solo la motivación suficiente de los defectos indicados sino que también se debe indicar con claridad y suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación, no dándose esta exigencia en ninguna de las dos calificaciones defectuosas objeto de este expediente.

El objeto social cuestionado, tal y como se indica en los estatutos, es el correspondiente a un establecimiento de administración de loterías, integrado en la red comercial externa de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado.

El primero de los defectos indicados consiste en que no se indica que la actividad relativa a la comercialización de juegos, apuestas, loterías y otras actividades, gestionadas y patrocinadas por Loterías y Apuestas del Estado se regulará por la Ley de Juego, Ley 13/2011 de 27 de mayo. El defecto no puede prosperar porque dicha ley no regula dicha exigencia. Junto a esta interpretación fundada de la Ley 13/2011 debemos indicar que dicha norma no es aplicable a los puntos de venta y delegaciones que conforman la red comercial de Loterías y Apuestas del Estado.

Por lo que respecta al segundo defecto de la primera nota de calificación y que se reitera en la segunda, relativo a la obtención de una previa licencia o autorización administrativa para la apertura del establecimiento, extendido en la segunda a la prohibición de su cesión, indicar que conforme a la Ley 12/2011, de 27 de mayo, la exigencia de autorización expresa para participar en la comercialización de juegos de lotería únicamente alcanza a las personas que no formen parte de la red externa de la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado o de la Organización Nacional de Ciegos Españoles, y aun así se exceptúan los terceros que, bajo la exclusiva responsabilidad de los gestores de la red externa, comercialicen productos de loterías de acuerdo con los usos y costumbres tradicionalmente admitidos; además, la competencia para conceder tal permiso corresponde al operador correspondiente y, por tanto, no tiene carácter administrativo.

Desechada la exigencia del permiso, revisaremos la incumbencia de incluir en el texto estatutario el propósito de no iniciar las actividades sin la previa obtención de autorización o necesaria inscripción en un registro administrativo, así como la exclusión de aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que la sociedad no cumpla, a todo ello indicaremos que a falta de una norma que lo imponga, o de necesidades de identificación del objeto, carece de fundamento la pretensión formulada por el registrador sobre la inclusión de promesas de sumisión a normas administrativas.

Presentada la escritura subsanada, fue calificada con tres defectos. En cuanto al primer defecto el registrador precisa que sobre la falta de referencia a las autorizaciones administrativas que no hace referencia a la concedida a la propia sociedad, sino a la que ostente otra persona a través de la cual se actuaría, lo que según el registrador está prohibido por la legislación del juego. Dicha alegación se contradice con el texto estatutario que comienza con el condicional «si las disposiciones legales exigieran para el ejercicio de alguna de dichas actividades» no parece discutible que el resultado de cumplimiento no puede ser ilegal; además, en su párrafo final indica que «y en su caso no podrán iniciarse (las actividades) antes de que se hayan cumplido los requisitos exigidos» expresión que de forma indubitada también afecta a la sociedad.

Por lo que respecta al segundo defecto de la segunda calificación relativo a justificar la antijuridicidad que la pretendida cesión de uso que consagra

la cláusula estatutaria, se argumenta al amparo de la disposición transitoria cuarta bis de la Ley 13/2011, no pudiendo prosperar porque dicha normativa relativa a las sanciones muy graves, según el apartado uno esta disposición es de aplicación a los puntos de venta que se encuentren acogidos al régimen de Derecho Administrativo, siendo posible normativamente poderse acoger al derecho privado.

Para finalizar, en relación a la última norma que se indica, el artículo 28 del Real Decreto 1614/2011 relativo a la autorización para la comercialización de juegos de lotería no podrá ser objeto de cesión o explotación por terceras personas, decir que como ya se ha indicado anteriormente, las administraciones de lotería no están sujetas a autorización administrativa para concluir que esta exigencia no les resulta aplicable.

Resolución de 7-12-2021.

BOE 22-12-2021

Registro Mercantil de Madrid, número XXIII.

**MODELOS PARA LA PRESENTACIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL DE LAS CUENTAS ANUALES DE LOS SUJETOS OBLIGADOS A SU PUBLICACIÓN: HOJA DE IDENTIFICACIÓN DEL TITULAR REAL.**

**SE CONFIRMA**

En el presente caso, se rechaza el depósito de cuentas de una sociedad limitada por no aportar el formulario relativo a la declaración de identificación del titular real. El registrador argumenta su calificación citando una Orden Ministerial no vigente, concretamente la basada en la Orden JUS/319/2018, de 21 de marzo que se encontraba derogada al tiempo de la calificación por la Orden JUS/794/2021, de 22 de julio, por la que se aprueban los modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación.

La sociedad recurre afirmando que la Orden JUS/319/2018, de 21 de marzo, carece de rango para exigir la obligación de presentación de dicho documento, así como que el registrador se extralimita en su función al no resultar dicho formulario parte de las cuentas anuales a depósito. Además, afirma el recurso, la publicidad prevista para dicho formulario violenta las normas de protección de datos.

Por lo que respecta a la primera de las alegaciones del recurrente, es decir, que el formulario no es parte de las cuentas anuales a depósito porque dicha exigencia no está amparada en una norma con rango de ley, indicar que la Orden Ministerial materializa la obligación derivada de la Directiva (UE) 2015/849, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

La Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, de 26 de junio de 2019 confirma la aplicación meramente material de una obligación preexistente por lo que rechaza la impugnación de la Orden Ministerial entendiendo que la Orden Ministerial no crea la obligación de declarar la titularidad real ni de identificar al titular real, ambas obligaciones son previas y tienen base legal, en normas con rango de ley, por lo que la Orden Ministerial simplemente viene a implementar unos nuevos formularios en el que determinadas sociedades, en el

momento de presentar a depósito sus cuentas anuales en el Registro Mercantil, hagan la declaración acerca del titular real facilitando con ello a los sujetos obligados en el marco de la LPBC el cumplimiento de la obligación de identificación de titular real que se les impone. Dicha obligación se reitera posteriormente en el Real Decreto Ley 11/2018. Finalmente, tanto el RD2/2021, que aprueba el nuevo Reglamento de la Ley de Auditoría como el RD7/2021, de transposición de la citada Directiva de prevención del blanqueo, reconocen y prevén la creación del Registro de Titularidades Reales.

El recurso no puede prosperar porque ni la Orden de 2018 introdujo una obligación que no tuviera rango legal ni violenta el régimen de fuentes del ordenamiento jurídico como reconoce la sentencia de la Audiencia Nacional antes indicada.

En lo que respecta a la vulneración de las normas sobre protección de datos que argumenta el recurrente tampoco se puede estimar porque la cuestión viene regulada por la disposición adicional cuarta de la Ley 10/2010, introducida por el artículo 3, apartado 29, del Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril que regula de forma específica cómo proceder.

Por razones de economía procesal y no habiendo existido indefensión para el recurrente por la cita errónea de la normativa —pues aquel ha podido ejercitar su derecho de recurso—, se debe confirmar la nota de calificación por ser correcto el defecto indicado, es decir, se tiene que aportar el documento de identificación del titular real en los depósito de cuentas, a pesar de la incorrecta cita de la Orden que lo establece puesto que la vigente —Orden JUS/794/2021 de 22 de julio— también contempla la misma obligación, recordándose la obligación del registrador de reflejar en su nota de calificación la normativa vigente (art. 19 LH).

Resolución de 13-12-2021.

BOE 29-12-2021

Registro Mercantil de Madrid, número XV.

**MAYORÍA PARA LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS SOCIALES. CONVOCATORIA: REQUISITOS. MITIGACIÓN DE LOS DEFECTOS MERAMENTE FORMALES EN LOS REQUISITOS DE LA CONVOCATORIA PARA LA JUNTA SIEMPRE QUE NO COMPROMETAN LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE LOS SOCIOS.**

**SE CONFIRMA PARCIALMENTE**

Estamos ante un expediente relativo a una inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una compañía en la que se discuten dos aspectos, por un lado, según la registradora no se han indicado las mayorías con que han sido adoptados los acuerdos (arts. 97 y 112 RRM). En segundo lugar, indica la registradora mercantil que deben acreditarse que el texto íntegro de la convocatoria fue remitido a la totalidad de los socios conforme al procedimiento previsto en los estatutos sociales y la antelación de la comunicación.

Por lo que respecta al primero de los defectos, el recurso no puede prosperar porque efectivamente, el artículo 97.1.7.<sup>a</sup> del RRM exige respecto del contenido del acta de una junta o asamblea, la indicación del resultado de votaciones indicando expresamente la mayoría con que se hubiera adoptado cada uno de los acuerdos, y según el artículo 112.3 RRM que regula lo concerniente a dichas

mayorías en la adopción de acuerdos para las certificaciones análogas. No obstante, la Resolución de 13 de octubre de 2015 indicó que no es necesario que la certificación conste de manera directa y explícita las mayorías con que se hubieran adoptado los acuerdos siempre que aparezca reflejado con claridad en su texto, esta condición no se cumple en el caso que nos ocupa porque solo se indica que han asistido dos socios y que son titulares del 80% de los derechos de voto y que las decisiones se han tomado sin oposición alguna, pero no indica el sentido del voto.

Por lo que respecta al segundo de los defectos relativo a no haber quedado acreditada la remisión del texto íntegro de la convocatoria de junta a la totalidad de los socios conforme al procedimiento previsto en los estatutos y la antelación de la comunicación. Según consta en la certificación protocolizada y en la escritura la sociedad solo cuenta con tres socios; a uno de ellos se le notificó por burofax cuyo justificante está incorporado a la escritura y a los otros dos, que son los que asistieron a la junta, se les comunicó personalmente y aceptaron reunirse de acuerdo a la convocatoria, por lo que no fue necesaria la comunicación escrita.

La Dirección General se ha pronunciado en diversas ocasiones a este respecto y considera que deben mitigarse los defectos meramente formales siempre que no comprometan los derechos individuales de los socios. Para ello debe analizarse el hecho concreto para apreciar si los derechos individuales de los socios llamados a reunirse en junta y, en su caso, expresar su voluntad mediante el ejercicio del derecho de voto, han sido violentados de tal forma que no admita corrección. En el caso que nos ocupa, según se observa en la certificación y en la escritura, a dos de los socios asistentes se les citó de manera personal con anterioridad a la convocatoria y concurrieron a la junta donde tomaron parte en las decisiones «sin oposición alguna», es decir, sin haber denunciado ningún defecto de convocatoria, por ello el recurso en este aspecto si debe prosperar.

Resolución de 14-12-2021.

BOE 29-12-2021

Registro Mercantil de Madrid, número XIX.

**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**

Estamos ante un expediente en el que se pretende inscribir el cese, por dimisión, del administrador único de una sociedad limitada.

El registrador suspende la misma acreditando que la sociedad figura dada de baja provisional de la sociedad en el Índice de Entidades de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y porque la hoja de la sociedad ha sido cerrada, conforme al artículo 378 RRM, por falta de depósito de las cuentas anuales. Considerando el recurrente que dicha inscripción se puede llevar a cabo por ser una de las excepciones expresamente incluidas en dicho reglamento.

Conforme al artículo 378 RRM no puede inscribirse documento alguno de la sociedad mientras el incumplimiento de presentar el depósito de las cuentas



anuales persista salvo las excepciones indicadas en dicho artículo, siendo una de estas excepciones la inscripción del cese de administrador. Pero en el caso que nos ocupa la sociedad se encuentra, además, de baja provisional en el Índice de Entidades de la AEAT y vigente la nota marginal de cierre por dicha baja provisional, no podrá practicarse ningún asiento en la hoja de la sociedad afectada salvo la certificación de alta en dicho Índice.

La Dirección General ha insistido en que no pueden confundirse las consecuencias del cierre provocado por naturaleza fiscal con las que derivan de la falta de depósito de cuentas anuales. El cierre provocado por la nota marginal de la primera 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 16-12-2021.

BOE 29-12-2021

Registro Mercantil de Madrid número XXIII.

**NOTA DE CALIFICACIÓN MOTIVADA. OBJETO SOCIAL: ACTIVIDAD QUE REQUIERE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA.**

**SE CONFIRMA PARCIALMENTE**

Antes de entrar en el fondo del asunto, el recurrente solicita la nulidad de la calificación del registrador por no haber sido motivada suficientemente. La Dirección General indica que a pesar de que la nota no es muy clara, sin embargo si argumenta jurídicamente sus alegaciones, por lo que es válida y sobre todo no cabe entender que la misma adolezca de nulidad.

Dicho lo anterior, el expediente que nos ocupa consiste en observar si pueden formar parte de las actividades que integran el objeto social de una sociedad de capital las que resultan del artículo estatutario y que se refieren a las monedas virtuales sin necesidad de obtener autorización administrativa previa de la autoridad competente.

De la regulación legal —La Directiva 2018/843/UE, de 30 de mayo y en el Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores— resulta que solo están sujetos al requisito de inscripción en el registro del Banco de España las sociedades que realicen la actividad de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria o la actividad de proveedor de servicios de custodia de monederos electrónicos; en ambos casos, por cuenta de terceros tal y como resulta de la exposición de motivos y se deduce del tenor de la propia ley.

Fuera de estos supuestos, la legislación vigente no exige la inscripción en el registro especial y, en consecuencia, no puede ser exigida para proceder a la inscripción en el registro mercantil.

Dicho lo anterior, para el caso que nos ocupa quedaría pendiente resolver si de las actividades contenidas en el objeto social de la compañía cuya inscripción se solicita, y que tienen relación con las denominadas monedas virtuales, alguna



de ellas puede ser considerada como regulada a los efectos de exigir un análisis pormenorizado de cada una de ellas, partiendo que la redacción llevada a cabo no tiene por qué coincidir con los términos concretos utilizados por la Ley.

En cuanto a la primera actividad a la que se refiere el objeto social, es decir el de generación de monedas electrónicas y criptoactivos, es una actividad que no está comprendida en ninguno de los supuestos legales, por lo que se estima el recurso en cuanto a esta actividad.

Por lo que respecta a la actividad relativa a la prestación de servicios a terceros para la generación de monedas electrónicas o criptoactivos, tampoco puede considerarse incluida en ninguno de los supuestos comprendidos en la norma, por lo que también procede estimar el recurso en cuanto a esta actividad.

Finalmente, también debe estimarse el recurso en relación con la actividad de compraventa de valores, divisas y criptomonedas, pues la adquisición por cuenta propia no es una actividad regulada, y no existe indicios de que la actividad se lleve a cabo en régimen de servicios a terceros tal y como resulta de la disposición adicional segunda de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, y en cuanto a valores y divisas, conforme al artículo 144 Real Decreto Legislativo 4/2015 de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. Además de que existe una exclusión expresa de aplicación del régimen de las sociedades de inversión.

En cambio, habría que desestimar actividad del objeto social de la sociedad relativa a la inversión, gestión y explotación de negocios relacionados con monedas virtuales o criptoactivos, ya que dicha actividad no cabe dentro de ninguna actividad regulada, la referencia genérica a la gestión y explotación de negocios relacionados con monedas virtuales puede comprender las actividades previstas en los apartados 6 y 7 de la Ley 10/2010, por lo que conforme al criterio de la Dirección General la delimitación por el género al comprender todas sus especies, requiere previsión específica para que alguna de ellas pueda quedar excluida y no a la inversa. Es decir, no cabe comprender como objeto social la realización de cualquier actividad relacionada con las monedas virtuales y que alguna de dichas actividades estén reguladas y sujetas a inscripción en el Registro del Banco de España.

Igualmente debe desestimarse el recurso en relación con la actividad consistente en el «asesoramiento, comercialización, implementación y mantenimiento de proyectos (...) en el ámbito de la generación, e intercambio de monedas digitales», que por su generalidad pueden incluir actividades recogidas en los apartados 6.º y 7.º del artículo 1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril.

**ESTUDIOS  
JURISPRUDENCIALES**



## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

La prevalencia del interés superior del menor  
en el otorgamiento de la custodia compartida  
aun tras la sentencia firme recaída sobre  
el progenitor por actos de violencia familiar  
o machista

*The prevalence of the best interest of the child  
in the granting of shared custody even after  
the final judgment received on the parent for acts  
of family or machist violence*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE\*  
*Profesora titular de Derecho civil. UCM*

*RESUMEN:* El nuevo apartado 8.º del artículo 92 del Código Civil, introducido por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, afirma que el juez a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Pues bien, existe una corriente jurisprudencial en la Audiencia Provincial de Tarragona que señala la posibilidad de que el juez, en interés superior del menor, otorgue dicho tipo de custodia compartida, aun habiendo sido condenado el progenitor por un delito de violencia contra la ma-

---

\* 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.

dre, concretamente un delito de maltrato de obra atenuado sobre la mujer, y, en otro caso, por un delito de acoso. Contrariamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que no cabe este tipo de custodia cuando las relaciones entre los litigantes se encuentran muy gravemente deterioradas, ya que incluso la actora ejercita la acción penal contra el que fue su marido en el procedimiento criminal seguido contra su persona, por lo que la custodia compartida en las relaciones entre los progenitores con respecto al cuidado y atención de los menores es de muy mal pronóstico.

*ABSTRACT: The new section 8 of article 92 CC, introduced by Organic Law 8/2021, of June 4, on comprehensive protection of children and adolescents against violence, affirms that the Judge at the request of one of the parties, with a report from the Public Prosecutor's Office, may agree to joint custody and custody on the basis that only in this way is the best interest of the minor adequately protected. Well, there is a jurisprudential trend in the Tarragona Provincial Court that indicates the possibility that the Judge, in the best interests of the minor, grant said type of joint custody, even though the parent has been convicted of a crime of violence against the mother, specifically a crime of mistreatment of work attenuated on the woman, and, in another case, by a crime of harassment. On the contrary, the jurisprudence of the Supreme Court understands that this type of custody does not fit when the relations between the litigants are very seriously deteriorated, since even the plaintiff exercises criminal action against her husband in the criminal procedure followed against her person, therefore, the shared custody with respect to the care and attention of the minors is of a very poor prognosis.*

**PALABRAS CLAVE:** Custodia compartida. Violencia familiar o machista. Interés superior del menor.

**KEY WORDS:** Shared custody. Family or male violence. Interest of the minor.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN—II. MARCO JURÍDICO: 1. EL CÓDIGO CIVIL Y LA CUSTODIA COMPARTIDA. 2. LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA: LA RECIENTE MODIFICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA. 3. CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA (LIBRO SEGUNDO. PERSONA Y FAMILIA). ARTÍCULO 233.11,3.—III. LA VIOLENCIA FÍSICA CONTRA LA MADRE. EL VALOR DEL INFORME DE LOS SERVICIOS PSICOSOCIALES.—IV. ANÁLISIS DE LA EXPRESIÓN: NO TODA VIOLENCIA DE GÉNERO IMPEDIRÁ EL ESTABLECIMIENTO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.—V. LA VALORACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN TODO CASO.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

## I. INTRODUCCIÓN

El análisis de hoy se centra sobre un supuesto muy especial, y, por el momento único, pero que consideramos necesario analizar para ver si puede repetirse, y si

se puede extender hacia otras Audiencias o si se posibilita solo por el contenido de la legislación específica catalana, aunque realmente no difiere del artículo 96 del Código Civil.

La cuestión se centra en el fallo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 28 de julio de 2021<sup>1</sup>, que ha estimado en parte el recurso del progenitor, y ello porque ha establecido una custodia compartida por semanas alternas, *pese a que existía una sentencia firme que le condenaba como autor de un delito de maltrato de obra atenuado sobre la mujer*<sup>2</sup>.

El progenitor, fue el que solicitó la disolución del matrimonio por causa de divorcio, y, además, que es lo que nos interesa, el establecimiento de un régimen de custodia compartida por semanas alternas de los dos hijos menores de edad nacidos en 2009 y 2012. En noviembre de 2015, a través de la adopción de las medidas previas, se acordó la guarda materna y un régimen de comunicación paterno-filial.

La Audiencia Provincial de Tarragona, confirmó la condena al progenitor como *autor de un delito de maltrato de obra atenuado sobre la mujer*, acaecido en diciembre de 2017, a la pena de 21 días de trabajo para la comunidad y 1 año y un mes de prohibición de aproximación o comunicación con la esposa.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, pero atribuyó la guarda de los dos hijos menores a la madre y el consiguiente régimen de visitas paterno<sup>3</sup>. No obstante el progenitor recurrió en apelación, ante la Audiencia Provincial de Tarragona, oponiéndose al *establecimiento de la custodia exclusiva materna atribuida en base a la prohibición por violencia de familiar o machista contenida en el artículo 233-11.3 del libro segundo del Código Civil de Cataluña* que señala que «En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas».

## II. MARCO JURÍDICO

### 1. EL CÓDIGO CIVIL Y LA CUSTODIA COMPARTIDA

El artículo 92 del Código Civil, en el apartado 5.º, determina que «*se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento*», aunque seguidamente el apartado 6.º, restringe dicho supuesto general, concretando que «*en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda*».

El apartado siguiente, el 7.º, sin embargo, es muy tajante, y afirma con énfasis que «*No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad*

*física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o 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».*

2. LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA: LA RECIENTE MODIFICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA

Una de las líneas básicas presente en la filosofía política de la nueva ley<sup>4</sup>, como no podía ser de otra forma es la prevalencia del interés superior del menor. Ley que en relación con otros puntos desarrollados *refuerza los recursos de asistencia, asesoramiento y atención a las familias para evitar los factores de riesgo y aumentar los factores de prevención*. Sin embargo, considero que en relación con el tema que nos ocupa hoy, consistente en el interés superior del menor para otorgar la custodia compartida, pese a la existencia de condena al progenitor por violencia frente a la madre... parece chocar con lo dispuesto en el espíritu de la Ley que desde su exposición de motivos<sup>5</sup> reiteradamente lo que exige, es un análisis de riesgos en las familias, que permita definir los objetivos y las medidas a aplicar. Se afirma que *todos los progenitores requieren apoyos para desarrollar adecuadamente sus responsabilidades parentales, siendo una de sus implicaciones la necesidad de procurarse dichos apoyos para ejercer adecuadamente su rol. Por ello, antes que los apoyos con finalidad reparadora o terapéutica, deben prestarse aquellos que tengan una finalidad preventiva y de promoción del desarrollo de la familia*.

Así todo el título III de la Ley que regula la sensibilización, prevención y detección precoz, recoge en su *capítulo I la obligación por parte de la Administración General del Estado de disponer de una Estrategia de erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia, con especial incidencia en el ámbito familiar*. Y esto choca cuando precisamente ya hay violencia (aunque esta sea leve, si la violencia puede ser leve y aislada, como en el supuesto de hecho de la SAP que estudiamos) demostrada en el seno familiar... pese a lo cual se otorga en interés de los menores la custodia compartida.

Pero es que en el capítulo III de la Ley, según la exposición de motivos se «establece medidas destinadas a favorecer y adquirir tales habilidades, siempre desde el punto de vista de la individualización de las necesidades de cada familia y *dedicando una especial atención a la protección del interés superior de la persona menor de edad en los casos de ruptura familiar y de violencia de género en el ámbito familiar*».

La *disposición final segunda* de esta reciente Ley modifica el artículo 92 del Código Civil para reforzar el interés superior del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio, así como para asegurar que existan las *cauteladas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia*.

Por eso el artículo 92 del Código Civil se ha modificado indicándose que pese a tal énfasis de la afirmación señalada en los apartados anteriores, se establece una *excepción* a continuación, en el apartado 8.º, y es la prevalencia del interés superior del menor, pero solo, «aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo», esto es cuando lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento, *«el juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida*

*fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor»<sup>6</sup>.*

Además, se posibilita, en último término, en el apartado 9, que «el juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, *podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, 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*».

Sin olvidar, una garantía adicional, establecida en el apartado 10, y es que «el juez adoptará, *al acordar fundadamente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos*».

La Ley 8/2021 tiene como objetivo principal la *violencia* definiéndola como la acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar; que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital.

En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar.

Por el contrario, la Ley entiende por *buen trato* a los efectos de la norma aquel que, respetando los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, promueve activamente los principios de respeto mutuo, y dignidad del ser humano.

En nuestro estudio, influye la consideración de esta LO 8/2021, que en su título I, contiene, dentro de los *derechos de los niños y adolescentes frente a la violencia*, el derecho a la información y asesoramiento, a ser escuchados, a la atención integral, a intervenir en el procedimiento judicial o a la asistencia jurídica gratuita. Y, lo que es más importante, que ya se recogió en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>7</sup>, referido al derecho del menor, en este caso víctima, a ser escuchados, impidiéndose la presunción de interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, puedan ser tomados en consideración.

Recordemos que dicha LO 8/2015, introdujo en el artículo 9 de la LOPJM el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007<sup>8</sup>, y con los criterios recogidos en la Observación núm. 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado. Fue fundamental la sustitución por dicha Ley del término *juicio* por el de *madurez*, para acomodarse a diversos convenios internacionales como el Convenio de Naciones Unidas de Derechos del Niño, o el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.



Todo esto está muy bien en el plano teórico, pero y ¿en el ejercicio de la práctica diaria? Tras haber seguido las pautas el juzgador tarraconense, de solicitar los informes de la AETAF, y conocer que la condena penal del progenitor de *un delito de maltrato de obra atenuado sobre la mujer*, con una pena de 21 días de trabajo para la comunidad y 1 año y un mes de prohibición de aproximación o comunicación con la esposa... Vamos a estudiar a continuación... que se va a otorgar la custodia compartida... Pero no se señala nada sobre las cautelas futuras que aseguren continuamente el interés superior de los menores...

### 3. CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA (LIBRO SEGUNDO. PERSONA Y FAMILIA). ARTÍCULO 233.11,3

El artículo 233-11.3 del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia: «*En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.*».

La doctrina jurisprudencial catalana ha ido evolucionando, ya que en 2010 y en 2014 se señalaba que *la conflictividad entre los padres no impide la custodia compartida entre ambos de los menores*, como ocurre en la STSJC de 9 de enero de 2014 (con cita de la STSJC de 3 de marzo de 2010<sup>9</sup>), pese a reconocer que los menores «cuya temprana edad los hace particularmente sensibles a comportamientos desleales entre los progenitores,... desautorizando o desvalorizando frente a ellos la figura del otro, aunque sea inconscientemente, utilizando para tal fin cualquier fórmula atractiva que sirva para procurar su alianza o complicidad ...con el propósito de colocarlos a su lado en el conflicto y concitarlos contra el otro de modo que su opinión o deseo, aunque no nazca de una madurez reflexiva imposible por su edad, coadyuve a desnivelar definitivamente la balanza en su favor por lo que se refiere a la siempre comprometida y compleja decisión judicial, aunque sea a costa del inevitable perjuicio para el desarrollo de sus personalidades derivado del desequilibrio en las referencias y modelos imprescindibles para su adecuado crecimiento...»<sup>10</sup>.

Aunque la interpretación de las palabras del precepto parece claro, el TSJC avala la guarda conjunta a pesar de haber indicios de violencia en la STSJC 35/2014, Sala de lo Civil y Penal (secc. 1.ª) de 19 de mayo<sup>11</sup>, pues, no se acredita en apelación que el hijo esté afectado por la violencia y tiene una buena relación con el padre, según la prueba pericial. Como precisamente trata la Sentencia objeto de análisis de este comentario de la Audiencia Provincial de Tarragona. Hay condena penal, pero dicha violencia no afecta a los hijos.

Criterio que se mantenía en 2016, pues la STSJC de 28 de septiembre de 2016 afirma que «cabe recordar que este Tribunal ha declarado que *no cabe rechazar la guarda compartida ante cualquier grado de conflictividad (excluyendo, en todo caso la violencia de género, el abuso o el abandono del menor, aquí inexistentes)* ya que aunque no sirva para disminuir las diferencias entre ellos, tampoco puede afirmarse que las acentúe siempre que se preserve a los menores<sup>12</sup>.

Posteriormente, la jurisprudencia catalana abrió el *concepto de víctima indirecta*, en consonancia con la creciente preocupación por la protección de hijos e hijas, en la STSJC de 1 de junio de 2017<sup>13</sup>, donde el tribunal flexibiliza el con-

cepto de «víctima indirecta», pues el hecho de violencia de género fue un hecho puntual (una amenaza) y no queda acreditado en el procedimiento penal que la hija estuviera presente, aunque considera que la hija es víctima indirecta puesto que *la madre ha resultado gravemente afectada por la violencia, y esto también afecta de retruque a la hija*.

Para reconocer finalmente que «cuando se ha declarado que el menor ha sido o pueda ser víctima directa o indirecta se excluye la atribución de la guarda y custodia compartida, sin perjuicio del régimen de estancias, que puede ser más o menos amplio atendiendo al interés del menor en cada caso concreto y a la evolución posterior revisada, generalmente, por los servicios sociales o tras un tratamiento terapéutico.

Pero es que la SAP de Tarragona ya tiene en su haber dos sentencias, la de 13 de octubre de 2021 y la de 28 de julio 2021, ambas del mismo ponente, en las que se otorga la custodia compartida, pese a haberse acreditado violencia contra la madre de los menores, en ambos casos por el progenitor con condena firme, como vamos a ver.

Y, eso ¿qué significa? Pues que la sentencia penal firme produce efectos de cosa juzgada en el pleito civil, y, al ser *condenatoria* la expansión de sus efectos en la civil se produce respecto a la *realidad y existencia del hecho dañoso y su ilicitud*. Esto es, el juez asume la existencia de violencia, el daño causado en la esposa y aún así considera no solo que no perjudica a los menores, sino que, en pro de su interés superior, los deja de manera alterna conviviendo con él.

### III. LA VIOLENCIA FÍSICA CONTRA LA MADRE. EL VALOR DEL INFORME DE LOS SERVICIOS PSICOSOCIALES

En el supuesto de hecho de la Sentencia que hemos utilizado para la realización de este estudio, los hechos son constitutivos de *un delito de maltrato de obra atenuado sobre la mujer*, acaecido en diciembre de 2017, con la imposición de una pena de 21 días de trabajo para la comunidad y 1 año y un mes de prohibición de aproximación o comunicación con la esposa (por sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 13 de octubre de 2020)<sup>14</sup>.

La propia sentencia indica que el supuesto se trata de un «acto aislado de una importancia relativa o leve», que se contextualiza «en los problemas caracterológicos de ambos cónyuges, en la confrontación y la divergencia relacional».

No obstante, para tomar la medida de otorgar la custodia compartida el juez, sigue el criterio contenido en el artículo 92, 9.º del Código Civil introducido por la LO 8/2021, (aunque siguiendo el criterio del Código Civil catalán), pues ha recabado el dictamen de especialistas cualificados como es el EATAF, *para asegurar el interés superior del menor*<sup>15</sup>.

El EATAF (Equipo de Asesoramiento Técnico en el Ámbito de Familia) como profesionales psicólogos que intervienen en los procedimientos familiares, su función se centra en la redacción de informes psicológicos que tratan de dar respuesta a la *evaluación psicológica* que se produce en cada procedimiento judicial, en este caso, en el posible daño producido por el padre con su comportamiento con la madre sobre los niños, en la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores... Informes que sirve de apoyo en la resolución de las problemáticas de interés del menor.

En el supuesto objeto de análisis, la Audiencia señala que «no consta ningún otro hecho de violencia doméstica ni antes ni después y los menores, además de

mantener un rendimiento escolar óptimo, identifican entornos familiares gratificantes, sintiéndose estimados y cuidados por ambos progenitores», según recoge el propio informe del EATAF.

Informe pericial del EATAF qué, además, establece en sus argumentos que ambos progenitores tienen un conocimiento bastante amplio y detallado de las particularidades de los hijos, que se encuentran implicados en las diferentes esferas filiales, que cuentan con capacidades de organización, cuidado y atención adecuada hacia los niños y, que presentan capacidad afectiva y habilidades educativas y sociales que se adaptan a las necesidades de los hijos.

También ambos progenitores tienen una red familiar de soporte a la que los menores se encuentran vinculados afectivamente.

Al analizar la estructura familiar se concreta que la madre es la cuidadora principal de los hijos y les ofrece un cuidado y atención adecuada, pero que se detecta que su proyecto es *oponerse a la custodia compartida justificando su posicionamiento por su rol durante la trayectoria familiar y la desconfianza a ciertas actuaciones paternas: impuntualidad, no continuidad de las actividades extraescolares en el entorno paterno.*

Informe que, además, señala que el proyecto familiar de coparentalidad del padre es genuino y se centra en el deseo explícito de participar activamente en la cotidianidad de los hijos y que estos tengan los dos referentes. Su actividad laboral como empleado de banca le permite una flexibilidad horaria compatible con el cuidado y el respeto a la jornada laboral a tiempo completo, según certifica el banco para el que trabaja. Además, dispone de una vivienda en alquiler en la localidad de residencia de los menores.

#### IV. ANÁLISIS DE LA EXPRESIÓN: NO TODA VIOLENCIA DE GÉNERO IMPEDIRÁ EL ESTABLECIMIENTO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Ante el informe objetivo del AETAFA expuesto en el punto anterior, donde se analizan las posiciones del padre, la madre y los hijos... el Tribunal, en este caso la Audiencia, debe decidir. Y, lo hace, estimando el recurso y revoca la sentencia para *establecer una custodia compartida por semanas alternas, de lunes a lunes a la entrada del colegio*, es decir, confirma los deseos del padre, recurrente, que había sido condenado por maltrato físico hacia la madre.

Se basa la Audiencia en el informe señalado, pero sobre todo en el analizado precepto del libro segundo del CCCat relativo a la persona y la familia, el artículo 233-11.3, que exige *para la exclusión de la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista, que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas*. Y es clave el informe para concretar que en ningún momento el episodio de la violencia del padre hacia la madre en ningún momento recoge la afectación sobre los menores, «a pesar de haber sido elaborado con posterioridad», pero sobre todo que «en el presente litigio *no ha quedado probado* la afectación de los menores (por el hecho)».

Esto es, parece ser *que no ha quedado probado* que los menores no han sido víctimas ni directa ni indirectamente de la violencia del progenitor, pues como insiste el propio Tribunal, «se trata de un acto aislado de una importancia relativa o leve (condena por tipo atenuado del art. 153.4 CC), que más bien se inscribe en los problemas caracterológicos de ambos cónyuges, en la confrontación y la divergencia relacional».

Pero la expresión sobre la que es necesario detenerse es «No toda violencia de género impedirá el establecimiento de la custodia compartida, sino aquella en que los hijos hayan sido víctimas directas o indirectas de esos actos de violencia machista no solo por *no haber presenciado la comisión de los hechos sino también por haber quedado al margen de sus consecuencias*», aclara la Audiencia.

Mi duda se cierne sobre saber en *¿dónde queda*, entonces lo señalado por la doctrina del Tribunal Supremo, manifestado en varias sentencias — que recogemos a continuación— donde se afirma que *la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto, situación del todo imposible cuando el progenitor paterno se encuentra inmerso en un procedimiento...?*

Entendemos que se trata, las de la Audiencia de Tarragona, de dos sentencias aisladas que no van a ser seguidas, o, por el contrario, ¿cabría pensar que va a iniciarse una jurisprudencia menor al margen del criterio sostenido por el Tribunal Supremo?, o incluso ¿podrían tener un efecto rebrote entre otras sentencias de las demás Audiencias Provinciales?

Pues, en la escala de grises en las que se mueve el Derecho, habrá que estar, como siempre, al caso concreto, habrá que estudiar cada supuesto de hecho.

Pero... ¿qué ocurrirá si, como parece que ha ocurrido en este caso, *no queda probado, o se pasa por alto la real afectación en los menores del episodio de violencia*? Recordemos las palabras de la propia sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona que señala que «en el presente litigio no ha quedado probado la afectación de los menores (por el hecho)».

No obstante, recientemente la STS de 31 de mayo de 2021, que conoce el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal en interés de la menor, y, relativa a un divorcio contencioso con violencia de género, donde el Tribunal Supremo frente a lo que había establecido la SAP de Córdoba recurrida, *no otorga la guardia y custodia compartida dado que resulta que el demandado no ha sido simplemente denunciado por violencia de género, mediante la atribución de unos hechos que debieran ser objeto de investigación para determinar su existencia y realidad, sino que se encuentra, en términos del artículo 92.7 del Código Civil, incurso en un proceso penal en condición de investigado y con respecto al cual el juez de Violencia de Género dicta auto en el que aprecia indicios de criminalidad con respecto a la comisión por su parte del delito del artículo 153.1 del CP, por haber agredido a la que entonces era su mujer*<sup>16</sup>.

El Tribunal Supremo señala que los argumentos de la sentencia de la Audiencia no son convincentes, puesto que el convenio regulador no fue ratificado por la esposa. Los malos tratos y la existencia de la denuncia penal fueron objeto de prueba en el procedimiento civil, por lo que no es trascendente que no se hiciera relación a ellos en la demanda, en la que precisamente se solicita la custodia materna.

Sentencia que además señala, con total rigurosidad, y a mi juicio, acertadamente, que «la exploración de la menor fue examinada por este tribunal en los términos reseñados, y su manifestación de que desea comunicarse con su padre y con su madre, no implica que su interés lo constituya, en este caso, hacerlo bajo un régimen de custodia compartida».

Y más aún su conclusión, pues rotundamente señala que *las relaciones entre los litigantes se encuentran muy gravemente deterioradas, incluso la actora ejercita la acción penal contra el que fue su marido en el procedimiento criminal seguido contra su persona, por lo que el coparentig, relaciones entre los progenitores con respecto al cuidado y atención de sus hijas, es de muy mal pronóstico*. Las situa-

ciones fácticas no son irreversibles, sino que deben adaptarse al interés superior de la menor y a las disposiciones legales.

También la STS de 29 de marzo de 2021<sup>17</sup> se refiere a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la guarda y custodia compartida y tras existir una condena del esposo por amenazar a su pareja y a la familia de esta y la prohibición de comunicación, impiden la adopción del sistema de custodia compartida, dado que el mismo requiere una relación razonable que permita el intercambio de información y un razonable consenso en beneficio de los menores, que aquí brilla por su ausencia.

Esta STS tuvo su origen en interés casacional puesto que se recurre una sentencia que se opone a la doctrina jurisprudencial del artículo 477.3 de la LEC, y ello porque la SAP<sup>18</sup> contradice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo recogida en diversas sentencias y que recoge que «*para la adopción del sistema de custodia compartida se exige una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes; y, una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de ambos progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad*».

Y donde el Ministerio Fiscal, señaló que, «en atención al interés preferente de la menor, solicitó que el recurso de casación fuera estimado, toda vez que, en síntesis, de la lectura de la sentencia del juzgado de lo penal consta como la conducta del demandado es de desprecio y humillación de la demandante, con manifestaciones ofensivas para ella en presencia de la niña, que afectan gravemente a su proceso de formación y a un mínimo clima de entendimiento entre los padres que se pueda trasladar a la pequeña. Con base en ello, se entendió que no existen las condiciones exigibles de cooperación entre los progenitores para un desarrollo adecuado de la guarda y custodia compartida, pues en las circunstancias expuestas la niña sufriría las consecuencias del enfrentamiento entre sus padres».

Concluyendo que «en el caso presente, ... (nos encontramos) ante un patrón de conducta prolongado en el tiempo, que constituye una expresión inequívoca de desprecio y dominación del demandado sobre la actora, que trasciende al demérito de la misma delante de la hija común, con palabras directamente dirigidas a la menor sobre la valoración que su padre tiene de su madre, claramente vejatorias y manifiestamente dañinas para el ulterior desarrollo de la personalidad de la pequeña. El padre proyecta sobre la menor su problemática de pareja y un comportamiento constitutivo de violencia doméstica elevado a la condición de delito. Así resulta claramente de la declaración de hechos probados de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, que impone además al demandado una orden de alejamiento con respecto a la recurrente.

Es, por ello, que las circunstancias expuestas y el mal pronóstico de *coparenting*, es decir la forma en que los padres deben coordinar el cuidado de los hijos, en un régimen de máxima colaboración como es el propio de la custodia compartida, determina que no se considere procedente el fijado por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial».

Ambas sentencias se sustentan en la doctrina mantenida en larga trayectoria jurisprudencial. Como en la Sentencia de 17 de enero de 2017, donde el Tribunal Supremo sostuvo que «a la vista de esta doctrina, debemos declarar que *la condena del esposo por amenazar a su pareja y a la familia de esta y la prohibición de comunicación*, impiden la adopción del sistema de custodia compartida, dado que *el mismo requiere una relación razonable que permita el intercambio de infor-*

mación y un razonable consenso en beneficio de los menores, que aquí brilla por su ausencia, por lo que procede desestimar el recurso de casación»<sup>19</sup>.

El mismo criterio se había mantenido en la STS de 26 de mayo de 2016, donde también existía un supuesto caso de violencia doméstica, y donde el juzgador afirmó que «Partiendo de delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, *es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia*, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente»<sup>20</sup>.

Y también en la STS de 11 de febrero de 2016, que concreta que «la custodia compartida conlleva como *premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional* y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad»<sup>21</sup>.

Y, finalmente en la STS de 12 de abril de 2016<sup>22</sup>, que afirmó que «La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial ... como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales... Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario».

Fue la STS de 4 de febrero de 2016<sup>23</sup>, donde se *declara incompatible la custodia compartida con la condena de uno de los cónyuges por delito de amenazas* en el ámbito familiar y estima el recurso de una madre contra la decisión de la Audiencia de Vizcaya de acordar el régimen de custodia compartida de los dos hijos menores de la pareja.

La STS, Sala Primera de 16 de febrero de 2015<sup>24</sup> que, en contra de lo anterior, señala que las divergencias razonables entre los padres no impiden la custodia compartida del menor y concede la custodia compartida solicitada por el padre porque fomenta la integración del menor con ambos padres. La Sala declara que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor; que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Y todo ello porque con el sistema de custodia compartida:

- a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.



- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia».

La STS de 21 de octubre de 2015<sup>25</sup> que con contundencia ya establece que para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario. Y, afirma que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres «exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad».

O la STS de 29 de abril de 2013<sup>26</sup> donde el Supremo fija doctrina sobre los requisitos a valorar para adoptar, en interés del menor, el régimen de guarda y custodia compartida<sup>27</sup>.

En conclusión, toda la jurisprudencia, de la Sala Primera, gira en torno a la necesidad de que el régimen de custodia compartida debe ser conveniente para el interés y beneficio del menor, donde *se requiere entre los progenitores una intensa colaboración y un modelo de respeto recíproco que además sirva de ejemplo o pauta de actuación para el menor* que, puede no darse por el comportamiento previo de la condena del padre.

## V. LA VALORACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN TODO CASO

La Audiencia de Tarragona, en esta sentencia señala que el interés primordial de los menores aconseja el establecimiento de una guarda compartida como modelo que asegure continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores y calificar de inaceptable la actitud materna de oposición frontal a la coparentalidad como proyecto familiar. Insiste la Sala en declarar que la presente resolución «mira al futuro» y este pasa «por lo que más convenga a los menores».

Debemos recordar lo que es el *interés superior del menor*: principio prevalente que se consagra como directriz básica en toda la legislación de menores y en la jurisprudencia<sup>28</sup>. Se concreta relacionándolo con el respeto a los derechos fundamentales del niño consagrados en la Convención sobre los derechos del niño de 1989<sup>29</sup>. Principio concretado en el actual artículo 2 LOPJM, que ha incorporado tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como los criterios de la Observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño.

En definitiva, el interés del hijo debe funcionar como principio básico y prevalente para atribuir la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o de pareja.

Pero en este fallo la Audiencia Provincial de Tarragona ha impuesto *una custodia compartida por semanas alternas, de lunes a lunes a la entrada del colegio* con el continuo cambio de casa y de progenitor en semanas alternas, lo cual va a suponer en el mejor de los casos un *estudio continuo* sobre todo para los progenitores (suponemos que de por sí enfrentados al existir una condena penal previa) y, para todos los miembros de las familias, que deben habituarse a la nueva convivencia establecida siempre en función del interés superior de los menores...

Otra cuestión que me preocupa es que el principio prevalente del interés de los menores, debe interpretarse y armonizarse con otros criterios supletorios que orienten la decisión del tribunal al atribuir la guarda y custodia alternativamente a ambos progenitores, como en este caso. En tal supuesto, el artículo 92. 6.º y 8.º del Código Civil refuerza la intervención del Ministerio Fiscal en el ámbito de la patria potestad en los procesos matrimoniales ampliando los cauces de actuación de dicha institución (vid. arts. 749 LEC 1/2000, 9.3 y 10.2, apdo. b, LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor; 158 y 174 del Código Civil y 6 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores), y, ¿en este caso qué ha dicho? ¿Se ha mostrado partidario? Tal y como se establece de pasada en la propia Sentencia de 28 de julio de 2021, el Ministerio Fiscal se mostró contrario al recurso de apelación presentado por el progenitor, sin más. En este caso en primera instancia se estableció la custodia a la madre, siendo el progenitor el que solicitó la custodia compartida en apelación.

La duda estriba en si los menores objetos de discusión pueden cumplir sus expectativas de vida según los criterios anteriores *pese a no haber probado en el procedimiento que el episodio por el que el progenitor fue condenado pese a que en este procedimiento no se ha probado la influencia en los menores... puede suponer el otorgamiento de la custodia compartida...*<sup>30</sup>.

En el caso de la SAP de 13 de octubre de 2021, sí que se señala que pese a haber sido condenado el progenitor a un delito de acoso sobre la madre, la sentencia considera que la conflictividad entre ambos no influye en las menores, tal y como resulta de los informes de los equipos psicosociales. Y como en el caso anterior el Ministerio Fiscal se opone sin más al recurso, en este caso planteado por la madre que se mostró contraria a la custodia compartida establecida desde el principio.

## VI. CONCLUSIONES

I. El título III de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia recoge en su *capítulo I la obligación por parte de la Administración General del Estado de disponer de una Estrategia de erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia, con especial incidencia en el ámbito familiar*.

Pero, además, el capítulo III de la Ley establece medidas destinadas a favorecer y adquirir tales habilidades, siempre desde el punto de vista de la individualización de las necesidades de cada familia y *dedicando una especial atención a la protección del interés superior de la persona menor de edad en los casos de ruptura familiar y de violencia de género en el ámbito familiar*».

II. La reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo señala que en los supuestos en donde *las relaciones entre los litigantes se encuentren muy gravemente deterioradas, incluso, donde la actora ejercitó la acción penal contra el que fue su marido en el procedimiento criminal seguido contra su persona, relaciones entre los progenitores con respecto al cuidado y atención de sus hijas, es de muy mal pronóstico, impensable para establecer supuestos de custodia compartida*.

III. Pese a todo, el juzgador tarraconense, tras solicitar los informes de la AETAFA, y conocer que la condena penal del progenitor, en un supuesto originando *un delito de maltrato de obra atenuado sobre la mujer*, con una pena de 21 días de trabajo para la comunidad y 1 año y un mes de prohibición de aproximación o comunicación con la esposa..., y, en el otro supuesto de un delito de acoso, se decanta por otorgar la custodia compartida... alegando en ambos casos el interés



superior de los menores, habiéndose, además, mostrado contrario el Ministerio Fiscal... y sin establecer ninguna cautela futura que afiance la preeminencia de ese futuro interés superior.

IV. Criterios que claramente chocan con lo dispuesto en el espíritu de la Ley que desde su exposición de motivos reiteradamente exige un análisis de riesgos en las familias, que permita definir los objetivos y las medidas a aplicar si existe violencia.

## VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- Pleno de la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre de 2012 tras la cuestión de inconstitucionalidad 8912-2006, planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en relación con el artículo 92.8 del Código Civil, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8 de julio.
- Tribunal Supremo Sala Primera, 31 de mayo de 2021. Número Sentencia: 372/2021 Número Recurso: 5288/2020. Ponente: José Luis SEOANE SPIEGELBERG. TOL8.463.907. ECLI: ES:TS:2021:2255.
- STS Sala Primera, 175/2021, de 29 de marzo. Número Sentencia: 172/2021 Número Recurso: 4734/2018. Ponente: Numroj: STS 1266:2021. TOL8.397.295. Ecli: ES:TS:2021:1266.
- STS, Sala Primera, de 17 de enero de 2017. Número Sentencia: 23/2017 Número Recurso: 3299/2015. Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 161:2017. Ecli: ES:TS:2017:161.
- STS, Sala Primera, de 26 de mayo de 2016. Número Sentencia: 350/2016 Número Recurso: 2410/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Ecli: ES:TS:2016:2304. TOL5.737.246.
- STS, Sala Primera, de 12 de abril de 2016. Número Sentencia: 242/2016. Número Recurso: 1225/2015. Numroj: STS 1636:2016. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS Ecli: ES:TS:2016:1636. TOL5.694.327.
- STS de 11 de febrero de 2016. Número Sentencia: 51/2016 Número Recurso: 326/2015. Numroj: STS 437:2016. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Ecli: ES:TS:2016:437. TOL5.645.202.
- STS, Sala Primera, de 4 de febrero de 2016, Número Sentencia: 36/2016 Número Recurso: 3016/2014. Numroj: STS 188:2016. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Ecli: ES:TS:2016:188.
- STS, Sala Primera, de 21 de octubre de 2015. Número Sentencia: 585/2015 Número Recurso: 1768/2014. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 4442:2015. Ecli: ES:TS:2015:4442. TOL5.544.777.
- STS, Sala Primera, de 29/04/1913. Número Sentencia: 257/2013 Número Recurso: 2525/2011 Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. TOL3.711.046.
- STSJC 29/2017, sala de lo civil y penal (secc. 1.ª), 1 de junio de 2017. Ponente: José Francisco VALLS GOMBAU. Número Sentencia: 29/2017 Número Recurso: 205/2016. Numroj: STSJ CAT 3650:2017. Ecli: ES:TSJCAT:2017:3650. TOL6.204.921.
- STSJC, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª de 28 de septiembre de 2016. Ponente: José Francisco VALLS GOMBAU. Número Sentencia: 73/2016. Número Recurso: 95/2015. Numroj: STSJ CAT 8257:2016. Ecli: ES:TSJCAT:2016:8257. TOL5.866.951.

- STSJC, Sala de lo Civil y Penal (secc. 1.<sup>a</sup>) 19 de mayo 2014. Ponente: Juan Manuel ABRIL CAMPOY. Número Sentencia: 35/2014. Número Recurso: 20/2013. TOL4.462.908.
- STSJC, Sala de lo Civil y Penal (secc. 1.<sup>a</sup>) de 9 de enero de 2014. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGUES. Número Sentencia: 2/2014 Número Recurso: 95/2013. TOL4.098.596.
- STSJC, Sala de lo Civil y Penal (sección 1.<sup>a</sup>) de 3 de marzo de 2010 Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número Sentencia: 9/2010. Número Recurso: 152/2008. TOL1.861.743.
- SAP de Tarragona de 13 de octubre de 2021. Sección 1.<sup>a</sup>. Número Sentencia: 651/2021 Número Recurso: 631/2021. Numroj: SAP T 1599/2021. Manuel Horacio GARCÍA RODRÍGUEZ. Ecli: ES:APT:2021:1599. TOL8.691.749 (en este supuesto y por sentencia de 14 de junio de 2019 se condenó al demandado por actos).
- SAP de Tarragona de 28 de julio de 2021. Sección: Primera. Número Sentencia: 546/2021. Número Recurso: 551/2021. Numroj: SAP T 1409/2021. Ecli: ES:APT:2021:1409. Ponente: Manuel Horacio GARCÍA RODRÍGUEZ TOL8.652.841.

#### VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Código Civil.
- La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. «BOE» núm. 134, de 5 de junio de 2021.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015.
- Código Civil de Cataluña. Artículo 233.11,3.

#### NOTAS

<sup>1</sup> SAP de Tarragona de 28 de julio de 2021. Sección: Primera. Número Sentencia: 546/2021. Número Recurso: 551/2021. Numroj: SAP T 1409/2021. Ecli: ES:APT:2021:1409. Ponente: Manuel Horacio GARCÍA RODRÍGUEZ TOL8.652.841.

A la que este mismo año han seguido otras en el mismo sentido como la SAP de Tarragona de 13 de octubre de 2021. Sección 1.<sup>a</sup>. Número Sentencia: 651/2021 Número Recurso: 631/2021. Numroj: SAP T 1599/2021. Manuel Horacio GARCÍA RODRÍGUEZ. Ecli: ES:APT:2021:1599. TOL8.691.749 (en este supuesto y por sentencia de 14 de junio de 2019 se condenó al demandado por actos de violencia familiar de acoso pese a lo cual se establece una custodia compartida por semanas alternas).

<sup>2</sup> La Audiencia Provincial de Tarragona estima acreditado que, en diciembre de 2017, ante la falta de acuerdo entre los progenitores sobre el lugar donde se tenía que cambiar la hija para un evento que se celebraba en la población, la madre, sin previo aviso ni conformidad del padre —que disfrutaba del tiempo de estancias con los menores—, cogió a ambos hijos y se los llevó al domicilio de los abuelos maternos. Durante el trayecto y mientras la madre caminaba con los hijos hacia este lugar, el padre que iba detrás de ellos, empujó en el pecho a su cónyuge. Tras ello, ya en el interior del domicilio de los abuelos, en presencia de ellos se fue hacia la esposa, que en aquellos momentos se encontraba de pie cambiando a la niña, y le propinó un nuevo empujón con la mano derecha en el pecho, que la hizo retroceder y golpearse contra la pared.

*Hechos que merecieron el reproche penal, tanto en el Juzgado como por la Audiencia Provincial de Tarragona y la condena del progenitor, como autor de un delito de maltrato de obra atenuado sobre la mujer.*

<sup>3</sup> Además de atribuir el uso de la vivienda familiar a la progenitora y a los dos hijos y se fijó una pensión de alimentos a cargo del padre de 250 euros por cada uno de los menores.

<sup>4</sup> «BOE» núm. 134, de 5 de junio de 2021.

<sup>5</sup> Afirma que «Desde una perspectiva didáctica, otorga una prioridad esencial a la prevención, la socialización y la educación, tanto entre las personas menores de edad como entre las familias y la propia sociedad civil. La norma establece medidas de protección, detección precoz, asistencia, reintegración de derechos vulnerados y recuperación de la víctima, que encuentran su inspiración en los modelos integrales de atención identificados como buenas prácticas a la hora de evitar la victimización secundaria».

<sup>6</sup> Recordemos que este apartado fue modificado por el Pleno de la Sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012 tras la cuestión de inconstitucionalidad 8912-2006, planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en relación con el artículo 92.8 del Código Civil, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8 de julio. «BOE» núm. 274, de 14 de noviembre de 2012.

<sup>7</sup> Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015.

<sup>8</sup> Firmado por España el 12 de marzo de 2009 y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 12 de noviembre de 2010.

<sup>9</sup> STSJC, Sala de lo Civil y Penal (sección 1.ª) de 3 de marzo de 2010 Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número Sentencia: 9/2010. Número Recurso: 152/2008. TOL1.861.743.

<sup>10</sup> STSJC, Sala de lo Civil y Penal (secc. 1.ª) de 9 de enero de 2014. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGÚÉS. Número Sentencia: 2/2014 Número Recurso: 95/2013. TOL4.098.596.

<sup>11</sup> STSJC, Sala de lo Civil y Penal (secc. 1.ª) 19 de mayo de 2014. Ponente: Juan Manuel ABRIL CAMPOY. Número Sentencia: 35/2014. Número Recurso: 20/2013. TOL4.462.908.

<sup>12</sup> STSJC, Sala del Civil y Penal, sección 1.ª de 28 de septiembre de 2016. Ponente: José Francisco VALLS GOMBAU. Número Sentencia: 73/2016. Número Recurso: 95/2015. Numroj: STSJ CAT 8257:2016. Ecli: ES:TSJCAT:2016:8257. TOL5.866.951

<sup>13</sup> STSJC 29/2017, Sala de lo Civil y Penal (secc. 1.ª), 1 de junio de 2017. Ponente: José Francisco VALLS GOMBAU. Número Sentencia: 29/2017 Número Recurso: 205/2016. Numroj: STSJ CAT 3650:2017. Ecli: ES:TSJCAT:2017:3650. TOL6.204.921. Afirma que: «Y en el caso examinado, la constancia de dicha violencia indirecta se desprende, como se declara en la sentencia recurrida, por la afectación de la madre que, a su vez, se declara lo ha sido a la menor Eva y aun cuando no se encontrara presente en el rellano de la escalera. Téngase presente que el progenitor se dirigió —tras dos años de haber obtenido el divorcio— al domicilio de la madre y dada la trascendencia de los hechos, hora y notoriedad, a las 22,30 horas, que fue presenciada por tercera persona que acudió en su auxilio, así como las palabras proferidas comportan que debemos ratificar la decisión de la Audiencia ya que a Eva aun cuando no lo haya exteriorizado en el ámbito escolar, resulta lógica la inferencia realizada por la Sala que no sea insensible ante una amenaza mortal a la madre por el menosprecio y repulsa que ello comporta. Y el dato de que no se hayan producido, desde entonces, y hasta el presente incidentes reseñables no significa que por ello deba ya rechazarse que no le haya afectado sino que la normalidad de la conducta impone que continúe no existiendo incidentes, pues, de lo contrario, los efectos podrían ser más desfavorables para el recurrente».

<sup>14</sup> En la sentencia se afirma que «no toda violencia de género impedirá el establecimiento de la custodia compartida, sino aquella en que los hijos hayan sido víctimas directas o indirectas de esos actos de violencia machista no solo por no haber presenciado la comisión de los hechos sino también por haber quedado al margen de sus consecuencias, al no haberles llegado los efectos a través del trauma causado a la madre, tal y como ha matizado la STJC 29/2017, de 1 de junio».

<sup>15</sup> Dictamen de especialistas debidamente cualificados relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de menores (art. 92.9 CC) y

conveniencia de que los hermanos no se separen (art. 92.5 CC). Vid. SSTS 433/2016, de 27 de junio; 6 y 24 de abril de 2018.

En la STS de 24 de abril de 2018, el Tribunal Supremo estima el recurso del padre y fija la custodia compartida a pesar del informe psicosocial contrario, al respecto señala la citada STS en su FJ2: «Tiene declarado la Sala que las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien la Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos (Sentencias 135/2017, de 28 de febrero, 296/2017, de 12 de mayo, entre otras)».

<sup>16</sup> TS Sala Primera 31 de mayo de 2021. Número Sentencia: 372/2021 Número Recurso: 5288/2020. Ponente: José Luis SEOANE SPIEGELBERG. TOL8.463.907. ECLI: ES:TS:2021:2255.

El Tribunal Supremo no otorga la guarda y custodia compartida dado que resulta que el demandado no ha sido simplemente denunciado por violencia de género, mediante la atribución de unos hechos que debieran ser objeto de investigación para determinar su existencia y realidad, sino que se encuentra, en términos del artículo 92.7 del Código Civil, incurso en un proceso penal en condición de investigado y con respecto al cual el juez de Violencia de Género dicta auto en el que aprecia indicios de criminalidad con respecto a la comisión por su parte del delito del artículo 153.1 del Código penal, por haber agredido a la que entonces era su mujer.

El fundamento de derecho primero recoge los hechos que han resultado ser muy parecidos a los de la sentencia objeto de análisis de la señalada STS señala que el demandado interpuso recurso de apelación que correspondió a la sección primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, que dictó Sentencia de 25 de junio de 2020, la cual revocó la dictada por el Juzgado, acordando una custodia compartida, con periodicidad semanal, en la que cada progenitor se haría cargo de los alimentos de las hijas cuando convivieran con ellas, y todo ello en función, en síntesis, de los argumentos siguientes: i) que *el padre se encontraba incurso en un proceso penal por delito de lesiones, sin que presente los elementos propios de una situación de violencia de género*, considerando que la conducta es subsumible en un delito de lesiones previsto y penado en el artículo 153.1 Código penal y, ii) que viene referido a un *suceso caecido el 26 de enero de 2018, admitido y aislado que no impidió que desde la separación de hecho en marzo de 2018, ambos progenitores acordaran una guarda y custodia compartida, que se ha desarrollado con normalidad*; iii) que *cuando se presenta la demanda el 22 de julio de 2018 no se refiere ningún maltrato, y en la contestación se indica que se presentó una previa demanda de divorcio de mutuo acuerdo, que se archivó por no ratificarse la esposa y madre, en la que ambos pactaron una custodia compartida*; iv) de la exploración de la *hija menor —que entonces tenía 15 años— resulta que manifestó que le gustaría estar con ambos progenitores*; vi) que no se ha cuestionado la capacidad de los progenitores para ejercer una custodia responsable, ni tampoco la aptitud del padre para ejercer tal cometido, ni la vinculación afectiva con sus hijas.

<sup>17</sup> STS Sala Primera, 175/2021, de 29 de marzo. Número Sentencia: 172/2021 Número Recurso: 4734/2018. Ponente: Numroj: STS 1266:2021. TOL8.397.295. Ecli: ES:TS:2021:1266.

<sup>18</sup> Sentencia que concretó que «la Audiencia considera que el interés y beneficio de la menor se concilia mejor con el establecimiento de un régimen de comunicación de tal clase, bajo el razonamiento de que una situación de tensión o desencuentro entre los progenitores no tiene que influir en relación con la menor. Se sostuvo que, con respecto al procedimiento penal pendiente por delito de vejaciones injustas y maltrato psíquico en el ámbito de la violencia de género, no había condena penal, solo indicios racionales de delito, y que no se habían adoptado medidas cautelares. *El resultado de dicho procedimiento no tenía que influir en las relaciones padre e hija. En definitiva, se concluyó que la regla general es la custodia compartida, por la que además se inclina el informe psicosocial.*

<sup>19</sup> STS, Sala Primera, de 17 de enero de 2017. Número Sentencia: 23/2017 Número Recurso: 3299/2015. Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 161:2017. Ecli: ES:TS:2017:161

<sup>20</sup> STS, Sala Primera, de 26 de mayo de 2016. Número Sentencia: 350/2016 Número Recurso: 2410/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Ecli: ES:TS:2016:2304.

TOL5.737.246. El Tribunal Supremo revoca la custodia compartida a un padre que tenía «falta total de respeto» a la madre. La sentencia recuerda además que al padre le había sido incoado por la vía penal auto de procedimiento abreviado (no firme) por coacciones a su mujer en el que se concretan los indicios existentes de un delito de violencia doméstica.

<sup>21</sup> STS de 11 de febrero de 2016. Número Sentencia: 51/2016 Número Recurso: 326/2015. Numroj: STS 437:2016. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Ecli: ES:TS:2016:437. TOL5.645.202.

«El hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia. Partiendo de ello, no apreciamos en autos factores que permitan entender que los progenitores no podrán articular medidas adecuadas en favor de sus hijos, sobre los que ya han sabido tomar acuerdos de consuno».

<sup>22</sup> STS, Sala Primera, de 12 de abril de 2016. Número Sentencia: 242/2016. Número Recurso: 1225/2015. Numroj: STS 1636:2016. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS Ecli: ES:TS:2016:1636. TOL5.694.327.

<sup>23</sup> STS, Sala Primera, de 4 de febrero de 2016, Número Sentencia: 36/2016 Número Recurso: 3016/2014. Numroj: STS 188:2016. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Ecli: ES:TS:2016:188. Afirma que «La parte recurrida conoce, lógicamente, la sentencia, y ha tenido ocasión de hacer las alegaciones pertinentes sobre la misma al oponerse al recurso. Manifiesta que «se arrepiñó de sus actos inmediatamente, motivo por el que asumió su responsabilidad mostrando su conformidad con la acusación del Ministerio Fiscal. Y, consciente de que aquel hecho se había producido por su estado de ansiedad y depresión, acudió a la consulta de un psiquiatra para tratar esos problemas».

Pero sus razones no pueden dejar sin respuesta hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada. Es doctrina de esta Sala (SSTS de 29 de abril de 2013; 16 de febrero y 21 de octubre de 2015), que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos».

<sup>24</sup> Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Número Sentencia: 96/2015 Número Recurso: 890/2014. TOL4.751.653.

<sup>25</sup> STS, Sala Primera, de 21 de octubre de 2015. Número Sentencia: 585/2015 Número Recurso: 1768/2014. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 4442:2015. Ecli: ES:TS:2015:4442. TOL5.544.777.

<sup>26</sup> Presupuestos que han de concurrir y valorarse para que pueda adoptarse, en interés del menor, el régimen de guarda y custodia compartida. Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar; que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92

no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

<sup>27</sup> STS, Sala Primera, de 29/04/1913. Número Sentencia: 257/2013 Número Recurso: 2525/2011 Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. TOL3.711.046.

<sup>28</sup> En el artículo 39.4 de la Constitución «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». En textos internacionales (Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 [art. 1.<sup>o</sup>), 4.b), 16.1.d), 21.1, 24]. En la Convención de los Derechos del Niño de 1989 [arts. 3.1.<sup>o</sup>, 9.1.<sup>o</sup>, 9.3.<sup>o</sup>, 18.1.<sup>o</sup>, 21, 37.c) y 40]. En la Resolución del Parlamento Europeo sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño. 8 de julio de 1992. En numerosos preceptos del Código Civil después de las reformas de Derecho de Familia de adaptación a la Constitución. En la legislación del Registro Civil. En Derecho comparado y leyes autonómicas de atención a la infancia.

<sup>29</sup> Derecho a la salud; derecho a la educación; derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; derecho a ser oído; derecho a la protección contra toda forma de perjuicio, abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación; derecho a no ser separado de sus padres salvo que sea necesario al interés del menor; derecho del niño impedido física o mentalmente a recibir cuidados especiales...

<sup>30</sup> Como la propia sentencia afirma al reseñar que «Y esto es lo que a nuestro juicio se echa de menos: la prueba de la afectación de los menores. El informe pericial del EATAF —único— ni siquiera menciona el hecho a pesar de haber sido elaborado con posterioridad y los menores no están afectados en modo alguno. Su actividad escolar se desarrolla con normalidad (coordinación con Escola DIRECCION001) y mantienen una relación afectiva y gratificante con ambos progenitores (EATAF)».

## 1.2. Derecho de Familia

# ¿Es la ocultación de la paternidad biológica un daño indemnizable?

## *Is concealment of biological fatherhood a compensable damage?*

por

MERCEDES TORRES MARCO  
*Graduado en Derecho*

**RESUMEN:** Las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 687/1999, de 22 de julio, y 701/1999, de 30 de julio, abrieron el debate sobre la posibilidad de indemnizar los daños morales derivados de la ocultación de la verdadera paternidad. Durante mucho tiempo, el fundamento de la responsabilidad extracontractual en el ámbito de las relaciones familiares ha sido el incumplimiento del deber de fidelidad, circunstancia que no se ajusta a los principios del actual Derecho de Familia ni a la función eminentemente resarcitoria de nuestro Derecho de daños, instituciones sobre las que subyace el objeto del presente trabajo y que son expuestas con carácter previo. A partir de ahí, es necesario analizar la disparidad de posturas jurisprudenciales y doctrinales a favor y en contra del reconocimiento de daños, fundamentalmente, morales, por ocultación de la verdadera paternidad, así como reconsiderar los planteamientos del Tribunal Supremo, en aras a responder a la pregunta de si la ocultación de la paternidad biológica constituye un daño moral indemnizable.

**ABSTRACT:** *Since the judgments of the Supreme Court 687/1999, of 22 July 1999, and 701/1999, of 30 July 1999, the debate on the possibility of compensating moral damages derived from the concealment of biological fatherhood was opened. For a long time, the basis of non-contractual liability in the sphere of family relations has been the breach of the duty of fidelity, a circumstance that does not conform to the principles of current family law nor to the eminently compensatory function of our tort law, institutions on which the object of the present study is based and which are set out beforehand. From that point, it is necessary to analyse the disparity of jurisprudential and doctrinal positions in favour and against the recognition of damages for concealment of biological fatherhood, as well as to reconsider the approaches of the Supreme Court, in order to answer the question of whether the concealment of biological fatherhood constitutes a compensable non-pecuniary damage.*

**PALABRAS CLAVE:** Ocultación de la paternidad. Responsabilidad civil. Daños morales. Filiación. Conducta dolosa o negligente de la madre.

**KEY WORDS:** *Concealment of fatherhood. Tort law. Non-pecuniary damages. Filiation. Wilful or negligent behaviour of the mother.*



**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LAS RELACIONES PATERNOFILIALES Y EL DERECHO DE DAÑOS: 1. LA FILIACIÓN: CONCEPTO Y CLASES. 2. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DERECHO DE DAÑOS.—II. EXPOSICIÓN DE LAS POSTURAS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE DAÑOS POR OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD BIOLÓGICA: 1. FUNDAMENTOS A FAVOR DEL RECONOCIMIENTO DE DAÑOS AL PROGENITOR POR OCULTACIÓN DE LA VERDADERA PATERNIDAD. A) *La ruptura del supuesto vínculo biológico*. B) *La actuación negligente de la madre*. 2. FUNDAMENTOS PARA RECHAZAR EL RECONOCIMIENTO DE DAÑOS POR OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD BIOLÓGICA. A) *La ausencia de conducta dolosa o negligente en la actuación de la madre*. B) *La imposibilidad de considerar un daño indemnizable la manutención del hijo*. C) *La dificultad de considerar un daño moral la declaración de que no es un hijo biológico*. D) *La prescripción de la acción del artículo 1902 del Código Civil y su dies a quo*.—III. VALORACIÓN CRÍTICA: ¿ES LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD UN DAÑO MORAL INDEMNIZABLE? 1. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DAÑO MORAL. 2. LA DIFICULTAD DE CUANTIFICAR EL DAÑO MORAL: BREVE REFERENCIA. 3. LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD COMO UN DAÑO MORAL INDEMNIZABLE.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LAS RELACIONES PATERNOFILIALES Y EL DERECHO DE DAÑOS

### 1. LA FILIACIÓN: CONCEPTO Y CLASES

La filiación es un acontecimiento con trascendencia jurídica que puede definirse como la relación *biológica* existente entre progenitores e hijos y de la que deriva la relación *jurídica* de filiación —paternidad y/o maternidad—, que enlaza con los derechos, deberes y funciones propios de las relaciones paternofiliales<sup>1</sup>. El principal efecto jurídico que tiene la declaración de filiación es la atribución, con carácter general, de la patria potestad de los progenitores (arts. 154 y 156 CC) y los deberes inherentes a ella<sup>2</sup>.

La reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, comportó un cambio en la concepción de la patria potestad, que ya no se presenta como el poder del padre sobre los hijos, sino como una función de ambos progenitores sobre los hijos menores de edad<sup>3</sup>. Esta responsabilidad parental comprende una serie de deberes y facultades que se ejercitan siempre en interés de los hijos<sup>4</sup>. Conforme al artículo 154 del Código Civil, les corresponde velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes<sup>5</sup>.

Nuestro sistema de filiación ha sido calificado como *realista*, pues, excepto en los casos de filiación adoptiva o cuando se han utilizado técnicas de reproducción asistida, se procura que la filiación jurídica coincida con la realidad biológica. De manera que, en virtud del *principio de veracidad*, existe la posibilidad de ejercitar las acciones de filiación, que permiten la determinación de los verdaderos orígenes biológicos, aceptándose, en nuestro ordenamiento jurídico, todos los tipos de prueba admitidos en Derecho y, en su caso, se permite impugnar la filiación previamente declarada o reclamar la no declarada.

Esta posibilidad fue ya reconocida en la Constitución española de 1978, pues el artículo 39.2 permite la libre investigación de la paternidad, que ha sido



después objeto de desarrollo en el artículo 767.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), admitiéndose una gran variedad de pruebas, incluidas las biológicas, para la determinación judicial de la verdadera filiación. No obstante, esta libre investigación de la paternidad exige que la demanda se plantee con un principio de prueba de los hechos en los que se funda la solicitud de determinación o impugnación de la filiación como requisito para su admisión a trámite, con el objetivo de evitar un uso malintencionado o torticero de este tipo de procedimientos. Por tanto, en la demanda, deben relatarse las circunstancias de las que pueda deducirse la existencia o no de la filiación demandada, citando, a modo de ejemplo, relaciones sexuales ocasionales con otras personas, convivencia de los cónyuges, posesión de estado, etc., así como acompañarse de los documentos que justifiquen ese principio de prueba o solicitar la práctica de pruebas que resulten admitidas en el proceso civil<sup>6</sup> o que se puedan practicar, incluso, en la vista oral<sup>7</sup>.

El *principio de libre investigación de la paternidad* está supeditado al *principio de interés y protección del hijo* —también consagrado en el artículo 39.2 de la Constitución española—. En otras palabras, se permite la libre investigación de la paternidad en atención a las obligaciones que los padres tienen para con sus hijos, pues los fines constitucionalmente protegidos que sustentan esta investigación son «*la protección integral de los hijos, la igualdad de estos ante la ley y el deber de asistencia de todo orden que compete a los padres respecto de sus hijos*» (QUICIOS MOLINA, 2014, 33)<sup>8</sup>.

Conforme al artículo 108 del Código Civil, la filiación puede determinarse por naturaleza y por adopción, distinguidas, respectivamente, por la existencia o no del hecho biológico, pero ambas surten los mismos efectos<sup>9</sup>. A su vez, la filiación por naturaleza puede ser matrimonial, cuando, en el momento del nacimiento, los progenitores están casados entre sí, pero también cuando contraen matrimonio con posterioridad —es la llamada *matrimonialización* de la filiación (art. 119 CC)— o no matrimonial, cuando los progenitores no están casados entre sí.

Esta distinción es importante a efectos del ejercicio de las distintas acciones de filiación, cuya regulación se contiene en los artículos 131 a 141 del Código Civil y 764 a 768 de la LEC, y que pueden ser definidas, como apunta el profesor LACRUZ MANTECÓN, como «*aquellas que tienen como objetivo el obtener de un órgano jurisdiccional una declaración acerca de la existencia o inexistencia de una filiación biológica*» (LACRUZ MANTECÓN, 2018, 139)<sup>10</sup>. Atendiendo a su finalidad y a las clases de filiación, existen cuatro tipos de acciones: de *reclamación* de la filiación matrimonial o no matrimonial y de *impugnación* de la filiación matrimonial o no matrimonial. Además, existe otro tipo, la *acción mixta*, para cuando se impugna y reclama en un mismo procedimiento la filiación.

En definitiva, la consecuencia no jurídica que genera que el juez declare que quien se tenía como padre no es el padre biológico es dejar sin efecto una relación familiar que se ha mantenido durante un periodo de tiempo de mayor o menor duración<sup>11</sup>. Es una situación en la que colisiona la estabilidad de las relaciones familiares y el derecho a la tutela judicial efectiva de la persona que descubre que quien creía su hijo no lo es realmente. Por tanto, vamos a fijar la mirada en la impugnación de la filiación en general, tanto matrimonial como no matrimonial, pues, como se ha mencionado, ambas producen los mismos efectos y la distinción solo es relevante a efectos de las distintas acciones reconocidas en el Código Civil. Este tipo de reclamaciones se produce, con frecuencia, en momentos de ruptura matrimonial o de separación de pareja —tras el descubrimiento de la infidelidad conyugal y, por tanto, la sospecha de que los hijos nacidos constante matrimonio

o convivencia de hecho no son de la pareja— y, en ocasiones, incluso después de años desde la materialización de la ruptura, en los que el progenitor ha estado abonando una manutención a favor del que consideraba su hijo.

Esta situación nos obliga a plantearnos si, efectivamente, el progenitor que ha considerado como hijo biológico a una persona que finalmente no lo es y que, como consecuencia de los deberes inherentes a la patria potestad, ha incurrido en una serie de gastos y sufre la ruptura de un vínculo emocional con quien consideraba que era su hijo, ha sufrido un «daño jurídicamente indemnizable», esto es, si tiene derecho a algún tipo de indemnización por parte de la progenitora que ha ocultado la no filiación al progenitor no biológico. Para poder abordar esta cuestión, resulta necesario realizar unas consideraciones previas sobre el Derecho de daños.

Ante todo, cabe señalar que nuestro Derecho de daños adolece de una cierta *asistematicidad* que, como se ha puesto de relieve por algunos autores, genera «*confusión, inseguridad jurídica, indefinición de conceptos y, por ello, insatisfacción de los ciudadanos a quienes se dirigen las normas*» (LLAMAS POMBO, 2020, 27-28)<sup>12</sup>. Al respecto, señala que desde hace varias décadas se viene reclamando la construcción de su propio sistema, en el que imperen principios y reglas comunes a cada tipo de responsabilidad —contractual, extracontractual y *ex delicto*—, sin perjuicio de que se establezcan reglas concretas y específicas para cada variante del fenómeno dañoso<sup>13</sup>.

## 2. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DERECHO DE DAÑOS

El daño puede definirse como el «*perjuicio que puede derivar del incumplimiento del contrato, o de la lesión causada a través de acciones u omisiones que tengan como base una intención de dañar*», o como «*aquellos daños ocasionados o que sean consecuencia del ejercicio de actividades que provocan un riesgo*» (ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, 2020, 17)<sup>14</sup>.

A nuestro objeto de estudio no resulta de aplicación la regulación de la responsabilidad civil contractual porque, por un lado, las obligaciones de las relaciones paternofiliales no derivan de un contrato entre las partes. Y, por otro, porque no hay ningún precepto que establezca un supuesto específico de indemnización por daños derivados del resultado de la acción de filiación, como sí se prevé, por ejemplo, con la indemnización de promesa de matrimonio (arts. 42 y 43 CC) o los supuestos de responsabilidad específicos previstos en la responsabilidad extracontractual, como la de los padres por los daños causados por sus hijos (art. 1903 CC) o la del poseedor de animales por los perjuicios que estos causen (art. 1905 CC). A ello se añade que los deberes conyugales no son coercibles, en el sentido de que no puede exigirse su cumplimiento forzoso<sup>15</sup>, pues en el Código Civil no se prevé ninguna consecuencia para el caso de su incumplimiento.

Son tres las funciones que, fundamentalmente, se atribuyen al Derecho de daños. En primer lugar, la función reintegradora o resarcitoria, sobre la base de que esta rama del Derecho pretende restablecer la situación alterada al mismo estado en que se encontraba antes de la producción del daño o resarcir el daño producido, pues nadie tiene la obligación de soportar los daños causados por otros. Se persigue compensar al perjudicado, reparar o enmendar un daño, ya sea mediante la reparación en forma específica o *in natura*, o mediante el pago de una indemnización, que, en todo caso, deberá adecuarse al daño concreto que pretende repararse —patrimonial o moral—<sup>16</sup>. La primera forma se dirige a borrar

los efectos del daño y la segunda, compensarlos mediante la determinación de una cantidad de dinero que permita a la víctima procurarse otras satisfacciones que permitan paliar el daño sufrido.

En segundo lugar, se alude a la función sancionadora o punitiva del Derecho de daños, que se ampara en que la obligación de reparar el daño causado supone una sanción a la contravención del principio *alterum non laedere* y en la distinción que hace el artículo 1107 del Código Civil, dentro de la responsabilidad civil contractual, entre el deudor doloso y el deudor de buena fe. Esta función, que encuentra su origen en los *punitive damages* del *Common law* —también conocidos como «daños punitivos»— está «dirigida a reprochar, reprimir o castigar los comportamientos dañosos una vez que estos han tenido lugar» (LLAMAS POMBO, 2020, 58)<sup>17</sup>. La atribución de esta función al Derecho civil constituye una invasión al Derecho penal y es descartada, con carácter general, por la doctrina.

Por último, la función disuasoria o preventiva del Derecho de daños se ampara en que la eventual obligación de reparar el daño tiene como objetivo último desalentar de la producción de un perjuicio, ya sea mediante la prohibición o la imposición de realizar determinadas conductas. Esta función es reclamada por un importante sector de la doctrina al fijar la mirada en la víctima en lugar de en el dañador, concediéndole a aquella un derecho subjetivo a la indemnidad. No obstante, es difícil llamar responsabilidad a algo distinto a la reparación del daño, pues la responsabilidad siempre es posterior; es decir, es la consecuencia jurídica de un daño, y la idea de prevención es anterior al mismo<sup>18</sup>.

Para que nazca en el agente dañoso la obligación de reparar el daño causado ex artículo 1902 del Código, es necesaria la concurrencia de dolo o culpa para atribuir el daño a un sujeto concreto<sup>19</sup>. Por ese motivo, el Derecho de daños español establece un sistema de responsabilidad subjetiva<sup>20</sup>, si bien, se está evolucionando hacia una cierta objetivación del Derecho de daños, que se describe de forma muy ilustrativa en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, Sección 1.ª) 924/2007, de 5 de septiembre<sup>21</sup>.

No obstante, esta objetivación no ha llegado a sustituir a la culpa como criterio de imputación del daño, que sigue siendo el principal, aunque no exclusivo y, por *ende*, la aplicación de los criterios de atribución de responsabilidad objetiva se limita a aquellos casos legalmente previstos, como por ejemplo, los supuestos de los artículos 1905 a 1910 del Código Civil —daños causados por animales y responsabilidad por cosas— o, fuera del mencionado texto normativo, los daños causados por la circulación de vehículos a motor<sup>22</sup>, por la energía nuclear<sup>23</sup> o la responsabilidad medioambiental<sup>24</sup>, entre otros<sup>25</sup>.

El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual es de un año (art. 1968 CC). No obstante, el principal problema que plantea este plazo es la determinación del inicio de su cómputo, pues hay casos en los que es difícil determinar el momento en que se conoció el daño, por ejemplo, en los daños continuados, cuestión que se tratará al estudiar los argumentos jurisprudenciales en contra del reconocimiento de daños morales en la impugnación de la paternidad.

Pero ¿qué daños deben repararse? Nuestro ordenamiento no recoge una lista cerrada de los intereses jurídicamente relevantes que no deben ser lesionados. Sin embargo, sí que se diferencian clases de daños en función de distintos criterios. Para nuestro estudio, interesa la distinción entre daños *materiales* y *morales*<sup>26</sup>. Los primeros recaen sobre bienes tangibles, afectando a la esfera patrimonial de la persona. Los segundos son definidos como el «sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona» (DÍEZ-PICAZO, 2000, 328-329)<sup>27</sup>.

La valoración de los daños morales es harto complicada, pues no se produce una exteriorización del perjuicio, ni el artículo 1902 del Código Civil ni la LEC establecen reglas para fijar el *quantum* indemnizatorio, por lo que es una facultad que corresponde al juzgador.

Una vez expuestas las cuestiones anteriores, vamos a valorar si el daño generado por la ocultación de la filiación que sufre el padre —no biológico— es o no indemnizable, para lo cual vamos a comenzar estudiando los argumentos que, a favor y en contra, se establecen en la jurisprudencia y en la doctrina y que servirán de base para realizar una valoración crítica sobre la cuestión.

El objeto de nuestro estudio no se circunscribe a nuestro país, sino que también se ha planteado en países de nuestro entorno con diferente sentido y alcance. Mientras que el Derecho alemán rechaza la utilización de las normas de responsabilidad extracontractual en el ámbito familiar porque su Derecho de familia cuenta con normas específicas que lo regulan (arts. 1359 y 1664 del Código Civil alemán), en el Derecho francés, la existencia de algunas normas que reconocen el derecho a reparar las consecuencias dañosas derivadas del divorcio, justifica que se plantee la posibilidad de indemnizar otros daños diferentes al amparo de la cláusula general de responsabilidad del artículo 1382 de su Código Civil. Del mismo modo, el Derecho italiano admite la aplicación de la cláusula general del artículo 2043 del Código Civil italiano al ámbito familiar a partir de la Sentencia del Tribunal de Casación de 26 de mayo de 1995. Por su parte, en el Derecho anglosajón, se observa una progresiva admisión de estos daños, rechazando el principio de inmunidad entre los cónyuges y reconociendo legitimación a cada uno de ellos para interponer acciones contra el otro por los daños ocasionados<sup>28</sup>.

Como adelanto, cabe mencionar que las primeras sentencias que plantean reclamaciones por el sufrimiento que la infidelidad conyugal implica, el daño moral derivado de la ocultación de la paternidad y el coste de los alimentos proporcionados a unos hijos que resultan no ser del marido son las del Tribunal Supremo 687/1999, de 22 de julio, y 701/1999, de 30 de julio. El artículo 1107 del Código prevé el resarcimiento de *todos* los daños causados por una acción dolosa y es el precepto que sirve de base para la exigencia de responsabilidad extracontractual en los supuestos que nos ocupan, a pesar de encontrarse el artículo en sede de responsabilidad contractual. Por tanto, es importante que se pruebe el comportamiento negligente o doloso por parte del responsable del daño —en este caso, la madre— para que se cumplan los requisitos de la acción resarcitoria.

## II. EXPOSICIÓN DE LAS POSTURAS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE DAÑOS POR OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD BIOLÓGICA

Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el daño moral por ocultación de la paternidad fueron las ya citadas Sentencias 687/1999, de 22 de julio, y 701/1999, de 30 de julio, en las que no se reconoció el derecho a la indemnización por daños morales. A partir de ahí, se han ido creando diversas corrientes en la jurisprudencia menor que admiten la posibilidad de indemnizar. Si bien, *a priori*, la Sentencia del Tribunal Supremo 629/2018, de 13 de noviembre, cercenó la puerta a la resarcibilidad de los daños morales por ocultación de la paternidad, lo cierto es que, con posterioridad a esta resolución, algunas Audiencias Provinciales, como la de Madrid, en su Sentencia (Sección 8.ª) 231/2019, de

24 de mayo, la ha reabierto de nuevo, de manera que podemos afirmar que el debate jurídico sobre la cuestión no ha concluido<sup>29</sup>.

En este apartado, se van a estudiar los distintos argumentos doctrinales y jurisprudenciales en los que se fundamenta el reconocimiento o no de la indemnización de daños morales por ocultación de la paternidad. En otras palabras, debemos analizar los argumentos sobre si es posible resarcir el perjuicio causado al progenitor no biológico por la vía de la responsabilidad civil. La doctrina tradicional<sup>30</sup> ha considerado que el Derecho de daños no debe invadir las relaciones familiares, de manera que debe desvincularse el daño moral del deber de fidelidad conyugal. Sin embargo, una doctrina más moderna ha ido desarrollando una incipiente conexión entre ambas disciplinas en los casos más graves, sin que pueda llegar a afirmarse como una generalización<sup>31</sup>. La razón que ha propiciado este cambio de criterio ha sido la evolución del concepto clásico de familia hacia una visión más moderna. Se configura un modelo «*basado en el principio de igualdad de los cónyuges y en el respeto de los derechos fundamentales e intereses legítimos de los miembros de la familia*» (PARDILLO HERNÁNDEZ, 2018, 1)<sup>32</sup>, además, «*se busca potenciar los derechos individuales de las personas en el ámbito familiar [...] y la autonomía privada en la determinación de las relaciones conyugales*» (BERROCAL LANZAROT, 2020, 1157)<sup>33</sup>.

#### 1. FUNDAMENTOS A FAVOR DEL RECONOCIMIENTO DE DAÑOS AL PROGENITOR POR OCULTACIÓN DE LA VERDADERA PATERNIDAD

En la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, se aprecia una línea favorable a la admisión de responsabilidad civil extracontractual *ex* artículo 1902 del Código Civil al constatar daños morales en la impugnación de la paternidad, si bien con pronunciamientos contradictorios sobre los criterios de imputación requeridos. Los motivos en los que amparan su estimación son, por un lado, la ruptura del supuesto vínculo biológico —Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.<sup>a</sup>) 597/2004, de 2 de noviembre, y 466/2007, de 5 de septiembre— y, por otro, la actuación *negligente* o *culpable* de la madre, ya sea por haber mantenido relaciones sexuales extramatrimoniales sin protección u ocultado la verdadera paternidad —Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18.<sup>a</sup>) 27/2007, de 16 de enero, Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8.<sup>a</sup>) 88/2014, de 16 de mayo— o *dolosa* en la ocultación de la verdadera filiación de forma continuada —Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1.<sup>a</sup>) 39/2009, de 30 de enero, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.<sup>a</sup>) 222/2014, de 9 de mayo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17.<sup>a</sup>) 261/2016, de 30 de mayo—.

Del mismo modo, un sector doctrinal<sup>34</sup> acepta la aplicación del Derecho de daños al ámbito familiar al considerar que el Derecho de familia «*no es un conjunto de normas absolutamente cerrado y de aplicación excluyente y exclusiva, sino que se puede aplicar el Derecho de daños, cuando estos efectivamente tengan lugar y proceder a su reparación*» (BERROCAL LANZAROT, 2020, 1156)<sup>35</sup>, además de que ningún precepto del Código Civil excluye tal posibilidad.

Así, el Tribunal Supremo admite por primera vez la aplicación del Derecho de daños en el ámbito familiar en su Sentencia 512/2009, de 30 de junio, considerando como daño la lesión del derecho al respeto de la vida familiar, que es un bien protegido constitucionalmente<sup>36</sup>. Reconoce, con carácter general, la resarcibilidad «*del daño moral sufrido por el progenitor, guardador o mero visitador, que ha sido*

*indebidamente privado de la compañía de sus hijos por el otro progenitor y, a su vez, sujeta la responsabilidad del progenitor incumplidor al régimen ordinario del artículo 1902 CC, sin exigir la concurrencia de dolo» (MARÍN GARCÍA, 2010, 5)<sup>37</sup>. Para algunos autores, esta sentencia supone una manifestación de la aceptación de la función punitiva de la responsabilidad extracontractual<sup>38</sup>.*

Asimismo, se reconoce la indemnización del daño moral, en estos casos, como una consecuencia jurídica del incumplimiento de los deberes conyugales de los artículos 67 y 68 del Código Civil. Para MARÍN GARCÍA DE LEONARDO<sup>39</sup>, el deber de fidelidad no es únicamente de carácter sexual y/o afectivo, sino que se trata de no traicionar en un sentido amplio<sup>40</sup>. Este sector doctrinal<sup>41</sup> considera los «deberes conyugales» como auténticos deberes jurídicos, cuyo incumplimiento puede ocasionar un daño resarcible teniendo en cuenta que, al haber sido eliminado su incumplimiento como causa de separación o divorcio, debe posibilitarse su resarcibilidad si no se quiere privar de su trascendencia jurídica<sup>42</sup>.

Respecto a los daños resarcibles, ya se ha hecho alguna referencia a que son objeto de indemnización los *daños morales* —que serán examinados de una forma más detallada al tratar la imposibilidad de considerar un daño moral la determinación de que no es un hijo biológico—. Aunque corresponde al juez su cuantificación atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, la doctrina y jurisprudencia han fijado algunos criterios para determinar el *quantum* indemnizatorio: «el número de hijos extramatrimoniales, los años que ha durado el engaño o la ocultación, el tiempo que ha perdurado la convivencia con el hijo o los hijos que creía suyos, la posibilidad o no de mantener un vínculo paternofilial con ellos en un futuro, y la gravedad de los daños» (BERROCAL LANZAROT, 2020, 1170)<sup>43</sup>. Si bien, en alguna ocasión, también han resultado resarcibles *daños patrimoniales* —reembolso de gastos pagados en concepto de alimentos, el coste de realización de la prueba de paternidad, o los tratamientos médicos y psicológicos derivados de la situación—.

#### A) La ruptura del supuesto vínculo biológico

Esta ruptura se produce cuando se resuelve el proceso de impugnación de la paternidad o de reclamación por el padre biológico, de forma que el punto de partida es una sentencia firme que declara una filiación inexistente. Como ya se ha indicado, este tipo de reclamaciones tiene lugar en momentos de separación de la pareja o del matrimonio —tras el descubrimiento de la infidelidad conyugal y, por tanto, la sospecha de que los hijos nacidos constante matrimonio o convivencia estable no son del marido o pareja— y, en ocasiones, incluso después de años desde la materialización de la ruptura, en los que el progenitor ha estado abonando una manutención a favor del que consideraba su hijo. Con este presupuesto, el marido entabla una acción de responsabilidad civil contra la madre en exclusiva o contra esta y el verdadero padre<sup>44</sup>.

El daño que genera la ruptura del supuesto vínculo biológico se subsume en un daño moral, que, a partir de la conceptualización que hizo la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 139/2001, de 22 de febrero, es definido como «dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece». Por tanto, ese dolor generado por la desaparición de tal vínculo se materializa en los diferentes padecimientos que sufre el marido como consecuencia de conocer que no es el padre biológico —entre otros, trastorno depresivo, ansiedad, o pérdida de actividad laboral—.



Una de las resoluciones más importantes en este punto es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 597/2004, de 2 de noviembre<sup>45</sup>, pues es la primera sentencia de la jurisprudencia menor que admite la indemnización de daño moral al amparo del artículo 1902 del Código Civil, rompiendo con el *principio de inmunidad en el ámbito de las relaciones familiares*<sup>46</sup>. La Audiencia Provincial valenciana considera negligente, la concepción de los hijos de forma extramatrimonial y, dolosa, la ocultación de la verdadera filiación al marido, fundamentando la estimación de la indemnización por daños morales en la ruptura del vínculo biológico. A pesar de que la sentencia de instancia considera que no puede equipararse la pérdida de la relación paternofilial a la muerte traumática de un hijo, por cuanto la impugnación de la paternidad no conlleva automáticamente la ruptura radical de los lazos afectivos, la sentencia de apelación sí que lo estima comparable, en el sentido de que la pérdida de los que consideraba sus hijos le ha generado un sufrimiento de entidad semejante a la pérdida física de estos (FJ10.<sup>o</sup>). El magistrado PÉREZ GÁLLEGO coincide con esta sentencia en que «ya no se dará un normal desarrollo de las relaciones afectivas y sociales, sino, por el contrario, la imposibilidad psicológica y social de que ello ocurra, al menos, hasta que todos los implicados, incluso los menores, superen el impacto emocional que la situación ha generado, pero que no alteraría el ya padecido» (PÉREZ GÁLLEGO, 2015, 151)<sup>47</sup>.

Es por eso por lo que, haciendo una interpretación *sensu contrario* de la Sentencia del Tribunal Supremo 687/1999, 22 de julio, aplica el artículo 1902 del Código Civil y condena al pago de una indemnización tras la valoración de los informes periciales aportados. Sin embargo, en este supuesto, lo que realmente está indemnizando no deja de ser un daño patrimonial porque cifra la indemnización del daño moral en «el coste de los tratamientos psicológicos o médicos, servicios de atención, etc». (FARNÓS AMORÓS, 2005, 7)<sup>48</sup>.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 27/2007, de 16 de enero, considera igualmente la ruptura del vínculo biológico como un daño indemnizable, pero de compleja valoración, pues afecta a un bien de difícil sustitución —la integridad psíquica del marido—. A este respecto, la profesora FARNÓS AMORÓS opina que quizás por ese motivo se tiende a equiparar a efectos indemnizatorios a la pérdida definitiva de un hijo<sup>49</sup>, unido al hecho de que, al no existir jurisprudencia sobre la materia, los tribunales suelen decidir con base en el rechazo social que este tipo de conductas generan.

#### B) *La actuación negligente de la madre*

Como consideración previa, es preciso diferenciar los distintos criterios de imputación de la responsabilidad que existen en nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado, el *dolo* es definido como la conciencia y voluntad de producir un resultado antijurídico. En el Derecho penal, se reconoce también el *dolo eventual*, cuando el sujeto ha previsto la posibilidad de que, junto al fin que persigue, se produzca un determinado efecto adicional lesivo, el cual asume, y cuyo posible riesgo acepta. Por otro, la *negligencia* es la omisión de la diligencia debida, ya sea por inacción, descuido o acción incorrecta, inadecuada o insuficiente, que implica incurrir en culpa.

Teniendo esto presente, en las demandas objeto de nuestro estudio, se considera *dolosa* la ocultación que hace la madre a su cónyuge o pareja estable de la verdadera paternidad, y *negligente* la forma de concepción, bien por no utilizar

métodos anticonceptivos o bien por utilizarlos, pero que no fuesen efectivos, así como mantener relaciones sexuales simultáneamente con el marido o pareja y con un tercero, de manera que, teniendo dudas sobre la paternidad, la madre —y, a veces, el progenitor biológico— no hacen nada para determinar la auténtica filiación. La representación de la posible paternidad de otro también podría equipararse al *dolo eventual*<sup>50</sup>. En todo caso, se trata de una responsabilidad de corte subjetivo.

La jurisprudencia menor tiende a admitir, si logra probarse la conducta dolosa de la esposa, la responsabilidad extracontractual y, por tanto, la indemnización por daño moral. Como la constatación del dolo plantea dificultades probatorias, hay Audiencias Provinciales que han relajado esta exigencia, considerando que basta una actitud negligente —como se verá seguidamente— para que proceda la indemnización. De esta forma, nos encontramos con pronunciamientos contradictorios sobre el criterio de imputación requerido.

La citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 597/2004, de 2 de noviembre, también se pronuncia sobre la negligencia en la concepción de los hijos, el dolo en la ocultación y la infidelidad no indemnizable. Considera negligente la actuación de la madre y del verdadero padre porque no actuaron con la diligencia necesaria para evitar tal procreación, y dolosa porque conocieron la verdad biológica en todo momento y la ocultaron al marido. La pretensión del demandante se estimó por alegar directamente el dolo y prescindir de la referencia al incumplimiento de los deberes conyugales de los artículos 67 y 68 del Código Civil, que no son coercibles. De esta forma, al existir un daño, una actuación negligente y dolosa y una relación de causalidad entre el daño y la conducta, nace la responsabilidad y la obligación de indemnizar. Además, dado que los daños que sufre el marido se consideran «*independientes respecto del interés en el mantenimiento del matrimonio y del respeto a sus reglas*» (FARNÓS AMORÓS, 2005, 8)<sup>51</sup>, no pueden quedar al margen de la responsabilidad, de manera que, tal y como apunta la sentencia, constituye «*una excepción a la regla general de inmunidad en el ámbito de las relaciones familiares y conyugales*» (FJ 8.º).

No obstante, algunos autores critican esta resolución por cuanto no resulta lógico que, si el daño moral consecuencia de la infidelidad conyugal no es indemnizable, se tenga en cuenta dicha infidelidad para valorar la indemnización<sup>52</sup>.

En la misma línea que la Audiencia Provincial de Valencia, se pronuncia también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 27/2007, de 16 de enero, determinando la responsabilidad de la madre por ocultación negligente de la paternidad. Por un lado, la sala rechaza que este tipo de reclamaciones tenga cabida en la responsabilidad contractual, dada la incoercibilidad de los deberes conyugales del artículo 68 del Código Civil y, en concreto, del deber de fidelidad. Anteriormente, el incumplimiento de los mismos era considerado legalmente una causa de separación o divorcio, pero, en la actualidad, no tiene ninguna relevancia jurídica<sup>53</sup>. Además, si se admitiese esta vía de reclamación, se incrementaría indiscriminadamente el número de demandas<sup>54</sup>. Por otro lado, exige la concurrencia de dolo en la madre para que sea subsumible en la responsabilidad extracontractual.

Atendiendo al contexto social y las circunstancias concurrentes, el tribunal considera que, si se ha actuado negligentemente, también es aplicable el artículo 1902 del Código Civil, estableciendo, por tanto, un concepto más amplio que el del dolo. En el caso enjuiciado, la negligencia consiste en no haber actuado con la diligencia debida al no haber tomado las medidas necesarias para determinar la verdadera paternidad, ya que podía sospecharse perfectamente que el



marido no era el padre biológico por haber mantenido relaciones sexuales extra-matrimoniales. De esta forma, la responsabilidad civil extracontractual nace de la ocultación de la paternidad biológica al marido y la indemnización «*pretende reparar un daño autónomo del que pueda haber causado la infidelidad, que no es indemnizable*» (FARNÓS AMORÓS, 2007, 20)<sup>55</sup>.

En esta sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona también equipara la ruptura del vínculo familiar con la pérdida definitiva de un hijo, entendiendo que el daño causado al demandante es subsumible en el concepto de daño moral dado por la Sentencia del Tribunal Supremo 139/2001, de 22 de febrero, valorándolo en consideración a las circunstancias del caso —dado que no puede hacerse de forma objetiva—, concretamente: los años transcurridos entre el nacimiento y el conocimiento de la verdad biológica y la entidad de la pérdida sufrida por el demandante, basándose en los documentos acreditativos del tratamiento psiquiátrico al que se sometió<sup>56</sup>. Esta forma de cuantificar el daño moral evidencia la necesidad de establecer criterios objetivos para su valoración.

## 2. FUNDAMENTOS PARA RECHAZAR EL RECONOCIMIENTO DE DAÑOS POR OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD BIOLÓGICA

Hay sentencias que desestiman tal indemnización por considerarla improcedente, ya sea porque no queda suficientemente probada la actuación *dolosa* de la madre en la ocultación de la verdadera paternidad —Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1.ª) 213/2007, de 11 de diciembre; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14.ª) 597/2008, de 31 de octubre; Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 3.ª) 424/2010, de 8 de noviembre— ni *negligente* —Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3.ª) 46/2009, de 10 de febrero; Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 424/2010, de 8 de noviembre—, porque *no hay un daño* —Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 46/2009, de 10 de febrero—, porque las cantidades desembolsadas en concepto de alimentos no pueden considerarse como *cobro de lo indebido*, pues los alimentos debidos entre padres e hijos son irretroactivos —Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) 202/2015, de 24 de abril, y 629/2018, de 13 de noviembre; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 88/2014, de 16 de mayo; Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) 121/2019 de 14 de marzo—, o, sin entrar en el fondo del asunto, porque la acción de responsabilidad extracontractual ha *prescrito* al amparo del artículo 1968.2.º del Código Civil —Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 445/2010, de 14 de julio—.

Esta postura encuentra su fundamento en la general aceptación de que la infidelidad conyugal y la ocultación de la verdadera paternidad son conductas susceptibles de causar un daño, pero este no es indemnizable económicamente mediante el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil —tanto contractual como extracontractual—, pues, como se ha mencionado anteriormente, los deberes matrimoniales de los artículos 67 y 68 del Código Civil son incoercibles<sup>57</sup>, en línea con la doctrina antes mencionada sobre la exclusión de la aplicación del Derecho de daños al ámbito familiar.

En el mismo sentido se ha pronunciado recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo 629/2018, de 13 de noviembre. El reconocimiento constitucional del principio de igualdad y la consideración del matrimonio y de la familia como un ámbito en el que cada uno de sus miembros desarrolla su personalidad han

supuesto la irrupción del Derecho de daños en la familia, pero ello no implica que toda lesión sufrida por un cónyuge en su esfera personal como consecuencia de la conducta ilícita del otro deba ser resarcida<sup>58</sup>. El Tribunal Supremo mantiene que este tipo de problemas tienen respuesta en el propio Derecho de familia, mediante la separación o el divorcio, y no contempla la indemnización por daño moral causado al cónyuge por una infidelidad y la consecuente ocultación de la paternidad y pérdida del hijo. De hecho, al desaparecer las causas de separación y divorcio con la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (en adelante, Ley 15/2005), se suprimen también las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los deberes conyugales. Ello implica el retorno al principio de inmunidad entre los cónyuges<sup>59</sup>.

A) *La ausencia de conducta dolosa o negligente en la actuación de la madre*

Como se ha indicado, las sentencias pioneras en la denegación de indemnización de daños morales por ocultación de la paternidad —Sentencias del Tribunal Supremo 687/1999, de 22 de julio, y 701/1999, de 30 de julio—, lo fueron bajo este argumento. En la primera, se alude expresamente a la inexistencia de una conducta dolosa en la esposa en la ocultación de la verdadera filiación. La segunda, también desestimatoria de la pretensión indemnizatoria, considera que es innegable el reproche ético y social que merece el incumplimiento de deber de fidelidad conyugal, pero no es indemnizable económicamente por la vía de la responsabilidad contractual, puesto que los deberes conyugales no son deberes jurídicos, sino meras pautas de comportamiento dentro del matrimonio y, por tanto, incoercibles. De lo contrario, se estimaría que «*cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar*» (Sentencia del Tribunal Supremo 701/1999, de 30 de julio, FJ 3.<sup>o</sup>).

La profesora MARTÍNEZ ESCRIBANO considera que el planteamiento de esta última resolución seguiría vigente en la actualidad, pues «*imponer una sanción para el caso de incumplimiento, como si de auténticos deberes jurídicos se tratara, casa mal con la idea de libertad que debe presidir las relaciones personales y de pareja y excedería de la función propia del Derecho de daños*» (MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2021, 278)<sup>60</sup>.

Asimismo, en el comentario que hacen a la citada Sentencia del Tribunal Supremo 629/2018, de 13 de noviembre, MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA señalan las posibles razones para excluir la responsabilidad de la madre<sup>61</sup>. Por un lado, hacen referencia a la función de demarcación de responsabilidad civil y los intereses protegidos. Esta función alude a que no deben tomarse en consideración únicamente los intereses de la víctima que ha sufrido un daño, sino también los del causante del mismo, así como a la distinción entre «daño», que es la lesión de un interés jurídicamente protegido, y «perjuicio», la consecuencia de la lesión de tal interés. Esta precisión se hace para comprobar si corresponde reconocer tutela aquiliana al marido frente a su mujer por haber ocultado esta la verdadera paternidad y, por tanto, determinar si los perjuicios morales y patrimoniales que ello ha causado deben ser resarcidos o no. Para ello, no solo debe atenderse a los intereses lesionados del marido, sino también a los derechos de libertad de la esposa<sup>62</sup>. Como apuntan estos autores, el interés del marido sería conocer la verdadera filiación de sus supuestos hijos, relacionado con el deber de la mujer de informar sobre la paternidad o sus dudas, así como la confianza derivada de la

relación entre las partes. Este interés forma parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en la vertiente de tener un proyecto de vida familiar, y debe ser ponderado con el de la esposa que es, igualmente, el libre desarrollo de su personalidad y el derecho fundamental a la intimidad, vinculado este último con «*la revelación de los actos llevados a cabo en ejercicio de su derecho a la autonomía personal en el plano sexual*» (MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA, 2019, 15)<sup>63</sup>. Si bien esta ponderación da lugar a situaciones difíciles de conciliar, pues, inevitablemente, los intereses de uno se ven afectados por los del otro.

Por otro lado, señalan que, para atribuir la responsabilidad, debe comprobarse que se cumplen todos los elementos requeridos para generarla: una acción u omisión sujeta a responsabilidad dolosa o culposa, un daño y la relación de causalidad entre conducta y daño<sup>64</sup>.

Además de la infidelidad sexual, se requiere tener un hijo fruto de esa relación extramatrimonial y ocultarlo al marido o pareja estable, partiendo de que la madre conoce que el hijo no es de este. Si lo desconoce, la posible responsabilidad es más dudosa, pues no se produce propiamente una ocultación en tanto que no se puede ocultar algo que se desconoce —aunque sí podría apreciarse, en ciertos casos, una conducta descuidada de la madre por no haber utilizado métodos anticonceptivos en la relación sexual o por no haber adoptado medidas, si estos fallaron, de modo que la concepción de un niño fuera de la pareja era una opción posible y no remota—. Asimismo, si la responsabilidad deriva de esa ocultación, por su propia naturaleza es intencional o dolosa, por lo que no cabe la responsabilidad por negligencia.

Respecto a la ruptura del supuesto vínculo biológico, por un lado, no puede alegarse si el marido nunca ha tenido relación con quien creía su hijo, pues no puede desaparecer aquello que nunca ha existido. Por otro, si ha habido relación, la extinción del vínculo legal «*no impide una futura recuperación de la relación*»<sup>65</sup> que, atendiendo a las circunstancias de cada caso, podría mantenerse.

#### B) *La imposibilidad de considerar un daño indemnizable la manutención del hijo*

Dentro del deber de asistencia entre padres e hijos, conforme a los artículos 154 y siguientes del Código Civil, se encuentra la obligación de prestar alimentos<sup>66</sup>, cuya finalidad es ayudar a la satisfacción de las necesidades vitales tanto de ascendientes como de descendientes para vivir una vida digna. Es una función que, por tanto, deriva de la patria potestad (art. 154 CC), si bien, aunque no la ostenten, el padre y la madre están obligados a velar por sus hijos y a prestarles alimentos (arts. 110 y 143 CC). La razón que justifica la imposición de esta obligación legal es la situación de necesidad en que se encuentran determinadas personas —por su edad, salud física o psíquica, circunstancias socioeconómicas, etc.— y que implica reconocerles un derecho subjetivo a obtener los medios necesarios para vivir dignamente<sup>67</sup>. En otras palabras, su fundamento es la solidaridad familiar.

Sobre la devolución de los alimentos satisfechos tras la impugnación de la filiación se han pronunciado las Sentencias del Tribunal Supremo 202/2015, de 24 de abril, y 629/2018, de 13 de noviembre. En la primera de ellas, el Tribunal Supremo hizo referencia a las distintas posibilidades para reclamar los alimentos pagados por quien resultó no ser el verdadero progenitor, basándose en los criterios utilizados por las Audiencias Provinciales<sup>68</sup>: algunas resoluciones sostienen la vía del cobro de lo indebido del artículo 1895 del Código Civil<sup>69</sup>; otras, el cauce de

la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del mismo cuerpo legal<sup>70</sup>; y otras que, hasta que no se declare la no paternidad del marido, no es aplicable el cobro de lo indebido, pues los alimentos eran debidos hasta ese momento<sup>71</sup>. En la segunda sentencia, se decanta por la última postura por las siguientes razones<sup>72</sup>.

En primer lugar, el hijo nació constante matrimonio y se inscribió como tal, de manera que se trata de un *deber* para aquellos que ostentan la patria potestad, conforme al artículo 154 del Código Civil, y debe cumplirse aunque luego resulte que no es hijo biológico, por lo que no procede su devolución. De esta forma, se establece la irretroactividad de los alimentos pagados, pues han sido consumidos para satisfacer las necesidades vitales de los descendientes.

Asimismo, los alimentos son un *derecho* del hijo nacido constante matrimonio, aunque haya sido bajo la apariencia de paternidad. «*Los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta [...] y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial*» (MAGRO SERVET, 2018, 5)<sup>73</sup>. No nos encontramos ante la típica situación prevista por el artículo 1895 del Código Civil, en la que «*el pago indebido genera un derecho de crédito a favor del pagador a la devolución de lo indebidamente satisfecho*» (PÉREZ GÁLLEGO, 2015, 168-169)<sup>74</sup>, pues no puede concederse legitimación activa al alimentante para que reclame la restitución de los alimentos pagados a un hijo, aunque resulte no ser suyo, porque ese dinero no se recibe para integrarlo en un concreto patrimonio, sino para aplicarlo a la manutención del hijo en común. No supone un enriquecimiento injusto ni hubo error al pagarlos al responder a una obligación legalmente impuesta.

Por último, la ruptura de la relación existente es una decisión personal, pero no puede retrotraerse como si no hubiese existido. Durante el cumplimiento de la obligación, el padre lo hizo teniéndolo por hijo, disfrutando, por tanto, también de sus derechos como padre. Además, el acreedor de los alimentos no es la madre, sino el hijo, por lo que no se pretende un enriquecimiento por parte de aquella ni se beneficia propiamente de las cantidades que el marido debe pagar<sup>75</sup>.

Todo ello se debe a que la protección del *interés superior del menor* se prioriza sobre la coincidencia de la verdad biológica con la verdad legal. La presunción de paternidad despliega todos sus efectos, aunque no se corresponda con la verdadera filiación, en tanto no quede desvirtuada. «*Por tanto, nacido el hijo en el seno del matrimonio, se garantiza su mantenimiento y protección por quien formalmente consta como padre por aplicación de la presunción legal de paternidad, y esta protección se mantiene aunque el matrimonio se disuelva. Una vez determinada la nueva filiación, esta tendrá carácter retroactivo (art. 112 CC), pero esa retroactividad no alcanza a los alimentos, por su naturaleza consumible, como tampoco al resto de atribuciones realizadas al hijo en virtud del artículo 154 del Código Civil*». (LÓPEZ DE LA CRUZ, 2019, 5)<sup>76</sup>.

En la jurisprudencia menor, si bien las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia 597/2004, de 2 de noviembre, y de Barcelona 27/2007, de 16 de enero, estiman la indemnización de daños morales por ruptura del vínculo biológico, también consideran improcedente la restitución de las cantidades pagadas en concepto de alimentos porque estos son un derecho-deber y reclamar su devolución es contrario a la naturaleza de los mismos y al principio del interés superior del menor (arts. 142 y sigs. CC)<sup>77</sup>.

En caso de que se hubiese impugnado la paternidad y probado la actuación dolosa o negligente de la madre, sí que cabe la restitución de las cantidades percibidas por ella «*a partir de la sentencia firme de separación o divorcio en concepto de pensión alimenticia al "hijo"*» (FARNÓS AMORÓS, 2007, 15) por

la vía del cobro de lo indebido *ex* artículo 1895 del Código Civil. No obstante, no pueden reclamarse las cantidades que la madre haya recibido antes de la sentencia de separación o divorcio, en tanto en cuanto se entiende que ha contribuido a los gastos del mantenimiento de la familia durante el matrimonio según lo dispuesto en los artículos 1362 o 1438 del Código Civil, dependiendo del régimen económico matrimonial —sociedad de gananciales o separación de bienes, respectivamente—<sup>78</sup>.

Por último, aunque hipotéticamente es posible entablar la acción de enriquecimiento injusto contra el padre biológico, su viabilidad se encuentra con obstáculos insalvables, como son conocer su identidad y que tenga la condición de padre legal obligado a prestar alimentos. En su caso, debe determinarse previamente su paternidad —tras el ejercicio por el padre biológico de la correspondiente acción de reclamación de la filiación extramatrimonial— para que el marido o pareja pueda reclamar el reembolso de los pagos abonados en concepto de alimentos no desde el nacimiento, sino desde la interposición de la demanda de alimentos<sup>79</sup>, conforme lo declarado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) en Sentencias 573/2016, de 29 de septiembre, y 574/2016, 30 de septiembre.

C) *La dificultad de considerar un daño moral la declaración de que no es un hijo biológico*

Han sido varias Audiencias Provinciales las que han desestimado la indemnización de daño moral por ocultación de la verdadera paternidad por no haber quedado debidamente probado el daño moral supuestamente causado, como las Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón 46/2009, de 10 de febrero, de la Audiencia Provincial de A Coruña 424/2010, de 8 de noviembre, o de la Audiencia Provincial de Valencia 343/2017, de 16 de octubre. Sin embargo, la más relevante ha sido la Sentencia del Tribunal Supremo 629/2018, de 13 de noviembre, que, partiendo de sus Sentencias 687/1999, de 22 de julio, y 701/1999, 30 de julio, considera que no hay derecho a la indemnización por daño moral en situaciones de ruptura.

En primer lugar, tal y como indica su fundamento jurídico 4.º, no se niega que la ocultación de la verdadera paternidad tras el incumplimiento del deber de fidelidad sea susceptible de causar un daño, pero sí que se rechaza *«que este daño sea indemnizable mediante las acciones propias de la responsabilidad civil, ya sea contractual, ya extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar»*. Es evidente que existe una conducta reprochable que ha causado un daño, pero no lo es que ese daño sea indemnizable por la vía de la responsabilidad civil, ya que queda relegado al ámbito privado de las relaciones familiares<sup>80</sup>. Dada la escasa justificación que hace el Tribunal Supremo sobre la no resarcibilidad de los daños, MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA han interpretado que este resultado parte de la necesidad de analizar y ponderar los intereses en juego<sup>81</sup>. Consideran que, a pesar de que *a priori* ambos merecen la misma tutela, el interés del hombre en conocer la verdadera filiación no puede coartar el libre desarrollo de la personalidad de la madre. El hecho de que el interés del marido prevaleciese sobre el de la mujer implicaría *«una grave intromisión en el derecho fundamental a la intimidad de esta»* (MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA, 2019, 31)<sup>82</sup>.

En segundo lugar, no está prevista en nuestro ordenamiento la indemnización de daños morales en el caso de infidelidad, pues los deberes matrimoniales de los

artículos 67 y 68 del Código Civil no son, como se viene reiterando, coercibles<sup>83</sup>. El daño causado tiene una repercusión más ética o moral que jurídica.

Ahora bien, uno de los problemas que plantea la consideración de la ocultación de la paternidad como daño moral indemnizable es la controversia en torno a la noción de «daño moral». Cabe adelantar que la definición más generalizada es la que hace la Sentencia del Tribunal Supremo 139/2001, de 22 de febrero, como «*zozobra, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre*» (FJ 6.º). Si bien, la abundante y diversa jurisprudencia que ha ido perfilando el concepto ha provocado una deformación del mismo, de manera que se aprecia un cierto margen de discrecionalidad de los jueces y tribunales para que estimen la existencia de daños morales en muy variados casos: desde la afectación de derechos de la persona —honor, libertad, intimidad, etc.— y lesiones corporales, hasta su consideración como *pretium doloris* que, partiendo de la definición dada por la citada sentencia del Tribunal Supremo, es entendido como el dolor psicofísico experimentado por la víctima de una lesión y que debe ser indemnizado<sup>84</sup>.

Por ello, una de las cuestiones a las que tiene que dar respuesta la jurisprudencia es cuáles son los concretos daños morales resarcibles en casos de ocultación de la verdadera paternidad, pues existen diversas soluciones que no permiten establecer un criterio general de identificación del daño y, aun estando de acuerdo en que existe tal daño moral indemnizable, difieren en su fundamentación.

#### D) *La prescripción de la acción del artículo 1902 del Código civil y su dies a quo*

Una cuestión importante tratada en la jurisprudencia es la prescripción en este ámbito de la acción de reclamación de indemnización por daños morales del artículo 1902 del Código Civil en virtud del artículo 1968.2.º del mismo Código, que establece el plazo de prescripción de un año. Sin embargo, la controversia estriba en el *dies a quo* considerado por distintos tribunales para el inicio del cómputo del plazo de prescripción. Si bien es cierto que existe cierta unanimidad en considerar que el plazo se inicia desde la fecha de firmeza de la sentencia que resuelve el proceso de impugnación de la filiación —entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo 445/2010, de 14 de julio, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17.ª) 503/2011, de 27 de octubre, o de Cádiz (Sección 5.ª) 441/2012, de 21 de septiembre—, algunos tribunales lo computan desde el conocimiento del resultado de la prueba biológica —por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 597/2004, de 2 de noviembre, o de Girona (Sección 2.ª) 171/2018, de 19 de abril— o desde que se tienen dudas razonables sobre la paternidad —Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5.ª) 404/2018, de 10 de julio—<sup>85</sup>.

La Sentencia del Tribunal Supremo 445/2010, de 14 de julio, establece como fecha de comienzo el momento de firmeza de la sentencia de impugnación de la paternidad<sup>86</sup>. Conforme a la doctrina jurisprudencial, el cómputo del plazo de prescripción de la acción no se inicia «*hasta la producción del definitivo resultado*», pero solo cuando «*no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida*» —Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1993, de 5 de junio de 2003, y de 20 de noviembre de 2007, entre otras—, que sí que cabe en el caso enjuiciado en la citada sentencia del Tribunal Supremo, al tratarse de daños permanentes, ya que se distingue una serie de etapas o fases en los sucesos, desde la separación del matrimonio hasta el empeoramiento de



salud del recurrente, en relación con los diferentes conceptos indemnizatorios que solicita en la demanda inicial (FJ 5.º). De esta forma, para cada concepto hay un plazo de prescripción.

El Tribunal Supremo hace referencia a la distinción entre *daños permanentes* y *daños continuados*<sup>87</sup> porque, en el caso enjuiciado, los daños son permanentes, pero no duraderos, y el recurrente no aludió a las distintas fases al considerar que todos los daños que había sufrido —patrimoniales, físicos y psicológicos— eran consecuencia de la infidelidad de su esposa, por lo que había continuidad en el tiempo y, por ello, no había prescrito la acción. No obstante, el Tribunal no lo comparte porque se han apreciado distintos hitos (separación, impugnación de la filiación, reclamación de la pensión, etc.) que tienen su propio plazo de prescripción, de manera que no hay una continuidad. Por tanto, como se pueden diferenciar varias etapas, el concepto por el cual pide la indemnización —daños morales— tiene su propio plazo de prescripción, que es desde la firmeza de la sentencia de impugnación de la paternidad (marzo de 2003), dando lugar a que la acción esté prescrita en el momento de interposición de la demanda (noviembre de 2005).

Conforme a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.ª) 343/2017, de 16 de octubre, el cómputo del plazo de prescripción comienza no «desde que lo supo el agraviado» como indica el artículo 1968.2.º del Código Civil —que sería desde la fecha del resultado de la prueba de paternidad—, sino «desde el día en que pudieron ejercitarse», en virtud del artículo 1969 del Código —que es desde el día de la firmeza de la sentencia de impugnación de la paternidad— (FJ 2.º). Además, cabe destacar un matiz del caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 121/2019, de 14 de marzo, pues, cuando el demandante solicita el derecho a la asistencia jurídica gratuita, el plazo de un año se interrumpe hasta que se resuelve sobre el reconocimiento o la denegación de tal derecho, momento en el que se reanuda el cómputo del plazo de prescripción de la acción (FJ 2.º).

La Sentencia del Tribunal Supremo 629/2018, de 13 de noviembre, determinó que el conocimiento por el agraviado de los hechos en que se basa su pretensión no es el conocimiento por pruebas biológicas de que el hijo no es suyo, sino la firmeza de la sentencia que pone fin al procedimiento de filiación, la «*expresa declaración judicial firme de la valoración de esas pruebas*» (MAGRO SERVET, 2018, 4)<sup>88</sup>. Es este el momento en que cesa la presunción de paternidad y el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción de la acción que, en el caso examinado, no estaba prescrita. De otra forma, la acción sería inoperante.

Con esta sentencia, el Tribunal Supremo corroboró el inicio del cómputo del plazo que había fijado la jurisprudencia menor en el momento en que deviene firme la sentencia de impugnación de la paternidad, pues, hasta ese momento, sigue operando la presunción de paternidad matrimonial.

Cabe apuntar que, en este tipo de casos, los demandantes suelen pretender escindir la acción de responsabilidad civil en tantas acciones como perjuicios —patrimoniales y morales—, de manera que para cada tipo de daños existe un *dies a quo* distinto. Para los daños patrimoniales, es el momento de cesación de la obligación legal de alimentos por la estimación de la impugnación de la filiación. Para los daños morales, como se ha indicado, es el momento en que deviene firme la sentencia de impugnación de la paternidad. MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA consideran que señalar una fecha de inicio distinta para cada uno de los perjuicios que provienen del mismo hecho no parece la solución adecuada, pues «*supone confundir el daño como interés jurídico protegido*



que justifica otorgar tutela aquiliana en estos casos con los perjuicios o concretas partidas resarcitorias que son consecuencia del daño y escindir la acción en tantas acciones como perjuicios resarcibles» (MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA, 2019, 11)<sup>89</sup>. Además, contrariamente a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, estos autores estiman que el plazo comienza a transcurrir «a partir del día en que el agraviado dispone de todos los elementos necesarios para reclamar todos los perjuicios que derivan del daño» (MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA, 2019, 11)<sup>90</sup>. Por ello, es esencial, para ellos, determinar cuál es el daño o interés jurídico protegido.

### III. VALORACIÓN CRÍTICA: ¿ES LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD UN DAÑO MORAL INDEMNIZABLE?

#### 1. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DAÑO MORAL

La controversia sobre el concepto del daño moral surge porque los artículos 1101 y 1902 del Código Civil no hacen referencia expresa al mismo. Si bien, cuando el artículo 1107 del Código señala que «todos» los daños deben ser resarcidos, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única) 1163/2003, de 9 de diciembre, indica que, aunque el Código Civil no contemple como tal la indemnización de daños morales, la jurisprudencia casacional civil ha incluido en ese precepto los daños morales, debiendo estudiar las circunstancias concurrentes caso por caso para poder cuantificarlos, pues no se trata de reparar el patrimonio, sino de ayudar «a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro» (FJ 2.º)<sup>91</sup>. Lo mismo ocurre con el artículo 1902 del Código Civil bajo la cláusula general de reparar el daño causado.

Por su parte, el artículo 1106 del mismo cuerpo legal se refiere al daño emergente —definido como «la disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso»<sup>92</sup>— y al lucro cesante —«el valor o importe de la ganancia, utilidad o interés que se ha dejado de obtener» (DE ÁNGEL YAGÜEZ, 1993, 365)<sup>93</sup>— con respecto a los daños patrimoniales, pues el acto ilícito debe afectar, en todo caso, a bienes o derechos patrimoniales. ¿Cabe decir lo mismo en relación con los daños morales? Nuestro sistema de responsabilidad civil aspira a la total reparación del daño, pero no opera con la misma intensidad en los daños patrimoniales y en los no patrimoniales, pues, respecto a los primeros, la reparación puede ser prácticamente íntegra, al ser evaluables económicamente, mientras que los segundos no son susceptibles de evaluación económica, por lo que es difícil su cuantificación<sup>94</sup>.

En efecto, la expresión «daño moral» es ambigua e imprecisa<sup>95</sup>, dado que no identifica su contenido, unido a la sobreabundancia de tesis no coincidentes. Si queremos dilucidar si los daños morales deben ser indemnizados o no, es preciso determinar previamente qué son los daños morales<sup>96</sup>.

Ya hemos definido el *daño* como la lesión de un interés jurídico relevante, de manera que al *daño moral* se le añade algún elemento especial que lo cualifique.

Existen dos corrientes que han ido perfilando el concepto de daño moral: una *positiva*<sup>97</sup>, que describe los posibles bienes jurídicos objeto de protección, y una *negativa*<sup>98</sup>, que destaca los elementos ausentes en el mismo, definiéndolo, básicamente, como todo lo que no sea patrimonial o material<sup>99</sup>. La Sentencia del Tribunal Supremo 139/2001, de 22 de febrero, hace una conceptualización del

daño moral como «zozobra, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre» (FJ 6.º) y, además, incluye las dos categorías de definiciones. En su integración *negativa*, el daño moral puede entenderse como la «*detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales porque estos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su quantum económico*» (FJ 6.º). En su integración *positiva*, se refiere a «*categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior, [...] toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito, [...] cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito, o por la situación deficitaria o de auténtica orfandad en que pueden quedar ciertas personas por las lesiones por la muerte de sus parientes más cercanos, por ejemplo, en el supuesto de una relación parental intensa, la pérdida del padre con respecto a los hijos, o a la inversa y demás parientes, o incluso, a veces, por relaciones de propia amistad o convivencia, o cuando dichas personas conviven tan estrechamente que se crean lazos pseudo-parentales*» (FJ 6.º).

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 810/2006, de 14 de julio, hace referencia, en su fundamento jurídico 3.º, a las diversas nociones que ha ido haciendo la jurisprudencia: sufrimiento o padecimiento psíquico —Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 474/1995, de 22 de mayo, 818/1996, 19 de octubre, y 766/1999, 24 de septiembre—, impacto o sufrimiento psíquico o espiritual —Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de julio de 1990—, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia —Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 6 de julio de 1990—, trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente —Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 47/1998, de 27 de enero—. Apunta también que la idea del daño moral aparece representada «*por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.)*» (FJ 3.º).

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 217/2012, de 13 de abril, lo identifica «*con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés que ha sido infringido, y se indemniza junto al daño patrimonial*» (FJ 5.º).

Estos distintos planteamientos hacen que varíe el tratamiento que jueces y tribunales dispensan al daño moral, lo que atenta contra el principio de seguridad jurídica<sup>100</sup>. Sin embargo, hay leyes que reconocen expresamente el daño moral, como la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, Ley Orgánica 1/1982), o el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, así como el artículo 10:301 de los *Principles of European Tort Law* (Principios de Derecho

Europeo de la Responsabilidad Civil), que reconoce la compensación del «daño no patrimonial».

En definitiva, el concepto de «daño moral» se ha deformado. Dado que nuestro sistema de responsabilidad es abierto y no se identifican bienes jurídicos concretos objeto de indemnización, se advierte una tendencia en los jueces y tribunales a reconocerlos en muy variados casos, siendo los más habituales la afectación de derechos de la persona —honor, libertad, intimidad, etc.—, las lesiones corporales o en su consideración como *pretium doloris*, que, como se ha indicado, se entiende como el dolor psicofísico que sufre la víctima de una lesión<sup>101</sup>.

Con anterioridad, se ha precisado que la infidelidad conyugal *per se* no es una causa generadora de responsabilidad civil para el cónyuge incumplidor. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección Única) 186/2003, de 30 de septiembre, ante la reclamación por la esposa de una indemnización por el sufrimiento padecido tras el abandono del hogar por su marido, señaló que, «a pesar de la proliferación de supuestos en que se considera indemnizable el daño moral por la jurisprudencia actual [...], entre tales supuestos no se encuentran los daños causados por infidelidades, abandonos o ausencia de lealtad en las relaciones personales, amistosas o amorosas, pues tales supuestos entran en el terreno de lo extrajurídico» (FJ 2.º) y solo son contemplados como causa de separación, divorcio y desheredación.

No obstante, la situación cambia cuando la infidelidad va acompañada de la procreación de un hijo extramatrimonial, con la consiguiente reclamación de daños morales por el marido tras descubrir la verdadera paternidad, y así lo evidencia la línea jurisprudencial que tiende a admitir la responsabilidad de la esposa en estos casos<sup>102</sup>. Atendiendo a las circunstancias de cada asunto y sirviéndose, fundamentalmente, de los parámetros establecidos por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (en adelante, LRCSCVM), se da cierto margen a jueces y tribunales para fijar la indemnización.

Podemos sintetizar lo dicho hasta aquí en que la necesidad de fijar un concepto de daño moral conduce a solucionar el problema de determinar el umbral del daño moral «a partir del cual es razonable y justo poner en funcionamiento el mecanismo resarcitorio» (LLAMAS POMBO, 2020, 210)<sup>103</sup>. No se discute que la víctima haya sufrido un daño. Lo que se discute es cuándo ese sufrimiento, esa zozobra, inquietud o pesadumbre debe ser imputada al causante y cuándo no. En la misma línea que el profesor LLAMAS POMBO, considero que el daño debe tener cierta gravedad, en el sentido de que la perturbación debe afectar de manera directa a la personalidad. En otras palabras, debe haber una conexión entre el daño moral y la lesión de los bienes esenciales de la personalidad<sup>104</sup>.

A estos efectos, se distinguen dos aspectos: uno *interno*, que se refiere a la esfera íntima del sujeto, a los sentimientos de dolor, preocupación, angustia, y otro *externo*, que alude a «la disminución de las posibilidades de relación con el mundo exterior» (LLAMAS POMBO, 2020, 211)<sup>105</sup>. Deben darse ambos, pues, de lo contrario, no cabe que el Derecho intervenga en daños cuantitativamente mínimos (*de minimis praetor non curat*).

Del estudio doctrinal y jurisprudencial efectuado sobre la ocultación de la verdadera paternidad, ha quedado probado que el marido o pareja ve lesionados sus derechos —derecho al libre desarrollo de la personalidad, en la vertiente de tener un proyecto de vida familiar, e integridad psíquica—, de manera que el aspecto

interno del daño moral es claro. El aspecto externo es el que plantea mayores interrogantes. No obstante, podría vincularse con el escarnio social derivado del conocimiento social de que quien ha sido tratado como hijo no lo es y que esa afectación impida o dificulte al progenitor desenvolverse en el entorno social.

## 2. LA DIFICULTAD DE CUANTIFICAR EL DAÑO MORAL: BREVE REFERENCIA

La especial naturaleza de los daños morales plantea dificultades respecto de su cuantificación y, consecuentemente, la determinación de la forma de resarcir. Una posibilidad es la reparación *in natura* o en forma específica, que supone restaurar la realidad anterior a la producción del daño. Sin embargo, su admisión es dudosa, pues puede eliminarse la causa que provocó el daño, pero no los perjuicios producidos<sup>106</sup>. Otra posibilidad es la reparación mediante equivalente pecuniario, es decir, el pago de una indemnización, encontrándonos con el problema de valoración del daño moral<sup>107</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, existen algunos supuestos en los que una ley ha fijado el *quantum* indemnizatorio. Es el caso, por ejemplo, de los daños ocasionados a las personas en accidentes de circulación, regulados en la citada LRCSCVM, en cuyo anexo se establecen unos baremos para evaluar la indemnización. O el de los supuestos de vulneración de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pues el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 fija las bases para su cuantificación: circunstancias del caso, gravedad de la lesión efectivamente producida, difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido y beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

Sin embargo, lo habitual es que no exista previsión legal ni siquiera sobre las bases para su cuantificación, de manera que el juzgador determina la indemnización a su «*prudente arbitrio*», «*en función de las circunstancias concurrentes*» o «*atendiendo a la cuantía reclamada*» (SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2006, 47)<sup>108</sup>. De esta forma, se aprecia un amplio margen de discrecionalidad en la valoración del daño moral, sin que implique arbitrariedad por parte del tribunal, pues, en todo caso, está sometido a determinados criterios imperativos —pero que, de todos modos, repercute negativamente en el principio de seguridad jurídica—<sup>109</sup>: en primer lugar, la obligatoria fundamentación o motivación de su decisión; en segundo lugar, el deslinde de los distintos intereses en juego, diferenciando las lesiones que no presentan una relevancia significativa de las que sí resultan merecedoras de compensación; en tercer lugar, desglosar los distintos perjuicios que comprende el daño moral merecedor de compensación, pues solo así puede lograrse una adecuada valoración del mismo; y, por último, la sujeción a criterios legales, como la referencia al artículo 1106 del Código Civil (daño emergente y lucro cesante) o a las leyes que establecen bases indemnizatorias<sup>110</sup>.

Respecto a los criterios legales, es importante el sistema de valoración establecido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (en adelante, Ley 35/2015), que, mediante unas tablas, establece la cuantía de la indemnización para distintos perjudicados —en función de varios factores, como su edad, ingresos netos o años de duración del matrimonio— y distintos conceptos indemnizatorios —perjuicios personales y perjuicios patrimoniales—. De este modo, el baremo responde al principio de vertebración, pues se contemplan por separado el daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante)

y el daño moral y, dentro de cada categoría, se desglosan distintos conceptos con la finalidad de evitar vacíos y solapamientos<sup>111</sup>.

La objeción que cabe hacer a este sistema es que se trata de un modelo abstracto y el principio de reparación íntegra exige un sistema concreto de valoración del daño que atienda a las circunstancias concurrentes de cada caso. Por ello, se cuestiona la posibilidad de configurar un baremo que sea capaz de ajustar la indemnización a cada daño y a cada dañado<sup>112</sup>.

Aun así, jueces y tribunales utilizan el baremo de la Ley 35/2015 como criterio orientativo para valorar las circunstancias de cada caso que sirven de base para cuantificar la indemnización. Pero ello no quiere decir que pueda aplicarse por analogía. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este extremo en la Sentencia 58/2006, de 10 de febrero, apuntando que, para que quepa la aplicación analógica del artículo 4.1 del Código Civil, debe haber necesariamente una laguna legal, circunstancia de la que no puede hablarse respecto al daño moral, pues lleva mucho tiempo resolviéndose conforme al criterio judicial. Por tanto, cabe su utilización únicamente como criterio hermenéutico<sup>113</sup>.

Centrándonos en nuestro objeto de estudio, la Sentencia del Tribunal Supremo 810/2006, de 14 de julio, señala los elementos a considerar para cuantificar la indemnización por daños morales derivados de la ocultación de la paternidad: «afectación psicológica sufrida por el actor y que consta en el informe pericial, pérdida de relaciones paternofiliales con el menor, años de convivencia del actor con el menor, conducta dolosa de la demandada y las secuelas sufridas por el actor» (FJ 3.º), a los que se unen los criterios enumerados por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 2.ª) 112/2018, de 23 de abril: «vínculo afectivo creado, grado de participación familiar, coste emocional y psicológico» y «los años de duración del matrimonio y de la convivencia con los menores» (FFJJ 17.º y 19.º).

En definitiva, dada la especial naturaleza del daño moral, su resarcimiento no pretende restablecer la situación al estado anterior a la producción del daño, sino compensarlo mediante una indemnización, cuya cuantificación corresponde efectuar al juzgador discrecionalmente. No existe una armonización sobre los criterios utilizados en la jurisprudencia para su valoración, pero sí que es generalmente aceptada la aplicación del baremo establecido en la Ley 35/2015 como criterio orientador.

### 3. LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD COMO UN DAÑO MORAL INDEMNIZABLE

En primer lugar, debemos descartar la manutención del hijo como un daño, ya sea reclamada tanto por la vía del cobro de lo indebido como por la vía de la responsabilidad extracontractual. Ha quedado probado que, al nacer el hijo constante matrimonio e inscribirse como tal, los alimentos son un *deber* para aquellos que ostentan la patria potestad —o autoridad familiar en Aragón— y un *derecho* para el hijo. Lo mismo sucede cuando nace el hijo no matrimonial si el progenitor reconoce su paternidad. Se trata de una obligación legalmente impuesta, aunque sea bajo la apariencia de paternidad, pues la presunción de paternidad despliega todos sus efectos en tanto no quede desvirtuada. De esta forma, la obligación de alimentos es efectiva hasta que se destruye la realidad biológica mediante sentencia dictada en un proceso de impugnación de la filiación.

De ello se infiere que los alimentos pagados son *irretroactivos*, ya que han sido consumidos por los hijos para satisfacer sus necesidades vitales. Reclamar

su devolución es contrario a la naturaleza de los mismos y al *principio del interés superior del menor*.

En segundo lugar, hemos apreciado la evolución jurisprudencial hacia el abandono del *principio de inmunidad conyugal*. Partimos de las Sentencias del Tribunal Supremo 687/1999, de 22 de julio, y 701/1999, de 30 de julio, en las que no se reconoce la procedencia de la indemnización de daños morales —en la primera, porque no se da una conducta dolosa en la demandada; en la segunda, porque se reconoce el reproche ético y social que merece la infidelidad conyugal, pero no que sea indemnizable económicamente—.

En los años posteriores, varias Audiencias Provinciales han dictado diversas sentencias en las que sí reconocen la procedencia de la indemnización argumentando que, efectivamente, la infidelidad conyugal no es susceptible de indemnización económica, pero sí lo es ocultar la procreación de un hijo extramatrimonial. Si bien, divergen en los criterios de imputación de la responsabilidad, pues algunas consideran que debe darse una conducta *dolosa* en la demandada, mientras que, para otras, basta con una conducta *negligente* o *culposa*. Como ya se ha puesto de relieve, esta diversidad de pronunciamientos genera inseguridad jurídica.

En el año 2018, la Sentencia del Tribunal Supremo 629/2018, de 13 de noviembre, ha confirmado el rechazo de la indemnización al marido tanto del daño moral causado por la ocultación de la verdadera paternidad como del abono de alimentos a quienes consideraba sus hijos. Con esta resolución, el Tribunal Supremo establece que el Derecho de daños debe quedar fuera del Derecho de familia, de manera que los daños que se produzcan en el ámbito familiar no sean resarcidos por la vía de la responsabilidad contractual ni extracontractual.

No obstante, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8.<sup>a</sup>) 231/2019, de 24 de mayo, ha vuelto a abrir la posibilidad de resarcir los daños morales por ocultación de la paternidad *ex* artículo 1902 del Código Civil. Ello supone que el debate sobre la cuestión, como se ha anticipado al comienzo de este trabajo, no ha concluido. Esta sentencia considera que la doctrina del Tribunal Supremo sobre dar respuesta a este tipo de situaciones con la normativa matrimonial —mediante la separación o el divorcio— y que no contempla la resarcibilidad de los daños generados a uno de los cónyuges por el otro no es aplicable al supuesto enjuiciado, pues no se trata de una relación matrimonial, sino de noviazgo, de manera que, al no existir regulación legal expresa sobre la misma, no rigen los deberes matrimoniales de los artículos 67 y 68 del Código Civil y el miembro de la pareja que cause un daño al otro es responsable del mismo<sup>114</sup>.

Por tanto, se observa el progresivo abandono de los privilegios de inmunidad entre los cónyuges, de manera que, por el mero hecho de estar casados, no dejan de ser responsables de los daños causados entre ellos<sup>115</sup>. Ello se debe, por un lado, a que, en la actualidad, prima la autonomía individual de cada uno de los integrantes de la familia respecto al grupo. «*El sujeto familiar es, sobre todas las cosas, una persona y no existe ninguna prerrogativa familiar que permita que un miembro de la familia cause daño doloso o culposamente a otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar*» (MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 2004, 2)<sup>116</sup>. Por otro lado, el silencio del legislador no puede ser un argumento en contra de la reparación del daño, puesto que tampoco existe ninguna norma que lo prohíba. De hecho, tras la reforma del Código Civil operada por la Ley 15/2005, que instaura el divorcio sin causa, se rechaza el principio de especialidad, conforme al cual las consecuencias del incumplimiento de los deberes conyugales solo pueden ser las que determina el Derecho de familia<sup>117</sup>. Además, el Derecho



de daños en nuestro Código Civil establece una cláusula abierta, de modo que este supuesto de hecho de ocultación de la paternidad podría tener encaje en el artículo 1902 del Código.

En línea con lo expuesto por la profesora MARÍN GARCÍA DE LEONARDO<sup>118</sup>, no se trata de introducir criterios de culpabilidad en la separación o en el divorcio, sino de determinar si existe realmente un daño indemnizable porque el cónyuge ha visto lesionados sus derechos e intereses. No es válido rechazar el resarcimiento argumentando que ello supondría volver a la consideración de la separación y el divorcio como una sanción —es decir, restituir el sistema anterior a la reforma del Código Civil de 2005—, pues, por un lado, ya hemos confirmado que el Derecho de daños es esencialmente resarcitorio, descartando la función punitiva de la responsabilidad civil y, por otro, implicaría no proporcionar una protección adecuada a una persona que sufre un daño.

No obstante, sí que es cierto, como indica el profesor LLAMAS POMBO, que la admisión del Derecho de daños en el ámbito familiar da lugar a una hipertrófica aplicación de la responsabilidad civil, es decir, a una proliferación de demandas<sup>119</sup>, pero eso no obsta a que deba excluirse su indemnización, sino que pone de relieve la necesidad de establecer los criterios por los que esta cuestión puede dar lugar a indemnización.

Llegados a este punto, debemos valorar los argumentos doctrinales y jurisprudenciales estudiados en los que se fundamenta el reconocimiento de la indemnización de daños morales por ocultación de la paternidad.

En contra de la configuración de la ocultación como un daño indemnizable, se alega que no se ha producido una ruptura del supuesto vínculo biológico, bajo la máxima de que no puede desaparecer aquello que nunca ha existido. La relación padre-hijo genera unos vínculos afectivos que, tras conocer que no está amparada en una realidad biológica, se resiente. En este sentido, no es el mismo supuesto el caso en el que un padre no biológico es consciente de esta circunstancia y decide acompañar, velar y educar a un niño, pues se trata de una decisión libre y voluntaria, que aquel que realiza las mismas actuaciones bajo la errónea concepción de que se trata de un hijo biológico, por lo que no puede obviarse el apego del padre hacia el hijo, que se ve obligado a desvincularse.

Si bien no tiene por qué desaparecer ese arraigo o sentimiento por completo, hay que atender a la edad del hijo y a la voluntad de la madre. Si se revela la verdadera filiación cuando el hijo tiene cierto grado de madurez, es probable que este quiera mantener la relación con quien ha considerado su padre hasta ese momento. Sin embargo, si se hace cuando el hijo es muy pequeño, no tendrá la suficiente capacidad para comprenderlo y, seguramente, la madre no querrá que su exmarido o expareja mantenga contacto con el menor, de manera que el vínculo sí que se romperá definitivamente.

Junto a ello, hay que tener en cuenta el sentimiento de engaño, que puede comprometer las futuras relaciones del marido o pareja dada la desconfianza que la infidelidad genera, así como la afectación a nivel externo, por un lado, al tener que revelarlo al resto de la familia, que también había considerado a ese hijo como un nieto, un sobrino, etc., y, por otro, el estigma social que puede implicar, dado que estas personas eran consideradas socialmente como progenitor e hijo.

En síntesis, dependerá de las circunstancias de cada caso, pero es indiscutible que puede suponer una pérdida de la relación paternofamiliar traumática, irreversible y definitiva. Como se ha dicho, el daño moral entendido como *pretium doloris*, como lesión a la integridad psicofísica, está constituido tanto por los daños causados esencialmente a la salud psíquica, como por los daños existenciales



derivados de cambios producidos «en la realidad cotidiana del cónyuge dentro del ámbito en el que se desenvuelve» (PÉREZ GÁLLEGO, 2015, 161)<sup>120</sup>.

Respecto a la conducta dolosa o negligente, es cierto que, hasta la obtención de los resultados de la prueba de paternidad, no puede saberse con total seguridad quién es el verdadero padre. No obstante, si se han mantenido simultáneamente relaciones sexuales con el marido o pareja y con otra persona distinta —sin utilizar anticonceptivos o siendo estos ineficaces—, pueden sospecharse dudas razonables sobre quién es el progenitor biológico del hijo que espera. Esta circunstancia es considerada en varias sentencias de la jurisprudencia menor como una conducta negligente, entendida como la falta de la diligencia debida al no adoptar las medidas necesarias para determinar la verdadera filiación, relajando la exigencia de concurrencia de dolo para estimar la responsabilidad extracontractual y configurando la culpa o negligencia como un concepto más amplio que el de dolo o intención maliciosa. La conducta dolosa solo puede apreciarse cuando se conocía la verdadera paternidad y se ocultó intencionadamente. Quizás esta actuación no se da en todos los supuestos, pero el criterio de la negligencia será frecuente.

Por todo ello, debemos concluir que la ocultación de la paternidad debe ser reconocida como un daño moral indemnizable en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, hay dos aspectos en relación con los argumentos alegados con frecuencia por los demandantes con los que, personalmente, discrepo. En primer lugar, no considero que pueda equipararse descubrir que quien creías que es tu hijo no lo es realmente a la muerte de un hijo. Este punto guarda relación con las denominadas *wrongful birth* y *wrongful life actions*<sup>121</sup>, en las que se plantea si la concepción de un hijo con una patología determinada puede equipararse, a efectos indemnizatorios, con la muerte de un descendiente. Así, Sentencias como las del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 1197/2007, de 23 de noviembre, y 836/2007, de 19 julio, reconocen que el nacimiento de un niño con Síndrome de Down causa un daño moral a los progenitores por frustrar sus expectativas de tener un hijo «sano» y por privar a la madre de la posibilidad de interrumpir voluntariamente su embarazo de haber conocido las anomalías en el feto<sup>122</sup>, considerando que tal daño debe ser indemnizado como si hubiera fallecido un hijo.

En mi opinión, ni el nacimiento con una enfermedad ni la declaración de que no es hijo biológico se pueden equiparar a la muerte, a efectos de indemnización, porque, efectivamente, el niño no ha fallecido y, en cierta medida, la concesión de la indemnización en estos casos implica cierto desprecio hacia las personas con discapacidad. En los casos de atribución indebida de la paternidad —que podrían denominarse *wrongful fatherhood*—, el daño no consiste en determinar una paternidad que no se corresponde con la verdad biológica, del mismo modo que en los casos de *wrongful birth* y *wrongful life* no lo es tener un hijo con discapacidad, pues ambas son circunstancias que el padre no biológico y la madre gestante, respectivamente, pueden asumir libremente. El daño radica «en la intromisión en la libertad individual que supone impedir la decisión a quien legítimamente le correspondía, y ello con independencia de que la decisión de la mujer hubiese podido ser la de llevar a término la gestación y la del hombre asumir legalmente la paternidad y los deberes que de ella derivan» (NEVADO CATALÁN, 2018, 21)<sup>123</sup>.

En segundo lugar, tampoco considero apropiado fundamentar el daño en el abuso que la madre ha hecho de su derecho a la libertad sexual, pues es una faceta de su libertad individual que el Derecho no puede coartar, es decir, no puede sufrir ninguna restricción por el hecho de estar casada o tener pareja,

siempre que se trate de relaciones sexuales consentidas y aceptadas por ambas partes. Sin embargo, si causa un daño a otra persona en ejercicio de dicho derecho, ese daño es susceptible de ser indemnizado, como ocurre en los casos de nuestro objeto de estudio, o en los supuestos de contagio de enfermedades de transmisión sexual, citando como ejemplo la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4.ª) 375/2020, de 29 de octubre<sup>124</sup>.

Para finalizar, en relación con la necesidad de articular la ocultación de la paternidad como un daño indemnizable, considero necesario realizar las siguientes consideraciones. La actual realidad social y familiar nos lleva a mirar la cuestión desde otra perspectiva. Un aspecto a tener en cuenta es la pluralidad de modelos familiares existentes —matrimonios, parejas estables o de hecho, familias monoparentales, etc.—, que no cuentan con la regulación de la que sí dispone el matrimonio, por lo que no resulta adecuado hablar, respecto a estos otros modelos, de un deber jurídico.

Otro aspecto a considerar, gracias a la progresiva igualdad de los cónyuges en las relaciones familiares, ya sean matrimoniales o no, es la mayor implicación del marido en el cuidado y la educación de los hijos, de manera que ya no se reclama como indemnizable una lesión al honor o el incumplimiento del deber de fidelidad, sino la pérdida de la relación paternofilial, que debe ser puesta en valor en sí misma<sup>125</sup>.

En nuestro ordenamiento, este tipo de indemnizaciones no tienen ningún apoyo normativo, no hay un reconocimiento legal expreso a la indemnización de daño moral en casos de ocultación de la paternidad, pero ha quedado probado que tienen cabida en la cláusula general del artículo 1902 del Código Civil, si se tiene en cuenta, además, la importancia del *principio constitucional de la verdad biológica* consagrado en el artículo 39.2 de la Constitución española, pues la conducta de la madre que oculta la paternidad biológica no puede quedar, en todo caso, extramuros del Derecho de daños, sino que deben valorarse las circunstancias del caso concreto para valorar si procede la indemnización de los daños morales generados al progenitor.

Por ese motivo, es necesario delimitar las condiciones que deben concurrir para que proceda el resarcimiento de los daños morales en la ocultación de la paternidad. La indemnización debe estar completamente desvinculada del deber jurídico de fidelidad al que alude el Código Civil en su artículo 68, pues este solo tiene sentido dentro del matrimonio, pero no dentro del resto de los modelos familiares actuales, siendo objeto de reclamación no por la infracción de este deber, sino como consecuencia de la ruptura del vínculo paternofilial. Asimismo, debe apreciarse una actuación negligente de la madre, considerando como tal el haber mantenido simultáneamente relaciones sexuales con el marido o pareja y con otra persona distinta sin utilizar métodos anticonceptivos o siendo estos ineficaces y, a pesar de las evidentes dudas sobre la verdadera paternidad, no haya adoptado las medidas necesarias para determinarla después del nacimiento del hijo. También será exigible cuando se aprecie una conducta dolosa, esto es, cuando la madre haya tenido un hijo extramatrimonial conociendo la verdadera filiación y ocultándola intencionadamente.

De esta forma, se posibilita la reclamación del daño moral causado sobre la base de la verdad biológica y el deber de información de la mujer, cuyos derechos fundamentales a la intimidad y a la libertad sexual no deben ocasionar a otra persona consecuencias jurídicas como es atribuir la condición de padre a quien no lo es. Se trata, en definitiva, de imponer la verdad biológica sobre la falsa paternidad.

#### IV. CONCLUSIONES

I. La esencia del artículo 1902 del Código Civil y, por tanto, la principal función de nuestro Derecho de daños es resarcir. Se pretende compensar al perjudicado el daño que ha sufrido, ya sea patrimonial o moral, mediante la reparación en forma específica o *in natura*, o mediante el pago de una indemnización, restableciendo la situación alterada al mismo estado en que se encontraba antes de la producción de tal perjuicio, pues nadie tiene la obligación de soportar los daños causados por otros. La potestad sancionadora o punitiva queda descartada, pues, en nuestro ordenamiento jurídico, se atribuye al Derecho penal castigar los comportamientos antijurídicos. La función preventiva se reconoce como finalidad del Derecho de daños con carácter subsidiario, en el sentido de evitar o minimizar los perjuicios.

II. Para el nacimiento de la responsabilidad extracontractual y poder atribuir el daño a un sujeto en concreto, es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: que se haya cometido una acción u omisión voluntaria, que se constate un daño indemnizable, que exista una relación de causalidad entre la conducta y el daño resultante y que haya dolo o culpa. En nuestro objeto de estudio, se considera *dolosa* la ocultación que hace la madre a su cónyuge o pareja estable de la verdadera paternidad, y *negligente* la forma de concepción, bien por no utilizar métodos anticonceptivos o bien por utilizarlos, pero que no fuesen efectivos, así como mantener relaciones sexuales simultáneamente con el marido o pareja y con un tercero, de manera que, teniendo dudas sobre la verdadera paternidad de su hijo, la madre no adopta medidas para determinar la auténtica filiación una vez producido el alumbramiento del hijo. La representación de la posible paternidad de otro también podría equipararse al *dolo eventual*. Se trata, en todo caso, de una responsabilidad de corte subjetivo.

III. La reclamación de daños morales por ocultación de la verdadera paternidad se debe fundar en la ruptura del supuesto vínculo biológico y no en el incumplimiento del deber de fidelidad, pues este no es *per se* una causa generadora de responsabilidad civil para el cónyuge incumplidor, ya que los deberes matrimoniales a los que aluden los artículos 67 y 68 del Código no son coercibles y, jurídicamente, previstos solo para el matrimonio, pero no para el resto de los modelos familiares actuales. Con la reforma operada en el Código Civil en 2005, al desaparecer las causas de separación y divorcio, desaparecen también las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los deberes conyugales. No obstante, la situación cambia cuando la infidelidad va acompañada de la procreación de un hijo extramatrimonial, con la consiguiente reclamación de daños morales por el marido tras descubrir la verdadera paternidad. Ello es posible gracias al abandono del principio de inmunidad conyugal, puesto que, por el mero hecho de estar casados, los cónyuges no dejan de ser responsables de los daños causados entre ellos. No se trata de introducir criterios de culpabilidad en la separación o el divorcio —pues nuestro Derecho de daños es eminentemente resarcitorio, no punitivo—, sino que se trata de determinar si existe realmente un daño indemnizable porque el cónyuge ha visto lesionados sus derechos e intereses y, en su caso, proporcionar la protección adecuada a esa persona que ha sufrido un daño. De esta forma, la indemnización se desvincula de la infidelidad conyugal, aproximándose a la pérdida de lazos afectivos.

IV. Los gastos desembolsados en concepto de alimentos al que se tenía por hijo no constituyen un daño patrimonial indemnizable. Al nacer el hijo constante matrimonio e inscribirse como tal, los alimentos son un *deber* para aquellos

que ostentan la patria potestad y un *derecho* para el hijo. Lo mismo sucede cuando nace el hijo no matrimonial si el progenitor reconoce su paternidad. Se trata de una obligación legalmente impuesta, aunque sea bajo la apariencia de paternidad, pues la presunción de paternidad despliega todos sus efectos en tanto no quede desvirtuada mediante sentencia dictada en un proceso de impugnación de la filiación. De ello se infiere que los alimentos pagados son irretroactivos, ya que han sido consumidos por los hijos para satisfacer sus necesidades vitales. Reclamar su devolución es contrario a la naturaleza de los mismos y al principio del interés superior del menor, pues es este el destinatario final de los mismos.

V. El daño moral, generalmente definido como «*zozobra, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre*», es un concepto amplio que abarca una gran variedad de casos, desde la afectación de derechos de la persona y las lesiones corporales, hasta su consideración como el precio del dolor por el sufrimiento psicofísico que padece la víctima de una lesión. En nuestro objeto de estudio, no es la infidelidad la que provoca el daño moral, sino la procreación de un hijo extramatrimonial ocultándolo al marido o pareja. Este daño es indemnizable debido, por un lado, al abandono del citado principio de inmunidad conyugal, que nos permite aplicar el Derecho de daños en el ámbito familiar. Por otro, el supuesto de hecho tiene cabida en el artículo 1902 del Código Civil, pues deriva de la conducta *negligente* de la madre y, en algunos casos, *dolosa*, de manera que se cumple el criterio subjetivo de imputación de la responsabilidad extracontractual, teniendo en cuenta, además, la importancia del principio constitucional de la verdad biológica consagrado en el artículo 39.2 CE, pues la conducta de la madre que oculta la paternidad biológica no puede quedar, como regla general, al margen del Derecho de daños.

VI. El fundamento de esta indemnización es la ruptura del supuesto vínculo biológico, pues, al descubrir que la relación padre-hijo no está amparada en una realidad biológica, los vínculos afectivos desarrollados se resienten. Si bien la relación no tiene por qué desaparecer completamente, puesto que depende de las circunstancias de cada caso, de la edad del hijo y de la voluntad de la madre, puede suponer una pérdida de la relación paternofamiliar traumática, irreversible y definitiva que justificaría la indemnización del daño moral como el *pretium doloris*. Por tanto, el resarcimiento no precede en todo caso, sino solo cuando suponga la ruptura *definitiva* del vínculo biológico —por ejemplo, cuando el hijo es pequeño— y se aprecie una actuación negligente o, en su caso, dolosa, por parte de la madre.

VII. Ahora bien, por un lado, descubrir que quien creías que es tu hijo no lo es realmente no puede equipararse, a efectos de indemnización, a la muerte de un hijo porque, efectivamente, el niño no ha fallecido. Por otro lado, tampoco resulta adecuado fundamentar el daño en el abuso que la madre ha hecho de su derecho a la libertad sexual, pues es una faceta de su libertad individual que no puede sufrir ninguna restricción por el hecho de estar casada o tener pareja, siempre que se trate de relaciones sexuales consentidas y aceptadas por ambas partes. Sin embargo, si causa un daño a otra persona en el ejercicio de dicho derecho, como ocurre en los casos objeto de estudio, ese daño es susceptible de ser indemnizado.

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 22 de julio de 1999.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de julio de 1999.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de febrero de 2001.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de julio de 2010.
- STS, Pleno Sala de lo Civil, 24 de abril de 2015.
- STS, Pleno Sala de lo Civil, 13 de noviembre de 2018.
- SAP Valencia, secc. 7.<sup>a</sup>, 2 de noviembre de 2004.
- SAP Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 16 de enero de 2007.
- SAP Valencia, secc. 7.<sup>a</sup>, 5 de septiembre de 2007.
- SAP Segovia, secc. 1.<sup>a</sup>, 11 de diciembre de 2007.
- SAP Barcelona, secc. 14.<sup>a</sup>, 31 de octubre de 2008.
- SAP León, secc. 1.<sup>a</sup>, 30 de enero de 2009.
- SAP Castellón, secc. 3.<sup>a</sup>, 10 de febrero de 2009.
- SAP A Coruña, secc. 3.<sup>a</sup>, 8 de noviembre de 2010.
- SAP Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 28 de marzo de 2012.
- SAP Madrid, secc. 9.<sup>a</sup>, 9 de mayo de 2014.
- SAP Cádiz, secc. 8.<sup>a</sup>, 16 de mayo de 2014.
- SAP Barcelona, secc. 17.<sup>a</sup>, 30 de mayo de 2016.
- SAP Valencia, secc. 6.<sup>a</sup>, 16 de octubre de 2017.
- SAP Ciudad Real, secc. 2.<sup>a</sup>, 23 de abril de 2018.
- SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, 14 de marzo de 2019.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABEL LLUCH, X. (2014). La prueba de la indemnización de los daños y perjuicios: daño emergente, lucro cesante y daño moral. *Práctica de Tribunales* [En línea], núm. 109.
- ÁLVAREZ OLALLA, M.<sup>a</sup>P. (2011). Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su exmujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* [En línea], núm. 9, 25-33.
- BELHADJ BEN GÓMEZ, C. (2015). Ocultación de paternidad y daños morales. *Revista Aranzadi Doctrinal* [En línea], núm. 4, 97-106.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2020). Daños en el derecho de familia: la ocultación de la paternidad no biológica del hijo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778, 1154-1204.
- CARRASCO PERERA, A. (2005). El precio de la infidelidad. *Actualidad Jurídica Aranzadi* [En línea], núm. 666.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (2018). El daño moral. Su dificultad probatoria y el problema de su cuantificación. *Actualidad Civil* [En línea], núm. 6.
- COLÁS ESCANDÓN, A.M.<sup>a</sup> (2011). Consecuencias derivadas del incumplimiento del régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos. Especial referencia al resarcimiento de los daños morales. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* [En línea], núm. 6, 111-142.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (2020). La ocultación de la madre de sus dudas sobre la paternidad y el daño moral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 465-478.

- ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2015). Responsabilidad civil por infidelidad conyugal. *Diario La Ley* [En línea], núm. 8.
- ESPÍN ALBA, I. (2016). Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 758, 3461-3482.
- FARNÓS AMORÓS, E. (2005). El precio de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7.<sup>a</sup>, 2 de noviembre de 2004. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* [En línea], núm. 2, disponible en <https://indret.com/precio-de-ocultar-la-paternidad/>
- (2007). Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, 16 de enero de 2007. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* [En línea], núm. 4, disponible en <https://indret.com/indemnizacion-del-dano-moral-derivado-de-ocultar-la-paternidad/>
- LACRUZ MANTECÓN, M.L. (2018). Lección 5: La filiación (I) y Lección 6: Filiación (II). Relaciones entre ascendientes y descendientes. En M.L. LACRUZ MANTECÓN. *Derecho civil: Familia y Sucesiones*, Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza (131-158 y 159-186).
- LLAMAS POMBO, E. (2020). *Las formas de prevenir y reparar el daño*. Madrid: Wolters Kluwer.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2019). Responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad. *Revista de Derecho Patrimonial* [En línea], núm. 48.
- MAGRO SERVET, V. (2018). Inexistencia de daño moral indemnizable ante descubrimiento de hijo consecuencia de infidelidad matrimonial. *Actualidad Civil* [En línea], núm. 11.
- MARÍN GARCÍA, I. (2010). Comentario a la Sentencia de 30 de junio de 2009. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* [En línea], núm. 84, 1369-1390.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.<sup>a</sup> T. (2004). ¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales? En C. Lasarte Álvarez et al. (coords.). *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia* [En línea].
- MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* [En línea], núm. 110, 239-282.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2021). Daño moral por ocultación de la paternidad: Hacia la puesta en valor de la relación paterno-filial. *Revista de Derecho Civil* [En línea], vol. VIII, núm. 1, 275-294, disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/628>
- MATE SATUÉ, L.C. (2021). La delimitación del concepto de daño moral: un estudio de la cuestión en el ordenamiento jurídico español. *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 278-313.
- MAZZILLI, E. (2012). La acción de Wrongful Life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* [En línea], núm. 10, 79-111.
- MURILLAS ESCUDERO, J.M. (2015). La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)* [En línea], núm. 13, 111-127, disponible en <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/redur/article/view/4175>
- NAVEIRA ZARRA, M.M. (2004). *El resarcimiento del daño en la Responsabilidad Civil Extracontractual* [En línea]. A Coruña: Universidade da Coruña.



- Departamento de Derecho Privado, disponible en <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/1131>
- NEVADO CATALÁN, V. (2018). Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* [En línea], núm. 4, disponible en <https://indret.com/responsabilidad-civil-derivada-de-la-indebida-atribucion-de-paternidad/>
- PANIZA FULLANA, A. (2011). Filiación impugnada: prescripción y daños continuados. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* [En línea], núm. 9, 45-54.
- PARDILLO HERNÁNDEZ, A. (2018). Responsabilidad civil en el ámbito familiar: indemnización por ocultación de la verdadera paternidad (Comentario a la Sentencia 629/2018, de 13 de noviembre, del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo). *Diario La Ley* [En línea], núm. 9316.
- PASCUAL FRANQUESA, E. (2008). *La impugnación de la filiación matrimonial* (Vol. II). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Fundación Wellington.
- PÉREZ GÁLLEGO, R. (2015). Nuevos daños en el ámbito del Derecho de Familia: Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica. *Revista de Derecho Civil* [En línea], vol. II, núm. 3, 141-175, disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/148>
- QUICIOS MOLINA, M.S. (2014). *Determinación e Impugnación de la filiación*. Pamplona: Aranzadi.
- RIBOT IGUALADA, J. (1998). El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes. *Anuario de Derecho civil* [En línea], vol. 51, núm. 3, 1105-1178, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46935>
- ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M. (2020). *Derecho de daños. Textos y materiales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (2006). El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica. *Revista de Derecho Privado* [En línea], año núm. 90, núm. 4, 27-54, disponible en [https://www.academia.edu/23147383/El\\_da%C3%B1o\\_moral\\_Una\\_aproximaci%C3%B3n\\_a\\_su\\_configuraci%C3%B3n\\_jur%C3%ADdica](https://www.academia.edu/23147383/El_da%C3%B1o_moral_Una_aproximaci%C3%B3n_a_su_configuraci%C3%B3n_jur%C3%ADdica)
- (2019). La falsa atribución de la paternidad como hecho generador de daño moral. *Revista de Derecho Privado*, vol. 103, núm. 3, 35-59.
- SERRANO CHAMORRO, M.E. (2020). ¿Hay daño moral indemnizable por ocultación de la paternidad en el matrimonio? *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* [En línea], núm. 142.
- SERRANO GARCÍA, J.A. (2021). Relaciones entre ascendientes y descendientes. En C. Bayod López y J.A. Serrano García (coordinadores). *Manual de Derecho Foral Aragonés*. Zaragoza: El Justicia de Aragón.
- UREÑA MARTÍNEZ, M. (2019). La ocultación de la paternidad matrimonial no genera daño moral ni patrimonial resarcible *ex* artículo 1902 del Código Civil. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* [En línea], núm. 110, 223-238.
- VICENTE DOMINGO, E. (2014). El daño. En L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago (coordinadores). *Nuevos Clásicos. Tratado de Responsabilidad Civil* [En línea]. Pamplona: Aranzadi, 317-462,
- VICENTE GÓMEZ, M.A. (2015). Trabajo Fin de Grado: *Las acciones wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español*, presentado en la Universidad de Salamanca, disponible en: [https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/127250/TG\\_VicenteGomez\\_Acciones.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/127250/TG_VicenteGomez_Acciones.pdf?sequence=1&isAllowed=y)



NOTAS

<sup>1</sup> LACRUZ MANTECÓN, M.L. (2018). Lección 5: La filiación (I). En M.L. LACRUZ MANTECÓN. *Derecho civil: Familia y Sucesiones*, Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 131-133.

<sup>2</sup> En el Derecho aragonés, se denomina «autoridad familiar» (arts. 63 a 93 del Código del Derecho Foral de Aragón), concebida como una función inexcusable que ejercen personalmente ambos progenitores, sin excluir la colaboración de otras personas, y siempre en interés del hijo. Así lo expone SERRANO GARCÍA J.A. (2021) en Relaciones entre ascendientes y descendientes, en C. Bayod López y J.A. Serrano García (coords.). *Manual de Derecho Foral Aragónés*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 180-185.

<sup>3</sup> LACRUZ MANTECÓN, M.L. (2018). Lección 6: Filiación (II). Relaciones entre ascendientes y descendientes. En M.L. LACRUZ MANTECÓN. *Derecho civil: Familia y Sucesiones*, Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 160-161.

<sup>4</sup> LACRUZ MANTECÓN, M.L. (2018). Lección 6: Filiación (II). Relaciones entre ascendientes y descendientes, *op. cit.*, 164-167.

<sup>5</sup> El artículo 65 del Código del Derecho Foral de Aragón señala como contenido básico de la «autoridad familiar» el deber de «crianza y educación de los hijos», y comprende igualmente una serie de derechos y deberes: tenerlos en su compañía, proveer a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, educarlos y procurarles una formación integral, y corregirlos de forma proporcionada, razonable y moderada, respetando plenamente su dignidad y sin imponer sanciones humillantes ni que atenten contra sus derechos. Así en SERRANO GARCÍA J.A. (2021). Relaciones entre ascendientes y descendientes, *op. cit.*, 180-189.

<sup>6</sup> Véase artículo 299 de la LEC.

<sup>7</sup> QUICIOS MOLINA, M.S. (2014). *Determinación e Impugnación de la filiación*. Pamplona: Aranzadi, 203-247.

<sup>8</sup> QUICIOS MOLINA, M.S. (2014). *Determinación e Impugnación de la filiación*, *op. cit.*, 33.

<sup>9</sup> Esta situación no siempre fue así, pues es con la Constitución española de 1978 cuando se consagra el principio de igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación (arts. 14 y 39.2 CE). En Aragón, la total equiparación entre la filiación adoptiva y la biológica es establecida por la Ley 3/1988, de 25 de abril, sobre la equiparación de los hijos adoptivos, y queda reflejado en el artículo 56 del Código del Derecho Foral de Aragón. Así en SERRANO GARCÍA J.A. (2021). Relaciones entre ascendientes y descendientes, *op. cit.*, 173-175.

<sup>10</sup> LACRUZ MANTECÓN, M.L. (2018). Lección 5: La filiación (I), *op. cit.*, 139-150.

<sup>11</sup> PASCUAL FRANQUESA, E. (2008). *La impugnación de la filiación matrimonial* (Vol. II). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Fundación Wellington, 15.

<sup>12</sup> En este sentido, podemos destacar, entre otros, LLAMAS POMBO, E. (2020). *Las formas de prevenir y reparar el daño*. Madrid: Wolters Kluwer, 27-28.

<sup>13</sup> LLAMAS POMBO, E. (2020). *Las formas de prevenir y reparar el daño*, *op. cit.*, 30.

<sup>14</sup> ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M. (2020). *Derecho de daños. Textos y materiales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 17.

<sup>15</sup> PÉREZ GÁLLEGO, R. (2015). Nuevos daños en el ámbito del Derecho de Familia: Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica. *Revista de Derecho Civil* [En línea], vol. II, núm. 3, 143.

<sup>16</sup> LLAMAS POMBO, E. (2020). *Las formas de prevenir y reparar el daño*, *op. cit.*, 217.

<sup>17</sup> LLAMAS POMBO, E. (2020). *Las formas de prevenir y reparar el daño*, *op. cit.*, 58.

<sup>18</sup> LLAMAS POMBO, E. (2020). *Las formas de prevenir y reparar el daño*, *op. cit.*, 83-95.

<sup>19</sup> Se exige, por tanto, intencionalidad o negligencia. La primera se refiere a haber actuado dolosamente, con la conciencia y voluntad de provocar un daño. Con el comportamiento negligente, el resultado dañoso no se ha buscado intencionadamente, pero se deriva de una conducta descuidada del responsable. La víctima tiene la carga de probar en el proceso la autoría del daño, el hecho dañoso y la relación de causalidad.

<sup>20</sup> ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M. (2020). *Derecho de daños. Textos y materiales*, *op. cit.*, 18-25.

<sup>21</sup> Esta sentencia enumera las distintas fases jurisprudenciales de dicha evolución hacia la objetividad, así como los criterios utilizados para ello, corrigiendo la rígida interpretación del artículo 1902 del Código Civil: en primer lugar, destaca la inversión de la carga de la prueba, que se traslada del demandante al demandado, quien debe probar su diligencia para excluir su responsabilidad; en segundo lugar, se alude a la elevación del nivel de diligencia o juicio de previsibilidad, debiendo probar que se ha actuado con toda la diligencia necesaria para evitar el daño; por último, hace referencia a la introducción del criterio del riesgo, en el sentido de que quien crea un riesgo con su actividad debe asumir las consecuencias del mismo y, ante un daño, debe probar que actuó diligentemente.

<sup>22</sup> Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

<sup>23</sup> Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos.

<sup>24</sup> Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

<sup>25</sup> ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M. (2020). *Derecho de daños. Textos y materiales*, op. cit., 17-18: Los *Principles of European Tort Law* parten de la superación de la culpa como único criterio de imputación.

<sup>26</sup> Sobre la clasificación de los daños, puede verse la realizada por ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M. (2020). *Derecho de daños. Textos y materiales*, op. cit., 233-261. La distinción entre daños materiales y morales se advierte normativamente en el artículo 110.3 del Código Penal.

<sup>27</sup> Díez-PICAZO, L. (2000). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 328-329.

<sup>28</sup> Así en PARDILLO HERNÁNDEZ, A. (2018). Responsabilidad civil en el ámbito familiar: indemnización por ocultación de la verdadera paternidad (Comentario a la Sentencia 629/2018, de 13 de noviembre, del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo). *Diario La Ley* [En línea], núm. 9316, 3.

<sup>29</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2021). Daño moral por ocultación de la paternidad: Hacia la puesta en valor de la relación paterno-filial. *Revista de Derecho Civil* [En línea], vol. VIII, núm. 1, 284. Contrariamente a la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo 629/2018, reconoce una indemnización por daño moral —estimando indemnizable el daño psicológico generado por la pérdida de la relación paternofilial— porque el supuesto de hecho es distinto: la pareja no estaba casada en el momento de la concepción, por lo que no puede hablarse de incumplimiento del deber de fidelidad y no es aplicable la doctrina del Tribunal Supremo.

<sup>30</sup> Véase, entre otros, BARCELÓ DOMENECH, J. (2015). *Responsabilidad civil en las relaciones familiares: La experiencia española*. Oporto: Universidade Lusófona do Porto, Faculdade de Direito, 139; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M. (2009). *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*. Cizur Menor: Civitas-Thomson-Reuters; MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* [En línea], núm. 110, 239-282; UREÑA MARTÍNEZ, M. (2019). La ocultación de la paternidad matrimonial no genera daño moral ni patrimonial resarcible ex artículo 1902 CC. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* [En línea], núm. 110, 223-238.

<sup>31</sup> Véase, entre otros, ROMERO COLOMA, A. (2009). Indemnizaciones entre cónyuges y su problemática jurídica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 715, 2441; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2016). La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares en España. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 222; FERRER RIBA, J. (2001). Relaciones familiares y límites del derecho de daños. *InDret*, núm. 4/2001, 3.

<sup>32</sup> PARDILLO HERNÁNDEZ, A. (2018). Responsabilidad civil en el ámbito familiar: indemnización por ocultación de la verdadera paternidad (Comentario a la Sentencia 629/2018, de 13 de noviembre, del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo), op. cit., 1.

<sup>33</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I. (2020). Daños en el derecho de familia: la ocultación de la paternidad no biológica del hijo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778, 1157.

<sup>34</sup> Como doctrina favorable a la aplicación del Derecho de daños al ámbito familiar, pueden citarse, entre otros, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2006). Remedios indem-

nizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales. En J.R. DE VERDA Y BEAMONTE (coord.). *Daños en el Derecho de Familia*. Navarra: Thomson Aranzadi, 147-148; BARCELÓ DOMENECH, J. (2012). El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar. En J.A. MORENO MARTÍNEZ (coord.). *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*. Madrid: Dykinson, 81-83.

En la orientación contraria, cabe destacar, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M. (2009). Responsabilidad Civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. *Cizur Menor: Civitas-Thomson-Reuters*, 33-100; MARTÍN-CASALS, M., y RIBOT IGUALADA, J. (2011). Daños en Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás. *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIV, Fascículo II.

<sup>35</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I. (2020). Daños en el derecho de familia: la ocultación de la paternidad no biológica del hijo, *op. cit.*, 1156.

<sup>36</sup> PÉREZ GÁLLEGO, R. (2015). Nuevos daños en el ámbito del Derecho de Familia: Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica, *op. cit.*, 156-157.

<sup>37</sup> MARÍN GARCÍA, I. (2010). Comentario a la Sentencia de 30 de junio de 2009. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* [En línea], núm. 84, 5.

<sup>38</sup> MARÍN GARCÍA, I. (2010). Comentario a la Sentencia de 30 de junio de 2009, *op. cit.*, 2010, 7-9.

<sup>39</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2006). Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales. En J.R. de Verda y Beamonte (coord.). *Daños en el Derecho de Familia*. Navarra: Thomson Aranzadi, 151.

<sup>40</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I. (2020). Daños en el derecho de familia: la ocultación de la paternidad no biológica del hijo, *op. cit.*, 1163.

<sup>41</sup> Véase, además, GARCÍA CANTERO, G. (1982). Comentario al artículo 68 del Código Civil. En M. Albadalejo García (dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. II, Madrid: Edersa, 196; GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1984). *Comentario al artículo 67 del Código Civil, Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I. Madrid: Tecnos, 322; ATIENZA NAVARRO, M.<sup>a</sup>L. (2006). La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio. En J.R. De Verda y Beamonte (dir.). *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*. Navarra: Thomson Aranzadi, 160.

<sup>42</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I. (2020). Daños en el derecho de familia: la ocultación de la paternidad no biológica del hijo, *op. cit.*, 1163.

<sup>43</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I. (2020). Daños en el derecho de familia: la ocultación de la paternidad no biológica del hijo, *op. cit.*, 1170.

<sup>44</sup> COLÁS ESCANDÓN, A.M.<sup>a</sup> (2011). Consecuencias derivadas del incumplimiento del régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos. Especial referencia al resarcimiento de los daños morales. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* [En línea], núm. 6, 3.

<sup>45</sup> En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.<sup>a</sup>) 466/2007 de 5 de septiembre de 2007.

<sup>46</sup> PÉREZ GÁLLEGO, R. (2015). Nuevos daños en el ámbito del Derecho de Familia: Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica, *op. cit.*, 150.

<sup>47</sup> PÉREZ GÁLLEGO, R. (2015). Nuevos daños en el ámbito del Derecho de Familia: Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica, *op. cit.*, 151.

<sup>48</sup> FARNÓS AMORÓS, E., (2005). El precio de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7.<sup>a</sup>, 2.11.2004. *Indret, Revista para el Análisis del Derecho* [En línea], núm. 2, 7.

<sup>49</sup> FARNÓS AMORÓS, E., (2007). Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, 16.1.2007. *Indret, Revista para el Análisis del Derecho* [En línea], núm. 4, 9.

<sup>50</sup> BELHADJ BEN GÓMEZ, C. (2015). Ocultación de paternidad y daños morales. *Revista Aranzadi Doctrinal* [En línea], núm. 4, 4.

<sup>51</sup> FARNÓS AMORÓS, E. (2005). El precio de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7.<sup>a</sup>, 2.11.2004, *op. cit.*, 8.

<sup>52</sup> FARNÓS AMORÓS, E. (2005). El precio de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7.<sup>a</sup>, 2.11.2004, *op. cit.*, 6.

<sup>53</sup> Hasta la reforma del Código Civil por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a

seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, la separación era contemplada como una sanción a emplear por uno de los cónyuges contra el otro por el incumplimiento de los deberes matrimoniales. Tras dicha reforma, la separación podía solicitarse por ambos cónyuges de mutuo acuerdo pasado un año desde la celebración del enlace, o por uno de ellos siempre que concurriese una causa de separación prevista legalmente (abandono injustificado del hogar, violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos, condena a pena privativa de libertad superior a 6 años, entre otras). Además, se introduce el divorcio como un remedio a las situaciones de quiebra matrimonial irreparables, procediendo solo por causas tasadas (entre otras, cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación, condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes). No obstante, con la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, tanto la separación como el divorcio dejan de ser causales, admitiéndose por la mera voluntad de cualquiera de los cónyuges, sin necesidad de alegar causa, transcurridos 3 meses desde la celebración del matrimonio.

<sup>54</sup> FARNÓS AMORÓS, E., (2007). Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, 16 de enero de 2007, *op. cit.*, 6.

<sup>55</sup> FARNÓS AMORÓS, E., (2007). Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, 16 de enero de 2007, *op. cit.*, 20.

<sup>56</sup> FARNÓS AMORÓS, E. (2007). Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, 16 de enero de 2007, *op. cit.*, 7.

<sup>57</sup> LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2019). Responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad. *Revista de Derecho Patrimonial* [En línea], núm. 48, 1, y SERRANO CHAMORRO, M.E. (2020). ¿Hay daño moral indemnizable por ocultación de la paternidad en el matrimonio? *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* [En línea], núm. 142, 5.

<sup>58</sup> LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2019). Responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad, *op. cit.*, 6.

<sup>59</sup> UREÑA MARTÍNEZ, M. (2019). La ocultación de la paternidad matrimonial no genera daño moral ni patrimonial resarcible *ex* artículo 1902 CC. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* [En línea], núm. 110, 8.

<sup>60</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2021). Daño moral por ocultación de la paternidad: Hacia la puesta en valor de la relación paterno-filial, *op. cit.*, 278.

<sup>61</sup> MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* [En línea], núm. 110, 11-25.

<sup>62</sup> MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo, *op. cit.*, 12-13.

<sup>63</sup> MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo, *op. cit.*, 15.

<sup>64</sup> MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo, *op. cit.*, 19-24.

<sup>65</sup> Auto del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2014.

<sup>66</sup> Artículos 143.2.º del Código Civil y 58 del Código del Derecho Foral de Aragón.

<sup>67</sup> RIBOT IGUALADA, J. (1998). El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes. *Anuario de Derecho civil* [En línea], vol. 51, núm. 3, 1108-1109.

<sup>68</sup> PÉREZ GÁLLEGO, R. (2015). Nuevos daños en el ámbito del Derecho de Familia: Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica, *op. cit.*, 168.

<sup>69</sup> Sentencias de la Audiencia Provincial de León (Sección 1.ª) 3/2007 de 2 de enero, y de Cádiz (Sección 2.ª) 125/2008 de 3 de abril.

<sup>70</sup> Sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 3.ª) 392/2006 de 20 de septiembre, Barcelona (Sección 18.ª) 27/2007 de 16 enero, y Valencia (Sección 7.ª) 466/2007 de 5 de septiembre.

<sup>71</sup> Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2.ª) 396/2002 de 7 de noviembre, y de Ciudad Real (Sección 2.ª) 52/2012 de 29 de febrero.

<sup>72</sup> MAGRO SERVET, V. (2018). Inexistencia de daño moral indemnizable ante descubrimiento de hijo consecuencia de infidelidad matrimonial. *Actualidad Civil* [En línea], núm. 11, 4-5.

<sup>73</sup> MAGRO SERVET, V. (2018). Inexistencia de daño moral indemnizable ante descubrimiento de hijo consecuencia de infidelidad matrimonial, *op. cit.*, 5.

<sup>74</sup> PÉREZ GÁLLEGO, R. (2015). Nuevos daños en el ámbito del Derecho de Familia: Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica, *op. cit.*, 168-169.

<sup>75</sup> Como se ha indicado, la obligación de alimentos deriva de la relación paterno-filial, de manera que el acreedor de los alimentos es el hijo (arts. 110 y 154 CC).

<sup>76</sup> LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2019). Responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad, *op. cit.*, 5.

<sup>77</sup> En el mismo sentido se pronuncian la Sentencia del Tribunal Supremo 687/1999, de 22 de julio, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 396/2002, de 7 de noviembre.

<sup>78</sup> FARNÓS AMORÓS, E., (2007). Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Barcelona, Sec. 18.ª, 16.1.2007, *op. cit.*, 15.

<sup>79</sup> MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo, *op. cit.*, 28, y BERROCAL LANZAROT, A.I. (2020). Daños en el derecho de familia: la ocultación de la paternidad no biológica del hijo, *op. cit.*, 1176-1177.

<sup>80</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2021). Daño moral por ocultación de la paternidad: Hacia la puesta en valor de la relación paterno-filial, *op. cit.*, 282.

<sup>81</sup> MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo, *op. cit.*, 31.

<sup>82</sup> MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo, *op. cit.*, 31.

<sup>83</sup> MAGRO SERVET, V. (2018). Inexistencia de daño moral indemnizable ante descubrimiento de hijo consecuencia de infidelidad matrimonial, *op. cit.*, 7.

<sup>84</sup> VICENTE DOMINGO, E. (2014). El daño. En L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago (coords.). *Nuevos Clásicos. Tratado de Responsabilidad Civil* [En línea]. Pamplona: Aranzadi, 46.

<sup>85</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I. (2020). Daños en el derecho de familia: la ocultación de la paternidad no biológica del hijo, *op. cit.*, 1179.

<sup>86</sup> ÁLVAREZ OLALLA, M.ª P. (2011). Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su exmujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* [En línea], núm. 9.

<sup>87</sup> Los daños *permanentes* se mantienen en el tiempo, mientras que los daños *continuados* no solo se mantienen, sino que se van agravando en cuanto su causa productora no cesa.

<sup>88</sup> MAGRO SERVET, V. (2018). Inexistencia de daño moral indemnizable ante descubrimiento de hijo consecuencia de infidelidad matrimonial, *op. cit.*, 4.

<sup>89</sup> MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo, *op. cit.*, 11.

<sup>90</sup> MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo, *op. cit.*, 11.

<sup>91</sup> En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 217/2012, de 13 de abril, apunta que «el daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés que ha sido infringido, y se indemniza junto al daño patrimonial, bien mediante la aplicación de reglas específicas, como



la del artículo 1591 del Código Civil, bien mediante las generales de responsabilidad contractual o extracontractual de los artículos 1101 y 1902 del mismo texto legal» (FJ5.º).

<sup>92</sup> Artículo 20:201 *Principles of European Tort Law*.

<sup>93</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1993). *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: Civitas, 365.

<sup>94</sup> ABEL LLUCH, X. (2014). La prueba de la indemnización de los daños y perjuicios: daño emergente, lucro cesante y daño moral. *Práctica de Tribunales* [En línea], núm. 109, 5.

<sup>95</sup> El profesor LLAMAS POMBO [LLAMAS POMBO, E. (2020)]. *Las formas de prevenir y reparar el daño*, op. cit., 200) considera más adecuada la distinción entre *daño al patrimonio y daño a la persona*, pues este último se refiere «tanto al cuerpo humano y todo lo que rodea al mismo (la integridad física, la estética, la funcionalidad, la salud en general) como a los sentimientos», de manera que abandona la confusa idea del «daño moral».

<sup>96</sup> LLAMAS POMBO, E. (2020). *Las formas de prevenir y reparar el daño*, op. cit., 199.

<sup>97</sup> Entre otros, ZOIDO ÁLVAREZ, J.I. (1994). Valoración de la vida y de la integridad física. En *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 165 y sigs.; GARCÍA LÓPEZ, R. (1990). Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 80.

<sup>98</sup> Entre otros, GÓMEZ POMAR, F. (1999). El daño moral. *InDret* 1/00, 1 y sigs.; DE ANGEL YAGÜEZ, R. (1993). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid: Civitas, 675; ROCA TRÍAS, E. (1998). *Derecho de Daños*. Valencia: Tirant lo Blanch, 125; y el artículo 10:301 de los *Principles of European Tort Law*, aunque sin definirlo.

<sup>99</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (2006). El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica. *Revista de Derecho Privado*, año núm. 90, núm. 4, 31.

<sup>100</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (2006). El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica, op. cit., 36.

<sup>101</sup> Sobre las categorías de daño moral, puede verse: MATE SATUÉ, L.C. (2021). La delimitación del concepto de daño moral: un estudio de la cuestión en el ordenamiento jurídico español. *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 278-313.

<sup>102</sup> ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2015). Responsabilidad civil por infidelidad conyugal. *Diario La Ley* [En línea], núm. 8, 2-3.

<sup>103</sup> LLAMAS POMBO, E. (2020). *Las formas de prevenir y reparar el daño*, op. cit., 210.

<sup>104</sup> LLAMAS POMBO, E. (2020). *Las formas de prevenir y reparar el daño*, op. cit., 211.

<sup>105</sup> LLAMAS POMBO, E. (2020). *Las formas de prevenir y reparar el daño*, op. cit., 211.

<sup>106</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (2006). El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica, op. cit., 40.

<sup>107</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (2006). El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica, op. cit., 42.

<sup>108</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (2006). El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica, op. cit., 47.

<sup>109</sup> LLAMAS POMBO, E. (2020). *Las formas de prevenir y reparar el daño*, op. cit., 324-326.

<sup>110</sup> Además de la Ley Orgánica 1/1982 y la LRCSCVM, también establecen bases para cuantificar la indemnización el artículo 47 de la Ley de Expropiación Forzosa, el artículo 140.2.a) de la Ley de Propiedad Intelectual, el artículo 74.2.a) de la Ley de Patentes, el artículo 43.2.b) de la Ley de Marcas, o el artículo 141.b) del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

<sup>111</sup> LLAMAS POMBO, E. (2020). *Las formas de prevenir y reparar el daño*, op. cit., 330-338.

<sup>112</sup> LLAMAS POMBO, E. (2020). *Las formas de prevenir y reparar el daño*, op. cit., 327.

<sup>113</sup> LLAMAS POMBO, E. (2020). *Las formas de prevenir y reparar el daño*, op. cit., 343-344.

<sup>114</sup> DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (2020). La ocultación de la madre de sus dudas sobre la paternidad y el daño moral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 467-468.

<sup>115</sup> Como indica SERRANO CHAMORRO, «Lo que no se puede reconocer a nadie es el derecho a beneficiarse de la relación de pareja a fin de atribuirle la paternidad al compañero, abusando de la confianza que pueda tener este». Así en SERRANO CHAMORRO, M.E. (2020). ¿Hay daño moral indemnizable por ocultación de la paternidad en el matrimonio?, op. cit., 6.

<sup>116</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T. (2004). ¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales? En C. Lasarte Álvarez et al. (coor-

dinadores). *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, 2.

<sup>117</sup> PÉREZ GALLEGO, R. (2015). Nuevos daños en el ámbito del Derecho de Familia: Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica, *op. cit.*, 145-146.

<sup>118</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.<sup>a</sup> T. (2004). ¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales?, *op. cit.*, 9.

<sup>119</sup> LLAMAS POMBO, E. (2020). *Las formas de prevenir y reparar el daño*, *op. cit.*, 23-27.

<sup>120</sup> PÉREZ GALLEGO, R. (2015). Nuevos daños en el ámbito del Derecho de Familia: Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica, *op. cit.*, 161.

<sup>121</sup> VICENTE GÓMEZ, M.A. (2015). Trabajo Fin de Grado: *Las acciones wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español*, presentado en la Universidad de Salamanca, 3: Estas acciones son definidas como aquellas demandas que se interponen tras el nacimiento de un niño con algún tipo de discapacidad —física y/o psíquica— contra el facultativo que atendió a la madre y que no cumplió su labor adecuadamente u ocultó información sobre graves deficiencias en el feto que, de haber sido conocidas, habrían posibilitado que la mujer interrumpiese su embarazo.

<sup>122</sup> MAZZILLI, E. (2012). La acción de Wrongful Life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* [En línea], núm. 10, 10.

<sup>123</sup> NEVADO CATALÁN, V. (2018). Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* [En línea], núm. 4, 21.

<sup>124</sup> Se trata de una sentencia penal por un delito de abuso sexual y otro de lesiones. El sujeto activo sufría una enfermedad bacteriana de transmisión sexual, circunstancia que comunicó a su pareja sexual, accediendo esta a mantener relaciones con él utilizando preservativo. En uno de sus encuentros, él simuló ponérselo y, como consecuencia, le contagió dicha enfermedad. De esta forma, además de cumplir las correspondientes penas, debe responder de la responsabilidad civil por el daño moral causado a la víctima.

<sup>125</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2021). Daño moral por ocultación de la paternidad: Hacia la puesta en valor de la relación paterno-filial, *op. cit.*, 285-293.



### 1.3. Derechos Reales

## La derogación de la suspensión de efectos de la fe pública registral.

### A propósito del artículo 28 LH

#### *The repeal of the suspension of effects of the registered public faith. Concerning the article 28 LH*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA  
*Profesora Titular (acreditada) de Derecho civil,  
Universidad Francisco de Vitoria*

**RESUMEN:** La reciente eliminación del artículo 28 LH 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, pone fin a la suspensión de efectos de la fe pública registral durante el plazo de dos años, cuando se adquiría un inmueble de un heredero o legatario del anterior titular registral. Analizamos en este artículo el fundamento de dicha suspensión de la fe pública, los requisitos para su aplicación, alcance y eficacia, y concluiremos acerca de la retroactividad de tal eliminación a las transmisiones ya efectuadas. En definitiva, se trata de responder a la pregunta de si tiene sentido hoy en día que se suspenda el principal efecto del Registro de la Propiedad que dota de seguridad al tráfico jurídico.

**ABSTRACT:** *The recent repeal of article 28 LH by Law 8/2021, of June 2, which reforms the civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, puts an end to the suspension of effects of the registered public faith during the period of two years, when a property was acquired from an heir or legatee of the previous registry owner. We analyze in this article the basis of said suspension of public faith, the requirements for its application. We try to reponse if it makes sense today to suspend the main effect of the Property Registry that provides security to legal traffic.*

**PALABRAS CLAVE:** Propiedad. Registro. Fe pública registral. Suspensión. Herederos.

**KEY WORDS:** *Property. Land register. Registered public faith. Suspension. Heirs.*

**SUMARIO:** I. ORIGEN Y FUNDAMENTO DEL ARTÍCULO 28 LH.—II. EXAMEN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 28 LH: APLICACIÓN Y EFICACIA.—III. DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 28 LH: ¿EFICACIA RETROACTIVA?—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. ORIGEN Y FUNDAMENTO DEL ARTÍCULO 28 LH

El recientemente derogado, eliminado, artículo 28 de la Ley Hipotecaria, 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, tenía el siguiente tenor: «Las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado, no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Exceptúense las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos».

Es decir, para el caso de que una persona adquiriera un bien inmueble de aquel que era un heredero o legatario del anterior titular registral, que había fallecido sin aparentes herederos forzosos (sin padres, hijos, cónyuge), dejando dicho inmueble a sus herederos voluntarios o legatarios, y aunque dicha adquisición se inscribiera en el Registro y se hubiera hecho en virtud de negocio jurídico válido, a título oneroso, de buena fe, y de quien aparecía en el Registro con facultad para transmitirlo —el heredero o legatario—, su adquisición no era realmente definitiva, no era oponible a esos terceros que alegaran ser propietarios de aquella finca por ser los herederos —forzosos— reales del causante, hasta que hubieran pasado dos años del fallecimiento de este. Esto era así, porque el artículo 28 LH establecía la suspensión temporal de efectos de la fe pública registral (art. 34 LH) durante un periodo de dos años. Es decir, no opera, no actúa, no hay fe pública registral en esa adquisición onerosa que cumple todos los requisitos para ello, haciendo peligrar y decaer tal adquisición inscrita, con el perjuicio y la inseguridad jurídica que ello supone para el adquirente.

El adquirente podía perder la finca adquirida frente al «nuevo» heredero que aparecía de repente, y ante esta situación podía decidir no contratar o, muchas veces, a pesar de decidirse a ello, debía desistir ante la falta de financiación hipotecaria, ya que las entidades bancarias podían negar el préstamo por el riesgo que conlleva de pérdida de la titularidad.

¿Por qué se producía esta situación? ¿Cuál era el fundamento o justificación del artículo 28 LH que suponía una excepción al pilar de los principios registrales?

La suspensión de efectos de la fe pública en el caso indicado se introdujo en la Ley Hipotecaria de 1869, en un párrafo segundo del artículo 23<sup>1</sup>. Como recoge la RDGRN de 4 de septiembre de 2019, en el preámbulo de dicha ley se afirmaba que «Hay, sin embargo, algunos bienes que no pueden ser inscritos en perjuicio de tercero, ni liberados, al menos dentro de cierto plazo, y son los adquiridos por herencia o legado. Así lo exige la imposibilidad de probar legalmente que un testamento, que se presenta como título para verificarse una inscripción, no está destruido por otro anterior otorgado con cláusula derogatoria —cláusulas *ad cautelam* derogatorias de un futuro testamento, prohibidas ahora— por haberlo revocado el testador, y en el que el derecho de los parientes de un finado, declarados sus herederos *ab intestato*, puede desaparecer por presentarse otros parientes más inmediatos».

La excepción a la suspensión de efectos con relación a las inscripciones a favor de herederos forzosos se introdujo en la reforma de la Ley de 17 de julio de 1877, y la Ley Hipotecaria de 1909 redujo el ámbito temporal de la suspensión de efectos a dos años y es, por fin, en la Ley de 1946, cuando se modifica el *dies a quo* del inicio del plazo de suspensión, al día de la muerte del causante, recogiendo el artículo 28 LH tal y como —hasta hoy— se conoce.

La actual redacción del artículo 28 LH se introdujo, por tanto, en la Ley Hipotecaria de 1946, y tal precepto se conoce como la «Ley de Cuba» y los motivos históricos fueron, precisamente, facilitar a los verdaderos herederos de ultramar del causante reclamar las propiedades que les pertenecían legítimamente como verdaderos herederos reales, solo que olvidados o desconocidos debido a la distancia física de encontrarse viviendo en Cuba<sup>2</sup>. Las dificultades de comunicación y transporte hacían que muchas veces fuera muy difícil conocer la existencia de esos herederos reales del causante y con este artículo se pretendía que los hijos de españoles que habían emigrado a las colonias tuvieran tiempo de regresar para reclamar su herencia. Por ello, se dio la «precaución» de no hacer definitiva la adquisición hasta transcurrido un periodo de dos años desde la muerte, a fin de que pudieran «aparecer», «volver», los verdaderos herederos y dueños, en consecuencia, de la finca transmitida.

Se estableció este precepto para aquellos casos en los que una persona fallecía sin hijos —y sin padres— y eran sus hermanos, sobrinos o primos quienes heredaban sus bienes y estos vendían el inmueble a un tercero que inscribía, pero después aparecían herederos con mejor derecho que reclamaban al otro heredero o legatario dicho inmueble. Se pretendía dar una oportunidad a los herederos reales frente a los aparentes, con un plazo de tiempo amplio para que pudieran enterarse y personarse, dadas las dificultades de comunicación y transporte con España, consiguiendo de este modo que los bienes se quedaran en manos de aquellos a quienes realmente hubieran correspondido, caso de haberse conocido su existencia antes, y haberse enterado del fallecimiento a tiempo. Se pretería de esta forma al tercer adquirente de buena fe que se fiaba de los libros del Registro, frente al heredero real desconocido.

El fundamento de este precepto se encuentra, como afirma la RDGRN de 4 de septiembre de 2019, en la prevalencia del heredero real frente al aparente: «tradicionalmente se considera que el fundamento de esta disposición es la inseguridad en el título sucesorio en cuanto pudieran aparecer parientes del causante que no habían sido tenidos en cuenta, o un testamento de fecha más reciente en el que se designe un heredero distinto. Es decir, protege a un eventual heredero real frente al aparente, en toda o parte de la sucesión. Se valora más improbable, salvo preterición, esta circunstancia en herederos forzosos. Por ello, el segundo inciso del precepto exceptúa, como sabemos, las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos». En el mismo sentido lo entiende SERRANO DE NICOLÁS cuando corrobora esta idea al afirmar «también se protege —aunque por otra vía, como es la de la relación de los artículos 33 y 34 LH— al heredero real frente al aparente, aunque tenga su título inscrito. No puede olvidarse que la relación entre heredero aparente inscrito y heredero real, que es donde se da la pugna, nunca cumplirá los presupuestos del artículo 34 LH, pues entre ellos nada contratan o se transmiten, sino que pugnan, quizás por desconocimiento o incluso involuntariamente, por ser los auténticos herederos»<sup>3</sup>.

Con este artículo, en definitiva, se pretendía la comprobación de la existencia de herederos voluntarios o beneficiarios de la sucesión, y no tanto y solo la

comprobación de legitimarios que pudieran tener derecho a parte de la herencia, como asimismo sostiene dicha resolución.

Parece entonces que su justificación era determinar la preferencia del heredero real, legitimario o no, frente al aparente; favorecer la titularidad del verdadero propietario frente a quién no debía serlo.

No obstante, si esa era la justificación del precepto, debemos preguntarnos por qué en este caso se prefiere al verdadero titular real frente al titular —en teoría— amparado por el Registro y la fe pública registral. ¿Por qué en este caso no juega el artículo 34 LH? ¿Cuál es la razón en virtud de la cual el legislador prefirió excepcionar el artículo 34 LH y favorecer al titular real frente al registral en contra de la norma general que pretende la seguridad en el tráfico?

Probablemente la respuesta esté en, como dice PÉREZ RAMOS<sup>4</sup>, y afirma la Resolución de la Dirección General de Fe Pública y Seguridad Jurídica (DGFPSJ) de 12 de junio de 2020, «la debilidad del título sucesorio» y la infrecuencia del supuesto de hecho que contempla. Y es que, en palabras de este autor, «los casos de debilidad del título sucesorio son posibles, sobre todo en los llamamientos a la sucesión intestada de colaterales, pero ciertamente son rarísimos»; de este modo, si fueran «los casos en que aparecieran herederos reales cuyos derechos fuesen burlados tendría sentido mantener un precepto como el artículo 28 LH, porque si la aplicación del artículo 34 LH se convierte en la regla general y no en la excepción se estaría pervirtiendo el sistema; y es que el artículo 34 LH es el último dique, el mecanismo de seguridad que se activa cuando el sistema de transmisión del dominio falla».

Es decir, la razón de la existencia del 28 LH frente al 34 LH está precisamente en su poco uso, y las pocas situaciones en las que se puede aplicar aquel frente a este. Más aún, teniendo en cuenta que cuando se publicó este artículo no existía el Registro de Actos de Última Voluntad, podía entonces ser más difícil enterarse del fallecimiento y apertura de la sucesión correspondiente, localizar un testamento posterior y encontrar o localizar a los herederos reales, pero tras la existencia de este Registro, es muy difícil que nos encontremos ante casos de hijos desconocidos que hayan podido desconocer y reclamar sus derechos o localizar el verdadero testamento válido, por lo que el supuesto que parece contemplar el artículo 28 LH carece hoy en día de sentido. El Registro de Últimas Voluntades es un registro informativo, pero, hoy en día, y gracias a los nuevos sistemas informáticos, se facilita enormemente dicha información y disminuyen los errores que antaño pudieran darse; si bien no impide la existencia de un testamento posterior que no esté registrado, disminuye mucho las posibilidades de error y desconocimiento<sup>5</sup>.

Como afirma MADRIDEJOS<sup>6</sup>, la excepcional utilización del artículo 28 LH, que reduce su aplicación a aquellos casos de herederos no legitimarios (las menos veces) que transmiten a un tercero, pudiendo existir otros herederos reales distintos de aquellos, desconocidos, hace que sea una norma de carácter residual e injustificada.

Y es que, la excepción que supone al artículo 34 LH no parece poder justificarse hoy en día. La regla del artículo 34 LH (siendo como es excepcional en nuestro sistema de transmisión de la propiedad de corte romano que exige la previa titularidad del transmitente para la eficaz transmisión), es fundamental para la seguridad del tráfico jurídico y no debe tener a su vez más excepciones; máxime cuando los supuestos que la excepcionan son tan nimios que no merecen la pena tenerse en cuenta.

Por todo ello, el fundamento histórico de este artículo 28 LH parece que ya no puede sostener, en la actualidad, dicho precepto.

Además, la realidad nos demuestra, como ya hemos adelantado, que este artículo suponía una dificultad para la seguridad del tráfico jurídico, tal y como se afirma en la página de Bankinter<sup>7</sup> que resume las dificultades o perjuicios reales que generaban de la siguiente forma: «a) Las viviendas heredadas eran más difíciles de vender porque muchos compradores se resistían a asumir la inseguridad jurídica que suponía esperar dos años para que la compraventa tuviese plenos efectos. b) Si se vendían, los precios se reducían porque los compradores aprovechaban para reclamar una rebaja del precio. c) Los bancos difícilmente podían aceptar como garantía de un préstamo hipotecario una vivienda en estas circunstancias lo que, de nuevo, dificultaba la venta de esas viviendas ya que no tenían prácticamente acceso a un préstamo».

A ello hay que añadir que, los casos previstos para la aplicación del 28 LH —a saber, la adquisición por herencia de no legitimarios (tíos, primos, sobrinos)—, normalmente implican que esos herederos deban vender el inmueble en cuestión para hacer frente al pago de los impuestos sucesorios, y, además, quieran repartirse el dinero entre ellos, pues la cotitularidad hace muy difícil la gestión del inmueble en cuestión; venta que, de aplicarse el 28 LH, no puede hacerse en un plazo de dos años, lo que realmente supone un perjuicio enorme, ya que esa transmisión hereditaria requiere de una rápida venta para hacer frente a los gastos tributarios.

Las desventajas de este artículo frente a sus ventajas o justificación —la aparición tardía de los herederos reales— en el mundo actual, conectado, global, con medios de comunicación y transporte rápidos y posibilidad de localización y conocimiento de los herederos lejanos parecen justificar, si no su derogación expresa, si al menos, su ostracismo.

## II. EXAMEN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 28 LH: APLICACIÓN Y EFICACIA

Corresponde ahora que analicemos con detalle el supuesto al que debía aplicarse el artículo 28 LH y su contra excepción en favor de los adquirentes de legitimarios o herederos forzosos, donde no cabría aplicar la primera regla de este artículo.

El tema más controvertido del artículo 28 LH ha sido el del alcance de su aplicación y eficacia. Es decir, si puede aplicarse solo a los supuestos del derecho común español, o también a los regidos por los derechos forales y extranjeros donde no existen los pretendidos legitimarios, o lo son de forma distinta a la contemplada en el derecho común. De este modo, al no existir legitimarios en sentido estricto, la contra excepción del segundo párrafo del artículo 28 LH no se aplicaría, por lo que actuaría siempre la suspensión de efectos de la fe pública del primero. Es decir, el adquirente de un legitimario «foral», normalmente con legítima *pars valoris* (los legitimarios son titulares de parte alícuota del valor de la herencia, realmente tienen un crédito contra la herencia), no resultaría protegido durante el periodo de dos años, pudiendo perder su derecho frente al verdadero heredero real; mientras que el adquirente de un legitimario «común», con legítima *pars bonorum* (los legitimarios son titulares o cotitulares de los bienes concretos de la herencia), sí que resultaría protegido. Esto no deja de ser una contradicción que conviene poner de relieve, y nos lleva a la necesidad de

averiguar si, en la contra excepción del artículo 28 LH, caben como herederos forzosos los legitimarios *pars valoris*, o incluso aquellos herederos que transmiten que no son legitimarios por no existir esa figura en la ley que rige la sucesión<sup>8</sup>.

Estos han sido los temas que la jurisprudencia ha tratado respecto de este artículo en dos resoluciones de la Dirección General de los Registros del Notariado, muy parecidas ambas, y prácticamente las únicas existentes sobre este artículo 28 LH, lo que pone de manifiesto la casi nula relevancia práctica del mismo, como ya se adelantó.

La Resolución de la DGRN de 30 de octubre de 2019 consideró aplicable el artículo 28 LH a una sucesión hereditaria regida por el derecho inglés donde no existe una institución similar a la legítima, debiendo suspenderse la fe pública registral por el periodo establecido, sin que quepa cancelar la anotación de tal suspensión. Se trataba de la inscripción de una compraventa de una finca sita en España, cuyo transmitente era un heredero en una herencia regida por el derecho inglés. Ese heredero no era un heredero forzoso, porque no existe esa figura en el Reino Unido, por lo que se inscribió la limitación de efectos de la fe pública. Se solicita por el recurrente la cancelación de dicha suspensión. La DGRN, lejos de considerar que no es aplicable el artículo 28 LH y la suspensión de la fe pública por tratarse de una sucesión regida por ley extranjera, afirma que tal condición «refuerza su objetivo y finalidad». Argumenta para ello, que el artículo 28 LH no busca comprobar la existencia de legitimarios, sino de herederos reales, y que el Reglamento europeo de sucesiones (Reglamento UE núm. 650/2012) dota a este artículo de un especial significado. En concreto, afirma lo siguiente: «Es fácil deducir, por tanto, que el artículo 28 de la Ley Hipotecaria, ni en su actual redacción ni en sus anteriores versiones se dirige —especialmente— a la comprobación de la existencia de legitimarios, titulares de partes reservadas, en la terminología del instrumento europeo, —como considera el recurrente— sino principalmente a la comprobación de herederos voluntarios o beneficiarios de la sucesión. 11. La facilitación de las sucesiones internacionales tras la entrada en aplicación del Reglamento (UE) núm. 650/2012, no solo no excluye la limitación temporal que establece el precepto, sino que le dota de un especial significado acercándose, nuevamente, a su contexto histórico. Su interés y utilidad se fundamenta de una parte, en las especiales normas previstas en el instrumento europeo para las disposiciones «mortis causa» (arts. 3.1, 24 y 25 basadas en la ley putativa referida a la residencia habitual en defecto de «*professio iuris*») y de otra, en la dificultad probatoria de los elementos de hecho relevantes en la aplicación de la ley extranjera. 12. Este último elemento, es de especial interés en un ordenamiento como el nuestro que admite la sustanciación de las sucesiones por la autoridad española aplicando, sin embargo, una ley extranjera (considerandos 27 y 43 y artículos 4 a 12, 21, 22, 27, 31 y 31, entre otros). A ello debe añadirse la evidente dificultad en exigir y probar la existencia y anotación en un Registro de títulos testamentarios. La norma europea, para las herencias causadas tras su aplicación, dificulta los criterios de búsqueda dadas las especiales normas de validez material y formal de las disposiciones mortis causa. [arts. 26 y 27 del Reglamento (UE) núm. 650/2012]. Por todo ello, la aplicación de la ley extranjera, máxime de un tercer Estado no europeo a la sucesión «mortis causa», no solo es compatible con el artículo 28 de la Ley Hipotecaria, sino que refuerza su objetivo y finalidad».

En la Resolución de la Dirección General de Fe Pública y Seguridad Jurídica (DGFPJSJ) de 12 de junio de 2020 se considera asimismo aplicable el artículo 28 LH a la sucesión regulada por el derecho catalán donde la legítima se considera

como *pars valoris bonorum*. Se trataba de la inscripción de la adquisición de la propiedad de una finca adquirida por legado en una sucesión regida por el derecho catalán, en la que constaba la limitación de efectos de la fe pública registral, solicitándose por los propios legatarios la cancelación de tal limitación, al acreditar mediante acta de notoriedad la no existencia de legitimarios en este caso, antes de haber transcurrido el plazo de dos años que marca el artículo 28. El registrador deniega la cancelación solicitada, pues entiende que es aplicable esa limitación de efectos, aunque no haya legitimarios, y no procede cancelar hasta transcurrido el plazo señalado. El recurrente alega asimismo que el artículo 28 no debe aplicarse a una sucesión regida por la ley catalana, pues el sistema de legítimas del derecho común y el catalán son muy diversos, y el artículo 28 debe aplicarse solo al derecho común. La DGFPSJ confirma la decisión del registrador, y repite los argumentos de la anterior resolución de 2019, en el sentido de considerar que el fundamento del artículo 28 LH no es comprobar la existencia de los legitimarios, sino de otro heredero real que deba ser preferido al aparente durante ese periodo de 2 años.

Establece también esta resolución que para aplicarse la contra excepción del párrafo segundo del 28 LH (que no haya suspensión), en el adquirente que se va a preferir al heredero real deben concurrir dos requisitos: que adquiera de heredero no forzoso, y que sea un tercero del 34 LH. En este caso, resultará claramente protegido desde el inicio, y no se aplicará la suspensión de efectos.

Pero, además, en esta resolución encontramos argumentos para entender que, dentro de ese «heredero forzoso» transmitente del adquirente protegido, caben los legitimarios propios del derecho común, como también los legitimarios *pars valoris*, o *pars valoris bonorum* como es el caso catalán. Si a ese legitimario *pars valoris bonorum*, le hubiesen satisfecho el valor de su legítima con un bien concreto de la herencia, y luego lo hubiese transmitido a un tercero que inscribe, estaríamos ante la excepción del segundo párrafo del artículo 28, gracias al juego de la aplicación de los artículos 451.1, 451-15 y 451-11 del Código Civil catalán.

La resolución lo expresa de la siguiente forma: «Para la determinación de quienes sean los legitimarios habrá que estar a la legislación civil aplicable. El recurrente alega que la naturaleza de la legítima en Derecho civil común y en Derecho civil catalán es distinta. Efectivamente, el artículo 451.1, Código Civil catalán señala que «la legítima confiere a determinadas personas el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial que este puede atribuirles a título de institución hereditaria, legado, atribución particular o donación, o de cualquier otra forma». Por su parte el artículo 451-15, señala: «1. El heredero responde personalmente del pago de la legítima y, si procede, del suplemento de esta. 2. El legitimario puede solicitar la anotación preventiva de la demanda de reclamación de la legítima y, si procede, del suplemento en el Registro de la Propiedad. 3. Si la legítima se atribuye por medio de un legado de bienes inmuebles o de una cantidad determinada de dinero, el legitimario también puede solicitar, si procede, la anotación preventiva del legado. El legado simple de legítima no tiene a tal efecto la consideración de legado de cantidad y no da lugar, por sí mismo, a ningún asentamiento en el Registro de la Propiedad». Por lo tanto, como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 21 de noviembre de 2018, hay que partir de una clara afirmación, cual es que la legítima en ese derecho civil especial es un derecho de crédito (sin garantía real alguna «de lega data») que determinados parientes tienen contra los herederos del causante, no siendo exacto seguir calificándola como «*pars valoris bonorum*», dado que el legitimario



carece de acción real. Afirmaciones, estas, claramente avaladas por preceptos como el citado artículo 451-1 del Código Civil catalán, que presenta la legítima como el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor que este puede atribuir por cualquier título; o el artículo 451-15.1, según el cual responde el heredero personalmente del pago de la legítima y en su caso de su suplemento. Sin olvidar, por último, que, conforme al artículo 451-11, es el heredero quien decide, si no lo ha hecho antes el causante, cómo se paga la legítima, si en dinero, aunque no lo haya en la herencia, o en bienes relictos. Ahora bien, lo anterior no implica ni la inexistencia de la legítima ni el hecho de que esta pueda satisfacerse en bienes de la herencia. El artículo 451-11 «Pago de la legítima» del Código Civil catalán, señala: «1. El heredero o las personas facultadas para hacer la partición, distribuir la herencia o pagar legítimas pueden optar por el pago, tanto de la legítima como del suplemento, en dinero, aunque no haya en la herencia, o por el pago en bienes del caudal relicto, siempre y cuando, por disposición del causante, no corresponda a los legitimarios percibirlos por medio de institución de heredero, legado o asignación de un bien específico, atribución particular o donación». Por ello «si el tercero adquiere los bienes de la herencia del legitimario, por habersele satisfecho a este con dichos bienes su crédito, estará protegido por la fe pública registral al serle aplicable la excepción del segundo inciso del artículo 28 de la Ley Hipotecaria, de forma que dicho tercero devendrá inatacable en su adquisición».

En conclusión, el artículo 28 LH es aplicable igualmente a una sucesión que se rija por el Derecho catalán y aunque no haya legitimarios, ya que pretende buscar y favorecer a los herederos reales frente a los aparentes, pero asimismo es aplicable su excepción del párrafo segundo cuando existan legitimarios conforme al derecho civil catalán, y se adquiera de ellos.

### III. DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 28 LH: ¿EFICACIA RETROACTIVA?

En cualquier caso, dada la obsolescencia, el cambio de circunstancias históricas, la poca utilidad práctica del mismo y, sobre todo, las dificultades y desventajas que su aplicación supone para el tráfico jurídico inmobiliario, el artículo 28 LH se ha eliminado de nuestro ordenamiento y ya no tiene aplicación ni eficacia desde el pasado 3 de septiembre de 2021. En consecuencia, ya no deberá hacerse constar tal limitación de efectos en el Registro a partir de entonces.

Esta eliminación radical del artículo genera nuevos problemas: ¿Qué ocurre con esas limitaciones de efectos de fe pública ya inscritas en el registro cuando todavía no han transcurrido los dos años que el artículo establece? ¿Deben cancelarse o mantenerse?

Esto es lo mismo que preguntarnos si la eliminación del artículo 28 LH, con su limitación de efectos, debe tener eficacia retroactiva o no. Está claro que, a partir de ahora, toda adquisición por parte de un tercero de un heredero no forzoso, si cumple el resto de los requisitos del artículo 34 LH, está plenamente protegida frente a cualquiera, *erga omnes*, incluido por supuesto el heredero real que antes se pretendía proteger. Vuelve a aplicarse la regla, el principio hipotecario de fe pública en todo su desarrollo (aunque no puede olvidarse que este a su vez es una excepción al sistema tradicional civil de transmisión de la propiedad<sup>9</sup>). A partir de ahora —3 de septiembre de 2021— ninguna inscripción de adquisición de este tipo que llegue al Registro incluirá tal limitación de efectos. El problema persiste en aquellas inscripciones que sí estaban afectadas por tal limitación de

efectos, y todavía no ha transcurrido el periodo de suspensión de 2 años desde la muerte del causante. ¿Debe cancelar de oficio el registrador tal anotación? ¿Debe solicitarlo la parte interesada?

La mayoría de la doctrina se inclina por pensar que la derogación del artículo 28 LH debe aplicarse de forma retroactiva, y debe tenerse por no existente tal limitación de efectos inscrita, al menos en todos aquellos casos en los que no se haya iniciado contienda judicial al respecto. A pesar de ser una excepción al principio de irretroactividad de las leyes, ya que tal eficacia retroactiva no está contemplada en la ley expresamente, puesto que el legislador se ha limitado a eliminarlo sin decir nada acerca de su eficacia a las situaciones anteriores, no puede olvidarse que el artículo 28 LH es también una excepción y por tanto debe interpretarse restrictivamente.

La doctrina entiende que así debe ser, puesto que, como ya hemos adelantado antes, la aplicación práctica de este artículo y las desventajas enormes que suponen para el tráfico jurídico así lo aconsejan, tal y como afirma la propia exposición de motivos de la Ley 8/2021 que recoge su eliminación: «se elimina el artículo 28 de la Ley Hipotecaria, dado que los supuestos que eventualmente este artículo está llamado a proteger son muy residuales en comparación con el perjuicio que ocasiona en la sucesión de colaterales y extraños y la perturbación del tráfico, generando situaciones antieconómicas». Resume muy bien los argumentos a favor de la retroacción, MARTORELL, haciéndose eco de lo expresado por OÑATE<sup>10</sup>, y sintetiza sus argumentos de la siguiente forma:

- «El artículo 28 LH establecía una excepción al principio de fe pública registral y, como toda excepción, ha de interpretarse restrictivamente.
- No era una norma sustantiva que atribuyese derechos subjetivos concretos, sino una norma procedimental, de manera que el derecho a reivindicar del supuesto heredero real no se lo daba ni se lo quitaba este precepto.
- Tampoco se sabe si existe este heredero real, con lo cual no hay titular de derecho alguno que se vea afectado, ni siquiera una expectativa mientras no se demande y se anote registralmente tal demanda.
- Registralmente no tenía la consideración de carga que exija un especial procedimiento para su cancelación, simplemente era la constatación de una limitación legal a la eficacia del asiento.
- Así ha sido entendido, por ejemplo, en relación al supuesto análogo del 1939 del Código Civil por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2020».

En efecto, la no consideración de carga que recaiga sobre el inmueble —como ya afirmó la STS de 22 de enero de 2010 para la limitación de efectos fe pública del artículo 207 LH—, ya dividió a los registradores, en cuanto a la necesidad o no de hacerla constar en el Registro, resolviéndose mayoritariamente por los beneficios de su constancia, a pesar de tratarse de una simple limitación, pero necesaria para dar seguridad en el tráfico pues suponía la excepción a la fe pública registral. Pero, precisamente, el hecho de no ser una carga real, hace que la retroactividad del 28 LH sea más fácilmente defendible, del mismo modo que, al ser una mera limitación de efectos, sin tratarse de una carga real, ni mucho menos procurar un derecho subjetivo, debe facilitarse su eliminación del registro en todas aquellas inscripciones a las que esté afectando. La seguridad del tráfico así parece exigirlo cuando no se están perjudicando intereses particulares, sino mas bien lo contrario.

#### IV. CONCLUSIONES

I. El artículo 28 LH supone una limitación de efectos de la fe pública registral durante un periodo de dos años, a contar desde la muerte del causante, en aquellas adquisiciones onerosas de un bien inmueble que el transmitente adquirió por medio de herencia o legado, sin ser heredero forzoso.

II. Se trata de una excepción al principio de fe pública registral, pues ese subadquirente no puede alegar la protección de la fe pública registral frente a quien le reclame dicho inmueble por tratarse del propietario legítimo por ser el verdadero heredero.

III. El fundamento o la justificación de este artículo se encuentra en otorgar preferencia al heredero real frente al aparente inscrito en el Registro, basado en razones históricas, por la dificultad de conocimiento de la apertura hereditaria real que antaño se ocasionaba, dada la —a veces— gran distancia física de los verdaderos herederos, y la ausencia de un registro de últimas voluntades, y medios tecnológicos para poner en comunicación dicha sucesión hereditaria.

IV. La contra excepción a la excepción que recoge este artículo se encuentra en su párrafo segundo, ya que cuando los herederos que transmiten el inmueble sean herederos forzosos, no habrá suspensión de fe pública, ya que entiende el legislador que en estos casos es muy difícil la existencia de otro heredero real distinto de este.

V. Por herederos forzosos deben entenderse por supuesto los *legitimarios pars bonorum*, propios del derecho civil común, en los que pensaba el legislador para esta excepción, pero también se aplica y afecta a esos *legitimarios pars valoris*, o *pars valoris bonorum* propios de los derechos forales; o incluso en aquellas sucesiones en las que no existan legitimarios, por no tener un sistema de legítima propio de nuestro ordenamiento. La aplicación del artículo 28 LH se ha extendido a través de la interpretación jurisprudencial.

VI. Pero, hoy en día, las razones de su inclusión en la Ley Hipotecaria no tienen sentido, pues es fácil y rápido poder conocer la apertura de la sucesión y los llamados a la misma. Además, la escasísima utilidad práctica de este artículo, pues es muy poco frecuente una sucesión hereditaria en favor de personas distintas de los herederos forzosos, hace que no se vea necesario justificar su presencia.

VII. Todo ello unido a las desventajas que tal artículo supone para la seguridad y agilidad del tráfico jurídico, debido a que los herederos o legatarios (no legitimarios) se encuentran con verdaderas dificultades a la hora de vender los inmuebles que han heredado, precisamente por no dar seguridad a la adquisición de su comprador, y a la dificultad añadida de que ningún banco querrá financiar dicha compra por idéntico motivo, aconsejan a todas luces su derogación.

VIII. Esto es lo que hizo la Ley 8/2021, que elimina directamente dicho artículo, poniendo fin a un precepto legal que, como decimos, interrumpe o condiciona las transmisiones inmobiliarias por falta de seguridad jurídica.

IX. Esa eliminación debe afectar, por supuesto, a las sucesivas y posteriores sucesiones a partir de su entrada en vigor (3 de septiembre de 2021), pero, entiendo que también debe aplicarse con cierta retroactividad a aquellos supuestos que ya se habían producido, que están sometidos todavía a la limitación de efectos de los dos años porque estos no han transcurrido, y siempre que no haya contienda sobre la adquisición.

X. Las razones para sostener dicha «retroactividad» son que el supuesto contemplado en el artículo 28 LH es una excepción a nuestro principio de fe pública registral, y por tanto debe interpretarse restrictivamente; además no recoge

una carga o gravamen para el inmueble sino solo una limitación, por lo que su eliminación es más sencilla sin necesidad de un procedimiento de cancelación; y por último, este artículo ni otorga ni quita ningún derecho subjetivo al heredero aparente que puede seguir reivindicando el inmueble si así lo considera y tiene justificación para ello.

XI. En definitiva, la eliminación del artículo 28 LH me parece adecuada, justa y coherente con un sistema de seguridad jurídica de calidad y sin fisuras que es el que debe defenderse y mantenerse en nuestro ordenamiento.

## V. RESOLUCIONES CITADAS

### TRIBUNAL SUPREMO

- 22 de enero de 2010
- 20 de enero de 2020

### DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- 4 de septiembre de 2019
- 30 de octubre de 2019

### DIRECCIÓN GENERAL DE FE PÚBLICA Y SEGURIDAD JURÍDICA

- 12 de junio de 2020

## VI. BIBLIOGRAFÍA

BANKINTER, <https://www.bankinter.com/blog/finanzas-personales/desaparece-articulo-mas-injustos-ley-hipotecaria>

MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A. (2021). ¿Nadie va a derogar nunca el artículo 28 de la Ley Hipotecaria? *El Notario del siglo XXI*, núm. 99, septiembre-octubre, 1-8, disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/10638-nadie-va-a-derogar-nunca-el-articulo-28-de-la-ley-hipotecaria>.

MARTORELL, V. (2021). La supresión del artículo 28 de la Ley Hipotecaria por la ley 8/2021: de la obsolescencia a la modernidad, pasando por la contradicción. *Notarios y Registradores*, disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/supresion-articulo-28-ley-hipotecaria/#>.

PÉREZ RAMOS, C. (2021). Pretendiendo explicar una posible reforma del artículo 28 de la Ley Hipotecaria. *Revista El Notario del Siglo XXI*, núm. 99, septiembre-octubre, 1-6, disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/10636-pretendiendo-explicar-una-posible-reforma-del-articulo-28-de-la-ley-hipotecaria>.

SERRANO DE NICOLÁS, A. (2021). Artículo 28 Ley Hipotecaria, sus vicisitudes históricas y sentido actual. *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 1 (enero-marzo, 2021), 51-92, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216.

VALLS I XUFRE, J.M. (2021). Artículo 28 de la Ley Hipotecaria. Una anomalía anacrónica a revisar. *El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre, núm. 99, 1-9, disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/10637-articulo-28-de-la-ley-hipotecaria-una-anomalia-anacronica-a-revisar>.

## NOTAS

<sup>1</sup> Sobre el origen y evolución histórica del artículo 28 LH, véase SERRANO DE NICOLÁS, A. (2021). Artículo 28 Ley Hipotecaria, sus vicisitudes históricas y sentido actual. *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 1 (enero-marzo, 2021), 51-92, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216.

<sup>2</sup> No deja de sorprender que se aprobara este artículo en 1946 para facilitar el «regreso» de los herederos de las «colonias» españolas, cuando Cuba, la última de nuestras colonias se perdió en 1898. Por lo tanto y como sugiere la redacción de Bankinter, en su blog, probablemente este artículo ya nació obsoleto. Véase: <https://www.bankinter.com/blog/finanzas-personales/desaparece-articulo-mas-injustos-ley-hipotecaria>

<sup>3</sup> SERRANO DE NICOLÁS, A. (2021). Artículo 28 Ley Hipotecaria, sus vicisitudes históricas y sentido actual, *ob. cit.*, 78.

<sup>4</sup> PÉREZ RAMOS, C. (2021). Pretendiendo explicar una posible reforma del artículo 28 de la Ley Hipotecaria. *Revista El Notario del Siglo XXI*, núm. 99, septiembre-octubre, 5, disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/10636-pretendiendo-explicar-una-posible-reforma-del-articulo-28-de-la-ley-hipotecaria>.

<sup>5</sup> En este sentido, manifiesta MADRIDEJOS FERNÁNDEZ que el Registro de Últimas Voluntades «se trata de un registro informativo y que, en todo caso, debe prevalecer el testamento posterior, figure o no registrado, pero también lo es que los errores son estadísticamente mínimos y en la inmensa mayoría de los pocos casos en que tales errores existen resulta posible su subsanación a posteriori», y continua este autor explicando en relación a la posibilidad de testamentos no inscritos que «Es cierto que el problema puede derivarse de la existencia de testamentos ológrafos, que no acceden al Registro de Últimas Voluntades, y que, si tardan en aparecer y protocolizarse, pueden propiciar que se abra la sucesión con base en un testamento notarial revocado por el ológrafo o en una declaración de herederos abintestato improcedente. Pero, frente a ello, hay que señalar, una vez más, que no se puede generalizar una solución extraordinaria en atención a situaciones patológicas que estadísticamente son muy escasas ya que el número de testamentos ológrafos es insignificante frente al de testamentos notariales, que el problema de los testamentos ológrafos se plantea tengan o no los sucesores la condición de herederos forzosos y que, en cualquier caso, la solución del artículo 28 LH sería solo parcial, puesto que se suspende la fe pública registral durante dos años siendo así que el plazo previsto por el Código civil para su protocolización es de cinco años». Véase MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A. (2021). ¿Nadie va a derogar nunca el artículo 28 de la Ley Hipotecaria? *El Notario del Siglo XXI*, núm. 99, septiembre-octubre, 4, disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/10638-nadie-va-a-derogar-nunca-el-articulo-28-de-la-ley-hipotecaria>

<sup>6</sup> MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A. (2021). ¿Nadie va a derogar nunca el artículo 28 de la Ley Hipotecaria?, *ob. cit.*, 3: «En este sentido, creo que el artículo 28 intentar resolver, de forma fragmentaria (solo si el que hereda no es legitimario, es decir, excluyendo la mayoría de los casos) y temporal (por el plazo arbitrario de dos años), un problema que muy pocas veces se da en la práctica, imponiendo con carácter general una solución prevista para una situación patológica excepcional, lo que supone que para proteger a unos hipotéticos beneficiarios, muy escasos en la práctica, se generan gravísimos problemas en la sucesión por colaterales o extraños y se produce un grave quebranto del tráfico».

<sup>7</sup> Véase: <https://www.bankinter.com/blog/finanzas-personales/desaparece-articulo-mas-injustos-ley-hipotecaria>

<sup>8</sup> Sobre la aplicabilidad del artículo 28 LH a los derechos forales, y la dificultad que esto entraña por las diferentes figuras contempladas en ellos, véase VALLS I XUFRE, J.M. (2021).

Artículo 28 de la Ley Hipotecaria. Una anomalía anacrónica a revisar. *El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre, núm. 99, 1-9, disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/10637-articulo-28-de-la-ley-hipotecaria-una-anomalia-anacronica-a-revisar>

<sup>9</sup> Véase en este sentido a PÉREZ RAMOS, C. (2021). Pretendiendo explicar una posible reforma del artículo 28 de la Ley Hipotecaria, *ob. cit.*, 5: «Y es que si fueran frecuentes los casos en que aparecieran herederos reales cuyos derechos fuesen burlados tendría sentido mantener un precepto como el artículo 28 LH, porque si la aplicación del artículo 34 LH se convierte en la regla general y no en la excepción se estaría pervirtiendo el sistema; y es que el artículo 34 LH es el último dique, el mecanismo de seguridad que se activa cuando el sistema de transmisión del dominio falla».

<sup>10</sup> VICENTE MARTORELL recoge las palabras de Javier OÑATE en el chat de Telegram *Vanguardia Notarial*, en su artículo: MARTORELL, V. (2021). La supresión del artículo 28 de la ley hipotecaria por la ley 8/2021: de la obsolescencia a la modernidad, pasando por la contradicción. *Notarios y Registradores*, disponible en <https://www.notariosregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/supresion-articulo-28-ley-hipotecaria/#>.

#### 1.4. Sucesiones

## Fundamentos jurídicos del maltrato psicológico *ex iusta causa* para desheredar en la reciente doctrina jurisprudencial

### *Legal grounds for psychological abuse ex iusta causa for disinheritance in recent jurisprudential doctrine*

por

ELISA MUÑOZ CATALÁN

PDI

*Universidad Internacional de La Rioja*

**RESUMEN:** Con la realización del presente estudio jurisprudencial, nuestro objetivo principal es adentrarnos en la doctrina existente sobre el maltrato psicológico como causa de desheredación conforme a lo dispuesto en el artículo 853.2 del Código civil español y a la luz de la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo 267/2019, Sala de lo Civil, de fecha 13/05/2019. Como tendremos ocasión de examinar, en dicho pronunciamiento el Tribunal Supremo confirmó que el maltrato psicológico quedaba englobado dentro de las causas justas para desheredar a los hijos o descendientes, al rechazar las alegaciones realizadas por los hijos desheredados en el testamento de su madre. Demostrándose, además, que ambos hermanos incurrieron en una conducta de menosprecio y abandono familiar respecto de su madre y testadora, sin justificación alguna y solo imputable a los mismos. En suma, desheredar supone privar de la legítima, mediante una previsión testamentaria del causante, a cualquiera de los herederos forzosos o legitimarios, y la mencionada sentencia viene a reafirmar como legítima dicha *ex iusta causa* de desheredación a los descendientes.

**ABSTRACT:** *With the realization of this jurisprudential study, our main objective is to delve into the existing doctrine on psychological abuse as a cause of disinheritance in accordance with the provisions of article 853.2 of the Spanish Civil Code and in light of the most recent Supreme Court sentence 267/2019. Civil Chamber, dated 05/13/2019. As we will have occasion to examine, in said ruling the Supreme Court confirmed that psychological abuse was included within the just causes to disinherit the children or descendants, by rejecting the allegations made by the disinherited children in their mother's will. It was also shown that both brothers engaged in behavior of contempt and family abandonment with respect to their mother and testator, without any justification and only attributable to them. In short, to disinherit means to deprive of the legitimate, by means of a testamentary provision of the deceased, any of the forced or legitimate heirs, and the aforementioned sentence reaffirms as legitimate said ex iusta causa of disinheritance of the descendants.*



**PALABRAS CLAVE:** Abandono familiar. Desheredación. Maltrato psicológico. Menosprecio. Sentencia. Testamento.

**KEY WORDS:** Family abandonment. Disinheritance. Psychological abuse. Contempt. Judicial sentence. Testament.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL MALTRATO PSICOLÓGICO COMO CAUSA DE DESHEREDACIÓN A LA LUZ DE LA STS 267/2019, DE 10 DE MAYO: 1. HECHOS EN QUE CONSISTE EL CASO PROPUESTO. 2. PRETENSIONES DE LAS PARTES IMPLICADAS. 3. CONTEXTO JURÍDICO, PROBLEMA PRINCIPAL Y RELEVANCIA DE LA SENTENCIA. 4. FALLO DEL TRIBUNAL Y RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA: 1. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y/O RECURSOS ELECTRÓNICOS. 2. FUENTES LEGISLATIVAS. 3. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. INTRODUCCIÓN

Con la realización del presente análisis jurisprudencial pretendemos examinar, desde un punto de vista jurídico, la sentencia del Tribunal Supremo (TS) 267/2019. Sala de lo Civil, de fecha 13/05/2019, la cual, confirma que en este caso el maltrato psicológico queda englobado dentro de las causas justas para desheredar a los hijos o descendientes, al rechazar las alegaciones realizadas por los hijos desheredados en el testamento de su madre (*exponendos I y II*)<sup>1</sup>.

En este sentido, cabe precisar que los artículos 848 a 857 del Código civil español (en adelante, CC<sup>2</sup>) regulan la desheredación, señalando que solo podrá hacerse en testamento y expresando en él la causa legal en que se funde<sup>3</sup>. Y, desde el artículo 852 a 855 del Código civil, se dispone una serie de causas legales para desheredar, de las cuales, nos interesa para el supuesto que estamos analizando la contemplada en el artículo 853.2 cuando se reconoce expresamente como justa causa para que un testador desherede a sus hijos y descendientes: «*Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra*».

De modo que, en el caso que nos ocupa, D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> VALLE (testadora), en base al maltrato psicológico alegado y conforme a dicho precepto, desheredó en el testamento —*exponendos I y II*— a sus dos hijos, D. LÁZARO y D. RAIMUNDO, e instituyó heredero único y universal a su hijo D. LUIS PEDRO (sustituido en su defecto por sus descendientes). Dándole el Alto Tribunal plena validez al testamento que otorgó en 2009, al no quedar probados los 8 motivos que los hijos desheredados alegaron en el recurso de casación ni los 16 motivos que argumentaron para el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por su representación, en los términos que seguidamente examinamos. Dado que la sentencia recurrida consideró expresamente acreditado que ambos hermanos incurrieron en una conducta de menosprecio y abandono familiar respecto de su madre, D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> VALLE —*quien falleció el 28 de julio de 2011*—, sin justificación alguna y solo imputable a los mismos.

Pues bien, sobre esta base jurídica, en primer lugar, aportaremos un estudio de lo que se conoce como la PARTE DESCRIPTIVA de la sentencia, esto es, un examen de los hechos en que consiste el caso planteado (*procediendo a construir el relato de los hechos de manera cronológica, secuenciada y resaltando los que resultan de interés para la resolución del caso, así como el itinerario procesal*

seguido en la sentencia), y de las pretensiones de las partes intervinientes (*las posturas que adoptan las partes legitimadas en dicho proceso*); a través de dicha descripción objetiva de la sentencia y sus principales elementos.

En un segundo momento de nuestro comentario jurídico sobre la sentencia objeto del presente estudio, abordaremos la llamada PARTE CRÍTICA centrada en el análisis, valoración y crítica constructiva que ofrecemos sobre los fundamentos jurídicos y el fallo del tribunal, a la luz de los hechos y datos objetivos tratados en la primera parte. A tal efecto, resultará esencial dilucidar cuál es el contexto jurídico del caso y la institución legal que es objeto de estudio, el problema jurídico principal que nos sirva para describir cuál es el debate jurídico planteado en el caso y en qué argumentos se apoyan las diferentes posturas, y para concluir la relevancia o repercusiones de la mencionada sentencia.

Y, para acabar con el examen crítico de la sentencia, se expondrá cuál es la decisión o Fallo del tribunal, ofreciendo un análisis de la resolución del problema, los pasos lógicos que sigue el tribunal para alcanzar su conclusión, la motivación jurídica de la decisión, la correlación entre los hechos descritos y la solución adoptada, así como los criterios interpretativos seguidos por los jueces. Lo que, sin duda, nos ayudará a situar la sentencia en el contexto de la jurisprudencia.

En suma, a lo largo del presente comentario de la referida sentencia, nuestro objetivo principal es adentrarnos en la importancia de la misma en materia de libertad de testar<sup>4</sup>, desheredación, causas justas y con especial atención al maltrato psicológico, así como en los argumentos aplicables, fuentes jurídicas y demás circunstancias que en ella se abordan. De este modo, consideramos que, tras el mismo, comprenderemos mejor el problema jurídico que subyace en dicha sentencia y que motiva el fallo del Tribunal Supremo.

## II. EL MALTRATO PSICOLÓGICO COMO CAUSA DE DESHEREDACIÓN A LA LUZ DE LA STS 267/2019, DE 10 DE MAYO

### PARTE DESCRIPTIVA:

Como avanzábamos previamente y a través de una descripción objetiva de la sentencia (siguiendo el orden lógico de: Antecedentes; Fundamentos Jurídicos; Fallo; y Votos particulares) y sus principales elementos, en las siguientes líneas de nuestro comentario, vamos a realizar:

1.º De un lado, un examen de los hechos en que consiste el caso planteado: Procediendo a construir el relato de los hechos de manera cronológica, secuenciada y resaltando los que resultan de interés para la resolución del caso, así como el itinerario procesal seguido en la sentencia.

2.º De otro, un estudio de las pretensiones de las partes intervinientes, es decir, las posturas que adoptan las partes legitimadas en dicho proceso.

Veamos, pues, cada una de dichas partes:

#### 1. HECHOS EN QUE CONSISTE EL CASO PROPUESTO

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (*Procedimiento: recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 318/15 por la sección 3.ª de la Audiencia Pro-*

vincial de Vizcaya, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1119/13, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Bilbao, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la representación de Raimundo y Lázaro —hijos desheredados—, de fecha 13 de mayo de 2019, parte de los siguientes hechos probados que figuran en sus ANTECEDENTES de manera amplia y, de los cuales, extraemos los que entendemos más importantes para comprender mejor el Fallo pronunciado, tomando un criterio cronológico y secuenciado que ordena mejor lo sucedido en dicho caso:

1.º En primer lugar, cabe tener presente en cuanto a la relación entre las partes que M.ª VALLE incluyó en su testamento otorgado el 3 de agosto de 2009 dos cláusulas (Exponentos I y II, que luego detallaremos) en las que expresamente alude al maltrato psicológico como causa de desheredación<sup>5</sup> de sus dos hijos, D. LÁZARO y D. RAIMUNDO, e instituye heredero a su otro hijo, D. LUIS PEDRO:

— D. LÁZARO y D. RAIMUNDO presentaron una demanda en la que solicitaban que se declarase la nulidad de dicha cláusula de desheredación, así como la nulidad de la institución de heredero único y universal a favor de su hermano D. Luis Pedro, con la inclusión de los demandantes como herederos universales de la herencia.

— Por su parte, D. LUIS PEDRO, aparte de oponerse a la demanda, formuló reconvencción en la que solicitaba que se declarase la plena propiedad de la testadora respecto de la vivienda de la calle ALAMEDA000 núm. NUM000 de Bilbao, así como su plena propiedad sobre dicha vivienda desde el fallecimiento de la testadora.

2.º La sentencia de primera instancia desestimó tanto la demanda como la reconvencción. Y, de acuerdo con la valoración de la prueba practicada, consideró acreditado que: *«Los demandantes habían incurrido en un maltrato psíquico contra su madre a lo largo de los años, particularmente en los últimos años de su vida cuando ya estaba enferma, con una conducta de menosprecio y abandono. También consideró acreditado que no había habido una reconciliación con su hijo Raimundo, que residió en casa de su madre durante sus últimos meses de vida por razones económicas y no de cuidados y asistencia para con su madre»*.

3.º Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la sentencia de la Audiencia los desestimó y confirmó la de primera instancia. Por lo que el Alto Tribunal<sup>6</sup> consideró que sí concurría el maltrato psicológico como justa causa de desheredación de los demandantes en el testamento de su madre, M.ª VALLE. De ahí que, frente a la sentencia de apelación, los demandantes interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Con fines didácticos y para reparar mejor en las fechas y datos esenciales, hemos elaborado la presente tabla sobre los hechos importantes o presupuestos fácticos relativos a la relación entre ellos, que consideramos que sirven de base para resolver el caso planteado pues nos muestran su cronología en el tiempo:

*Tabla núm. 1. Presupuestos fácticos en la relación entre la testadora y sus hijos*

PRESUPUESTOS FÁCTICOS Y DESHEREDACIÓN	
M. <sup>a</sup> VALLE, madre de tres hijos, otorga testamento	3/8/2009
Desheredación a sus dos hijos, D. Lázaro y D. Raimundo	<i>Exponendos I y II del testamento (causa legal por maltrato psicológico, cfr. art. 853.2 CC)</i>
Herederero único y universal	Luis Pedro
D. <sup>a</sup> VALLE fallece, según queda acreditado en autos	28/7/2011
D. Lázaro y D. Raimundo presentaron una demanda	Solicitaban que se declarase la nulidad de la cláusula de desheredación contenida en el testamento, así como la nulidad de la institución de heredero único y universal a favor de su hermano D. Luis Pedro
D. Luis Pedro se opuso a la demanda y formuló reconvencción	Solicitaba que se declarase la plena propiedad de la testadora respecto de la vivienda de la calle ALAMEDA000 núm. NUM000 de Bilbao, así como su plena propiedad sobre dicha vivienda desde el fallecimiento de la testadora
La sentencia de Primera Instancia	Desestimó tanto la demanda como la reconvencción, por lo que ambas partes interpusieron recurso de apelación. La sentencia de la Audiencia los desestimó y confirmó la sentencia de Primera Instancia.
Frente a la sentencia de apelación, los demandantes interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación	STS 267/2019, de 13 de mayo, de 2019.

Fuente: elaboración propia.

## 2. PRETENSIONES DE LAS PARTES IMPLICADAS

De lo expuesto hasta ahora y, siguiendo dicho itinerario procesal y los datos destacados previamente, podemos determinar cuáles son las pretensiones de las partes, que resumimos seguidamente:

1.º La representación de D. RAIMUNDO y D. LÁZARO, interpuso demanda de juicio ordinario, contra D. LUIS PEDRO, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declarase: «i) La nulidad de las causas de desheredación contenida en el Exponendos I y II del testamento otorgado por la causante en fecha 3 de agosto de 2009 ante el notario José Ignacio Uranga, bajo protocolo núm. 1889; «ii) la nulidad de la institución de heredero único y universal a favor del demandado y «iii) la inclusión de los demandantes como herederos universales».

les en igualdad de condiciones que el demandado; así como al pago de las costas procesales al demandado».

2.º Posteriormente, la representación de D. LUIS PEDRO contestó a la demanda, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se acordara: «1. Inadmitir y subsidiariamente, desestimar íntegramente la demanda. 2. Inadmitir y, subsidiariamente, desestimar el primer otrosí de la demanda, relativo al requerimiento de aceptación de herencia, también, al amparo de todo lo expuesto, en especial en los Hechos sexto y séptimo y Fundamentos de derecho II, 4. 3. La imposición de costas a los actores».

En el mismo escrito, formula demanda reconventional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando, en esencia que:

— Se estimase la reconvenición y se declare:1. La plena propiedad de Doña VALLE respecto a la totalidad de la vivienda sita en ALAMEDA000, n° NUM000, NUM001 NUM002, Bilbao (finca Registra]: NUM003 del Registro de la Propiedad de Bilbao n° 2), como mínimo, desde el 02.02.2005, una vez transcurridos 30 años desde el fallecimiento de su esposo, producido el 1 de febrero de 1975 (así se reconoce, en el Hecho segundo de la demanda) y hasta su fallecimiento.

— Se declarase la plena propiedad de Don LUIS PEDRO, respecto del mismo inmueble, con efecto, como mínimo, desde el fallecimiento de Doña VALLE, producido el 28 de julio de 2011, según queda acreditado en autos.

3.º Finalmente, cabe precisar que el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Bilbao, dictó Sentencia con fecha 25 de mayo de 2015 en la que se desestimaron ambas pretensiones. Por lo que se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. RAIMUNDO y de D. LÁZARO, y la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, dictó sentencia con fecha 5 de noviembre de 2015, cuya parte dispositiva acuerda textualmente que: «*Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Raimundo y Lázaro y desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Luis Pedro contra la sentencia dictada por el procedimiento ordinario 1119/13 de fecha 25 de mayo de 2015, debemos confirmar como confirmamos dicha resolución con imposición a cada parte apelante de las costas causadas en esta alzada por mor del propio recurso desestimado*». Motivo por el cual, contra dicha sentencia la representación procesal de D. RAIMUNDO y D. LÁZARO interpuso recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal.

#### PARTE CRÍTICA:

En esta segunda parte crítica del comentario jurídico sobre la sentencia que estamos realizando, como ya tuvimos ocasión de adelantar al inicio, nos centraremos en el análisis, valoración y crítica constructiva de los fundamentos jurídicos y del fallo del Tribunal, a la luz de los hechos y datos objetivos tratados en la primera parte.

En ese sentido, en primer lugar, detallaremos cuál es el contexto jurídico del caso y la institución legal que es objeto de estudio, el problema jurídico principal que nos sirva para describir cuál es el debate planteado en el caso y en qué

argumentos se apoyan las diferentes posturas, y la relevancia o repercusiones de la mencionada sentencia.

Para, seguidamente y con la finalidad última de situar la sentencia en el contexto de la jurisprudencia, acabar con un examen sobre cuál es la decisión o Fallo del Tribunal, ofreciendo un análisis de la resolución del problema. Profundizando en aspectos que consideramos esenciales, tales como: los pasos lógicos que sigue el Tribunal para alcanzar su conclusión, la motivación jurídica de la decisión, la correlación entre los hechos descritos y la solución adoptada, así como los criterios interpretativos seguidos por los jueces.

Sin más, procedemos al análisis crítico de la sentencia referenciada.

### 3. CONTEXTO JURÍDICO, PROBLEMA PRINCIPAL Y RELEVANCIA DE LA SENTENCIA

En primer lugar, vamos a situar el caso en su contexto jurídico<sup>7</sup>. Para ello, del examen y estudio del FUNDAMENTO JURÍDICO 1.º, se deriva que el presente caso plantea, como cuestión de fondo, la interpretación del referido artículo 853.2 del Código civil, en relación con el maltrato psicológico como justa causa de desheredación.

A tal efecto, en primer lugar, se examinan las cláusulas del testamento otorgado por M.<sup>a</sup> VALLE, el 3 de agosto de 2009, que interesan (Exponendos I y II) para determinar si el maltrato psicológico en este caso es o no una justa causa de desheredación de sus dos hijos, D. LÁZARO y D. RAIMUNDO, e instituir heredero único y universal a su otro hijo, D LUIS PEDRO<sup>8</sup>:

*«[...] I. Que su hijo, Raimundo, le ha manifestado reiteradamente que está llena de maldades y brujerías, y que la casa, igual que ella, está también embrujada y llena de maldades, dejándola sola y abandonada, no obstante estar grave como consecuencia de una enfermedad crónica que padece desde hace más de diez años, que se ha ido agravando paulatinamente, causándole una movilidad muy reducida y obligándola a desplazarse en una silla de ruedas.*

*II. Qué su hijo Lázaro, le atribuye la responsabilidad de todos los males que, según él, ha padecido en la vida, y le niega formal y expresamente su condición de madre, careciendo de interlocución alguna con él, hasta el punto de haber intentado la testadora felicitarle el día de su cumpleaños y sufrir el desplante de que le colgara el teléfono (...).*».

Recordemos que la sentencia de primera instancia desestimó tanto la demanda como la reconvencción. Y, de acuerdo con la valoración de la prueba practicada, consideró acreditado que: a) Los demandantes habían incurrido en un maltrato psíquico contra su madre a lo largo de los años, particularmente en los últimos años de su vida cuando ya estaba enferma, con una conducta de menosprecio y abandono; b) Y que no había habido una reconciliación con su hijo RAIMUNDO, que residió en casa de su madre durante sus últimos meses de vida por razones económicas y no de cuidados y asistencia para con su madre.

Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la sentencia de la Audiencia los desestimó y confirmó la de primera instancia. Por ello, frente a la sentencia de apelación, los demandantes interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Seguidamente, incidimos en el debate planteado y el problema jurídico principal y relevancia. Así, en el estudio de los siguientes FUNDAMENTOS JURÍDICOS (2.º a 4.º) se concluye que quedan como probados tanto los presupuestos fácticos

como aquellos otros presupuestos relativos al maltrato psicológico —*causado por los dos hijos de D.ª M.ª VALLE*— como causa de desheredación (detallados al comienzo de nuestro trabajo y, a los cuales, nos remitimos para no reiterarlos). De los que se puede extraer en aras a resolver dicha cuestión litigiosa que: a) Queda acreditado que los demandantes habían incurrido en un maltrato psíquico contra su madre a lo largo de los años, particularmente en los últimos años de su vida cuando ya estaba enferma, con una conducta de menosprecio y abandono; b) también consideró acreditado que no había habido una reconciliación con su hijo Raimundo, que residió en casa de su madre durante sus últimos meses de vida por razones económicas y no de cuidados y asistencia para con su madre. Y, por ende en este caso planteado, la testadora instituye heredero único y universal a su hijo don Luis Pedro, sustituido en su defecto por sus descendientes<sup>9</sup>.

En cuanto a los motivos del recurso de casación, cabe precisar que los mismos se desestiman en los términos que examinamos en el siguiente apartado (*al que nos remitimos*) y, en cuanto a los 16 motivos alegados en el recurso extraordinario por infracción procesal, igualmente se desestiman por el Tribunal Supremo al entender expresamente que (*vemos los que nosotros consideramos más significativos*):

— En cuanto al motivo 1.º y 2.º, relativos a la carga de la prueba y posible infracción del artículo 24 de la Constitución española<sup>10</sup>, el Tribunal Supremo los desestima por creer que la sentencia recurrida ya había analizado la prueba practicada y declarado probado los hechos en los que funda el maltrato psicológico de los recurrentes. Así como los recurrentes en su demanda solicitaron la nulidad de las causas de desheredación respecto de las conductas contempladas en los citados *exponendos* I y II del testamento, que incluyen no solo las injurias, sino también el maltrato psicológico (art. 853.2 CC).

— Sobre el motivo 6.º, al amparo de los ordinales 2.º y 4.º del artículo 469.1 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)<sup>11</sup>, los recurrentes denuncian la arbitrariedad, ilógica o absurda valoración de la carta de la testadora como prueba de la existencia de la causa de desheredación. Lo que fue desestimado por el Tribunal Supremo al confirmar que los recurrentes plantean la revisión de la prueba ya practicada, que resulta improcedente en este recurso extraordinario.

— En el motivo 10.º, los recurrentes denuncian la incongruencia omisiva de la sentencia recurrida por entender que existe una falta de pronunciamiento sobre uno de los motivos del recurso de apelación, el séptimo. Lo que desestima al precisar que la sentencia recurrida, en su fundamento de derecho segundo, concluye que la testadora incluyó como causas de desheredación no solo la relativa a las injurias, sino también el maltrato psicológico. Maltrato psicológico que quedó claramente descrito en los *exponendos* I y II del testamento.

— Finalmente, en el motivo 16.º, los recurrentes denuncian la vulneración del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con relación a las costas de primera y segunda instancia. Lo que se desestima por el Tribunal Supremo al recordar que la cuestión de las costas, con carácter general, queda fuera de este recurso extraordinario.

Por último, la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación comporta que las costas causadas por los mismos se impongan a la parte recurrente, y la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de los citados recursos.



#### 4. FALLO DEL TRIBUNAL Y RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

En último lugar, sobre el Fallo de la referida sentencia y no existiendo en este supuesto Votos Particulares, cabe decir que el Tribunal Supremo decidió no haber lugar al recurso de casación ni al recurso extraordinario por infracción procesal (*interpuestos por la representación procesal de los hijos desheredados, D. Raimundo y de D. Lázaro, contra la sentencia dictada de fecha 5 de noviembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Bilbao*), y por ello se condenó a la parte recurrente al pago de las costas y a la pérdida de los depósitos constituidos para ambos recursos interpuestos.

Lo que nos lleva, finalmente, a resumir cuál es el razonamiento seguido por el tribunal en aras a la resolución del problema jurídico que plantea este caso, y que nosotros compartimos por entender que es una solución justa, atendiendo a los hechos descritos y a los fundamentos jurídicos antes reseñados:

— La premisa general de la que se parte es que el artículo 853.2 Código civil reconoce expresamente como justa causa para desheredar a los hijos y descendientes: *«Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra»*. Y, en este caso, recordemos que la sentencia recurrida ya consideró acreditado que ambos hermanos, D. Lázaro y D. Raimundo, incurrieron en una conducta de menosprecio y abandono familiar respecto de su madre y testadora, D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> VALLE, sin justificación alguna y solo imputable a los mismos.

— Se tratan conjuntamente los motivos del recurso casación primero y segundo, para ser desestimados, entendiéndose el Tribunal Supremo que deben ser desestimados pues: *«La contestación a la demanda y, por extensión, las alegaciones realizadas en la misma, no pueden considerarse como una conducta que quede comprendida en la denominada doctrina de los “actos propios”, respecto del propio procedimiento en el cual se integran»*.

— El motivo cuarto donde los recurrentes denuncian la infracción de los artículos 737 y 853.2 del Código civil español y de la jurisprudencia sobre la existencia de las causas de desheredación al tiempo de otorgarse testamento, fue desestimado al entender el Tribunal Supremo que los recurrentes alteran la base fáctica que expresamente declara probada la sentencia recurrida (art. 483.2.4.º LEC).

— En último término, en el motivo octavo, los recurrentes denuncian la infracción del artículo 856 del Código civil y de la jurisprudencia sobre la reconciliación como causa que deja sin efecto la desheredación testamentaria, así como la vulneración del artículo 14 CE. Lo que se desestima al precisarse por el Alto Tribunal que la sentencia recurrida concluye que no hubo reconciliación de la madre con su hijo, D. Raimundo, no solo con base en que el acercamiento de este hijo fue por motivos económicos, sino también en atención a las circunstancias y hechos anteriores y coetáneos a su convivencia con la testadora. Por lo que no se estima ninguno de los motivos del recurso de casación que alegan los hijos desheredados.

### III. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, nos gustaría finalizar el presente estudio jurisprudencial señalando la importancia y posibles repercusiones de la sentencia examinada:

I. Entendemos que mediante esta sentencia, que fue pronunciada no hace muchos años<sup>12</sup>, se pone de manifiesto la consideración del maltrato psicológico como causa legal de desheredación, conforme a lo dispuesto en el artículo 853.2 del Código civil.

II. Precepto que admite textualmente que se considera como justa causa de desheredación el hecho de haber maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra al testador.

III. De modo que, en el caso que nos ocupa, D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> VALLE (testadora y madre de tres hijos), en base al maltrato psicológico alegado y conforme a dicho precepto, desheredó en el testamento —*exponendos I y II*— a sus dos hijos, D. LÁZARO y D. RAIMUNDO, e instituyó heredero a su hijo D. LUIS PEDRO (sustituido como heredero único y universal), en los siguientes términos:

1.º Su hijo D. RAIMUNDO, le había manifestado reiteradamente que estaba: *«Llena de maldades y brujerías, y que la casa, igual que ella, está también embrujada y llena de maldades, dejándola sola y abandonada, no obstante estar grave como consecuencia de una enfermedad crónica que padece desde hace más de diez años, que se ha ido agravando paulatinamente, causándole una movilidad muy reducida y obligándola a desplazarse en una silla de ruedas».*

2.º Su hijo D. LÁZARO, le atribuía la responsabilidad de todos los males que: *«Según él, ha padecido en la vida, y le niega formal y expresamente su condición de madre, careciendo de interlocución alguna con él, hasta el punto de haber intentado la testadora felicitarle el día de su cumpleaños y sufrir el desplante de que le colgara el teléfono...».*

IV. Dándole el Alto Tribunal plena validez al testamento que otorgó en 2009 al no quedar probados los motivos que los hijos desheredados alegaron en el recurso de casación ni que argumentaron para el recurso extraordinario por infracción procesal.

V. Tanto es así que, como hemos tenido ocasión de examinar, la sentencia recurrida consideró expresamente acreditado que ambos hermanos incurrieron en una conducta de menosprecio y abandono familiar respecto de su madre, D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> VALLE —*quien falleció el 28/7/2011*—; y, todo ello, sin justificación alguna y solo imputable a los mismos, al quedar probado lo reseñado en el testamento por la madre.

VI. Hemos de recordar, en suma, que desheredar supone privar de la legítima, mediante una previsión testamentaria del causante, a cualquiera de los herederos forzosos o legitimarios<sup>13</sup>. Y aunque ya la Sentencia del Tribunal Supremo 258/2014, de 3 de junio de 2014, unos años antes había establecido que el maltrato psicológico a los padres es justa causa para desheredar a los hijos —*al entenderse como toda lesión o menos cabo de la salud mental de la víctima*—, hasta entonces existía una falta de jurisprudencia clara y precisa sobre la materia.

VII. Motivo por el cual, la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo 267/2019, de 13 de mayo de 2019, viene a reafirmar como legítima dicha justa causa de desheredación de los hijos y descendientes reconocida expresamente en nuestro Código civil español (art. 853.2).

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

##### 1. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y/O RECURSOS ELECTRÓNICOS (RECUPERADOS: DICIEMBRE, 2021)

- ALGABA ROS, S. (2015). Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación. *Revista para el análisis del Derecho. Indret*, núm. 2, 1-26.
- CARRAU CARBONELL, J.M. (2015). La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica. *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2, abril-junio, 249-256.
- CRESPO HERGUETA, C. (2019). La desheredación y sus causas. Último criterio del Tribunal Supremo. *Portal Editorial jurídica Sepín*, 2 [En línea]: <https://blog.sepin.es/2019/06/desheredacion-causas-tribunal-supremo/>
- GÓMEZ VALENZUELA, M.Á. (2020). El internamiento de padres y ascendientes como causa de desheredación. *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, julio, 392-427.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R. (2019). La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 775, 2603-2624.
- DESVIAT, I. (2019). El Supremo reafirma el maltrato psicológico como una justa causa de desheredación. *Portal jurídico Noticiasjuridicas.com* [En línea]: <https://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/14003-el-supremo-reafirma-el-maltrato-psicologico-como-una-justa-causa-de-desheredacion/#:~:text=%2D%20El%20Tribunal%20Supremo%2C%20en%20reciente,de%20dicho%20apartado%20se%20encuentra>
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Tomo VII, 14.<sup>a</sup> edición.
- (2019). *Compendio de Derecho de Familia*. Madrid: Dykinson, S.L., 9.<sup>a</sup> edición.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; PABLO CONTRERAS, P.; CÁMARA LA PUENTE, S.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. Madrid: Edisofer, 1.<sup>o</sup> Edición, Capítulo 13.
- RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2020). *Derecho de Sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, Tomo I, 1.<sup>o</sup> Edición.
- (2020). *Derecho de Sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, Tomo II, 1.<sup>o</sup> Edición.
- (2020). *Derecho de Sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, Tomo III, 1.<sup>o</sup> Edición.
- TORRES GARCÍA, T.F.; GARCÍA RUBIO, M.P. (2014). *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

##### 2. FUENTES LEGISLATIVAS (RECUPERADOS: DICIEMBRE, 2021)

- Constitución española (BOE, núm. 311, de 29 de diciembre 1978) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (BOE-A-1889-4763) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (BOE núm. 57, 7 de junio de 1973) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/l/1973/03/01/1/con>

Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2006) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es-ga/l/2006/06/14/2/con>

Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña (BOE, núm. 190, 7 de agosto de 2008) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2008/07/10/10/con>

Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es-pv/l/2015/06/25/5>

Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del Derecho civil de las Islas Baleares (BOIB, núm. 120, 2 de octubre de 1990) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOIB-i-1990-90001>

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA núm. 67, 29 de marzo de 2011) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOA-d-2011-90007>

### 3. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 3 de junio de 2014.
- STS de 30 de enero de 2015.
- STS de 19 de febrero de 2019.
- STS de 13 de mayo de 2019.

### NOTAS

<sup>1</sup> Como expondremos, en esta materia existe una falta de jurisprudencia clara y precisa, si bien ya la Sentencia del Tribunal Supremo 258/2014, de 3 de junio de 2014, estableció que el maltrato psicológico a los padres es justa causa para desheredar a los hijos, entendido dicho maltrato como toda lesión o menoscabo de la salud mental de la víctima (madre o padre testador), puesto que como dispuso el Tribunal Supremo las causas de desheredación: *«Deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen»*. A la luz de dicha sentencia, ALGABA ROS (2015) nos muestra el alcance jurídico del maltrato de obra como causa de desheredación a los descendientes y, por su parte, CARRAU CARBONELL (2015) nos recuerda textualmente que el abandono emocional de los padres por los hijos supone un maltrato psicológico que puede considerarse como maltrato de obra a los efectos de desheredación del artículo 853.2 del Código civil. Lo que, sin duda, plantea problemas de aplicación práctica tanto en el tiempo de redactar el testamento como en el momento de la partición hereditaria, fundamentalmente de tipo probatorio, dada la insuficiente regulación legal. *Vid.*, ALGABA ROS, S. (2015). Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación. *Revista para el análisis del Derecho. Indret*, núm. 2, 7 y sigs.; CARRAU CARBONELL, J.M. (2015). La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica. *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2, abril-junio, 249-256.

<sup>2</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (BOE-A-1889-4763) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

<sup>3</sup> Para un estudio de las causas legales de desheredación en la sucesión testamentaria y, en concreto en lo que concierne al maltrato psicológico, *vid.* LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Tomo VII, 14.ª edición, 208-213; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Compendio de Derecho de Familia*. Madrid: Dykinson, S.L., 9.ª edición, 341 y sigs.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; PABLO CONTRERAS, P.; CÁMARA LAPUENTE, S.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. Madrid: Edisofer, 1.ª Edición, Capítulo 13; RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2020). *Derecho de Sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, Tomo I, 1.ª Edición.

<sup>4</sup> Adentrándonos en el principio de libertad de testar en el Derecho Sucesorio y su carácter polisémico y dificultades de interpretación las siguientes autoras comienzan su obra analizando las claves de la división entre libertad positiva o libertad para testar, y libertad negativa o libertad de testar en sentido estricto, *vid.* TORRES GARCÍA, T.F.; GARCÍA RUBIO, M.P. (2014). *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 1 y sigs.

<sup>5</sup> Sobre las diferencias con la indignidad sucesoria (esta última sigue un criterio objetivo, negando los derechos sucesorios al indigno, sea heredero forzoso o no, y opera tanto si la sucesión es testada como intestada, dado que la establece y declara un juez), y el comportamiento de desprecio o abandono aplicado a este caso y la sanción civil que comporta desheredar a los dos hijos, *vid.* CRESPO HERGUETA, C. (2019). La desheredación y sus causas. Último criterio del Tribunal Supremo. *Portal Editorial jurídica Septén*, 2 [En línea]: <https://blog.sepin.es/2019/06/desheredacion-causas-tribunal-supremo/>; DESVIAT, I. (2019). El Supremo reafirma el maltrato psicológico como una justa causa de desheredación. *Portal jurídico Noticiasjuridicas.com* [En línea]: <https://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/14003-el-supremo-reafirma-el-maltrato-psicologico-como-una-justa-causa-de-desheredacion/#:~:text=%2D%20El%20Tribunal%20Supremo%2C%20en%20reciente,de%20dicho%20apartado%20se%20encuentra>

<sup>6</sup> En este punto, el Tribunal Supremo acude a la doctrina ya contenida en anteriores sentencias, como la STS 258/2014, de 3 de junio de 2014 y la STS 59/2015, de 30 de enero de 2015.

<sup>7</sup> De modo comparativo y, aunque nuestro trabajo jurisprudencial se centra en la desheredación en el Derecho Civil común a la luz de las interpretaciones dadas por el Tribunal Supremo, nos remitimos al estudio de dichas causas aplicables a los regímenes forales y/o especiales dadas sus diferencias respecto al régimen común, *vid.* Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (BOE núm. 57, 07/06/1973) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/l/1973/03/01/1/con>; Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (BOE núm. 191, de 11/08/2006) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es-ga/l/2006/06/14/2/con>; Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña (BOE, núm. 190, 07/08/2008) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2008/07/10/10/con>; Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (BOE núm. 176, de 24/07/2015) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es-pv/l/2015/06/25/5>; Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del Derecho civil de las Islas Baleares (BOIB, núm. 120, 02/10/1990) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOIB-i-1990-90001>; Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA núm. 67, 29/03/2011) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOA-d-2011-90007>

<sup>8</sup> En cuanto a la ausencia de relación familiar y al maltrato psicológico, GONZÁLEZ HERNÁNDEZ (2019) mantiene expresamente que existen diversos pronunciamientos judiciales relevantes que ya contemplan el maltrato psicológico como modalidad del maltrato de obra y causa de desheredación de hijos y descendientes. Por ello, en la medida que el abandono emocional o la ausencia de relación familiar conlleve un comportamiento que menoscabe la integridad psicológica del testador, podrá ser considerado como maltrato de obra, *vid.* GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R. (2019). La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 775, 2603- 2624.

<sup>9</sup> De manera muy similar y que nos sirve comparativamente, GÓMEZ VALENZUELA (2020), en un reciente estudio sobre el internamiento de padres y ascendientes como causa de desheredación y su encuadre dentro del artículo 853.2 del Código tras el examen de esta cuestión, concluye literalmente que la vía del maltrato psicológico nos parece la más acertada para la mayoría de los casos que se presentan en la práctica forense. Y que el Tribunal Supremo: «*Ha interpretado que el abandono, desafecto y desatención de los herederos puede ser suficiente para privarles de la legítima, al constituir un maltrato psicológico que no debe ser tolerado por el ordenamiento jurídico*», *vid.* GÓMEZ VALENZUELA, M.A. (2020). El internamiento de padres y ascendientes como causa de desheredación. *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, julio, 395, y 413 y sigs.

<sup>10</sup> Constitución española (BOE, núm. 311, de 29/12/1978) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>

<sup>11</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

<sup>12</sup> Recordemos que, a comienzos del año 2019, el Tribunal Supremo se pronunció en dos sentencias sobre causas de desheredación ofreciendo un criterio interesante en esta materia. Además de la sentencia objeto del presente trabajo, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo 104/2019, de 19 de febrero, la cual abordaba un caso de desheredación por ausencia manifiesta y continuada de la relación familiar entre causante y legitimario, y que se puede resumir en los siguientes argumentos: a) Se propone una interpretación flexible de las causas de desheredación conforme a la realidad social que coexista con la tradicional rigidez en la valoración de la existencia de la causa; b) así, entre las iniciativas de revisión de la legítima, se tiende a la modernización de los casos legales de desheredación de los herederos forzosos, en el sentido de las situaciones de pérdida de contacto entre progenitores e hijos; c) la inclusión del maltrato psicológico dentro del de obra se relaciona con el menoscabo de la dignidad de la persona y la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre causante y legitimario, causa imputable exclusivamente al heredero. De manera comparativa, hemos visto que la Sentencia del Tribunal Supremo 267/2019, de 13 de mayo, objeto del presente, aborda la desheredación por maltrato psicológico e injurias, y confirma una inexistencia de reconciliación real al constatarse que el acercamiento del hijo a su madre antes de fallecer ser debió solo a motivos económicos y circunstanciales. Entendiendo el Tribunal Supremo que, el injustificado comportamiento del heredero, queda argumentado en la sentencia como maltrato psicológico por menoscabo o lesión a la salud mental de la testadora, por lo que se subsume en la figura de maltrato de obra. Para ahondar más en las claves de esta cuestión, *vid.* CRESPO HERGUETA, C. (2019). La desheredación y sus causas. Último criterio del Tribunal Supremo. *Portal Editorial jurídica Sepín*, 2 [En línea]: <https://blog.sepin.es/2019/06/desheredacion-causas-tribunal-supremo/>

<sup>13</sup> Por recapitular, finalmente, en cuanto a la desheredación como forma de privar de la legítima a un heredero forzoso a través de la inclusión de una cláusula en el testamento otorgado por el causante, nos remitimos a la presente obra donde se nos detallan dichas cuestiones, *vid.* RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2020). *Derecho de Sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, Tomo I-III, 1.º Edición.

## 1.5. Obligaciones y contratos

# Régimen jurídico y efectos del pago o cumplimiento en la cofianza. El derecho de reintegro entre cofiadores

## *Legal regime and effects of payment on coguarantee. The right to reimbursement between coguarantor*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT  
*Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM*

**RESUMEN:** En el contrato de fianza intervienen normalmente el acreedor de la obligación principal y el fiador, siendo posible que esta última posición sea asumida por varias personas (cofianza); constituyendo la regla general en su configuración la mancomunidad por el que solo responden por la cuota asumida en relación con el importe total de la deuda, sin perjuicio de pactarse expresamente la solidaridad entre los cofiadores y con el deudor principal. Ante una reclamación del acreedor a cualquier de ello por más de lo que se han obligado, estos pueden oponer el beneficio de división y ante el pago o cumplimiento por cualquier de los cofiadores ejercitar la acción de reembolso entre cofiadores prevista en el artículo 1844 del Código Civil, como también la posibilidad de entablar las acciones de reembolso y subrogación frente al deudor principal. El presente estudio se va a centrar en el régimen jurídico de la cofianza, en el ejercicio del beneficio de división y en la acción de reintegro entre cofiadores.

**ABSTRACT:** *In the surety contract, the creditor of the main obligation and the guarantor normally participate, it being possible that the latter position is assumed by several people (coguarantee); constituting the general rule in its configuration the mancommunity for which they only respond for the quota assumed in relation to the totl amount of the debt, without prejudice to expressly agreeing the solidarity between the co-contributors, and with the amin debtor. Before a creditor claim to any of it for more tan what they have been obbligad to, they may oppose the benefit of división and before the payment or compliance by any of the con-contributors, exercise the action for reimbursement between con-contributors provided for in article 1844 of the Code Civil, as well as the possibility of filing reimbursement and subrogatiopn actions aganist the main debtor. This study is going to focus on the legal regime of the coguarantee, in the exercise of the benefit of división and in the action of reimbursemente betwenn coguarantor.*

**PALABRAS CLAVES:** Garantía. Cofianza. Mancomunidad. Beneficio de división. Acción de reintegro entre cofiadores. Reembolso y subrogación frente al deudor.



*KEY WORDS: Guarantee. Co-guarantee. Association. División benefit. Rembursement action between coguarantors. Reimbursement and subrigation against the debtor.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FIANZA CIVIL Y MERCANTIL.—III. CARACTERES DE LA FIANZA: 1. ACCESORIEDAD. 2. SUBSIDIARIEDAD *VERSUS* SOLIDARIDAD. 3. OTROS CARACTERES.—IV. LA COFIANZA. EL BENEFICIO DE DIVISIÓN: 1. RESPONSABILIDAD DEL COFIADOR EN LOS SUPUESTOS DE COFIANZA MANCOMUNADA O SIMPLE. 2. RESPONSABILIDAD DE LOS COFIADORES MANCOMUNADOS QUE SE HAN OBLIGADO SOLIDARIAMENTE CON EL DEUDOR. 3. RESPONSABILIDAD DE LOS COFIADORES MANCOMUNADOS QUE SE HAN OBLIGADO SUBSIDIARIAMENTE CON EL DEUDOR. 4. RESPONSABILIDAD DEL COFIADOR EN LOS SUPUESTOS DE COFIANZA SOLIDARIA. 5. RESPONSABILIDAD DE LOS COFIADORES SOLIDARIOS QUE SE HAN OBLIGADO SUBSIDIARIAMENTE CON EL DEUDOR. 6. RESPONSABILIDAD DE LOS COFIADORES SOLIDARIOS QUE SE HAN OBLIGADO SOLIDARIAMENTE CON EL DEUDOR. 7. RESPONSABILIDAD DEL COFIADOR EN LOS SUPUESTOS DE COFIANZA EN PARTE MANCOMUNADA Y EN PARTE SOLIDARIA. 8. SUPUESTOS EN QUE NO PROCEDE EL BENEFICIO DE DIVISIÓN. 9. MOMENTO DE EJERCICIO DEL BENEFICIO DE DIVISIÓN. 10. EL BENEFICIO DE DIVISIÓN Y LA FIANZA JUDICIAL.—V. PAGO O CUMPLIMIENTO POR UN COFIADOR: EFECTOS ENTRE COFIADORES. DERECHO DE REINTEGRO: 1. EFECTOS ENTRE DEUDOR PRINCIPAL Y FIADOR/COFIADORES. 2. EFECTOS ENTRE COFIADORES: DERECHO DE REINTEGRO O RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

La configuración de la obligación opera en torno a dos conceptos: deuda y responsabilidad. El deudor asume el deber de realizar un determinado comportamiento; de cumplir con la prestación consistente en dar, hacer o no hacer algo (art. 1088 CC) frente al acreedor; de forma que, ante el incumplimiento de su obligación por el deudor, causante de un daño (nexo causal) que ha de ser reparado, se puede actuar sobre su patrimonio para lograr la satisfacción de su derecho de crédito. Esta responsabilidad alcanza a todos los bienes «presentes y futuros» (art. 1911 CC). Se trata de una responsabilidad patrimonial universal, sobre la que se hace efectiva la responsabilidad contractual de los artículos 1101 a 1108 del Código Civil<sup>1</sup> y opera tanto sobre los bienes que el deudor es titular en el momento de contraer la obligación o en el momento de devenir esta exigible, como respecto de aquellos que en su caso adquiera en un momento posterior, cualquiera que sea el título de adquisición (donación, herencia, etc.)<sup>2</sup>. Por tanto, no se extiende la garantía a aquellos bienes que en el momento de la reclamación del acreedor no estén en el patrimonio del deudor<sup>3</sup>, como tampoco a aquellos elementos o derechos que correspondan al deudor y no tengan valor económico o teniéndolo, esté vinculado su ejercicio a la persona del deudor (derechos personalísimos).

De forma que, ante el incumplimiento de la obligación por este, cualquier acreedor está facultado para solicitar la ejecución de la misma y, en último término, obtener el cumplimiento por equivalencia con cargo a los bienes del deudor, más un añadido que generalmente consiste en una indemnización de daños y perjuicios. Si bien, de todo esto deriva que, existencia simultánea de un

«elemento personal» y de un «elemento patrimonial» desde el mismo momento de constitución de la relación obligatoria<sup>4</sup>.

El patrimonio del deudor constituye, pues, el substrato con el que se ha de responder del cumplimiento de sus obligaciones; es el punto de referencia de un poder de sujeción que corresponde a todo acreedor y que forma parte de la propia obligación. En este sentido, se considera que la actuación del acreedor sobre los bienes del deudor representa una garantía genérica cuyas características básicas son, en esencia: el ser patrimonial (el deudor responde con los bienes) y el ser universal (el deudor responde con todos los bienes)<sup>5</sup>.

Ahora bien, para aumentar la seguridad que un acreedor vea satisfecho su interés, resulta necesario acordar una garantía específica adicional. Supone un refuerzo del crédito, ampliando el poder del acreedor y, por ende, la seguridad de satisfacción de su derecho de crédito. Son, por tanto, medios específicos de garantía dirigidos al reforzamiento o aseguramiento del derecho de crédito y que complementan los medios generales de protección, defensa y garantía de los créditos representados en la citada responsabilidad patrimonial universal del deudor y la ejecución forzosa —en forma específica o en forma genérica—.

Tales medios específicos son las garantías personales como la fianza, el aval y los derechos reales de garantía, como la prenda y la hipoteca. Mientras que, en estos últimos, el interés del acreedor se satisface mediante la sujeción de un bien del deudor o de un tercero (fiador real) al cumplimiento de la obligación; en las garantías personales —fianza o aval— se añade al patrimonio del deudor otro patrimonio el del fiador o avalista<sup>6</sup>.

En este contexto, el presente estudio lo vamos a centrar, precisamente, en el análisis de la garantía personal que, constituye la fianza, más en concreto, en la modalidad de cofianza y en lo que representa su régimen jurídico, el ejercicio del beneficio de división y, en fin, en los efectos entre cofiadores, tras el pago o cumplimiento de uno de ellos, esto es, lo que representa el derecho de reintegro entre cofiadores y ese mismo derecho de reembolso frente al deudor o la subrogación en la posición del acreedor. A tal fin, nos parece oportuno con carácter previo, referirnos al concepto de fianza civil y mercantil, a los caracteres de esta garantía personal, para luego operar sobre el beneficio de división y los citados efectos del pago o cumplimiento por cualquiera de los cofiadores.

## II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FIANZA CIVIL Y MERCANTIL

Nuestro Código Civil regula la fianza en los artículos 1822 a 1856. El primero de los citados preceptos la define como «*la garantía personal que se presta asumiendo un tercero el compromiso de cumplir la obligación si no lo hace el deudor principal*». Con esta definición se pone de relieve, por una parte, que estamos ante una garantía personal por la cual un tercero (deudor) asume frente al acreedor principal el compromiso de responder del cumplimiento de la obligación, si el deudor principal no la cumple; y por otro, que como tal garantía personal tiene como finalidad asegurar la satisfacción del interés del acreedor, operando sobre el patrimonio del fiador, para lograr con ello la efectividad del crédito. De esta forma, el acreedor incrementa la seguridad de su crédito y operando en el binomio deuda/responsabilidad, el fiador asume una obligación en sentido propio con un contenido distinto al del deudor principal y como tal obligado responde con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 CC). El fiador debe y responde<sup>7</sup>.

Atendiendo a tales consideraciones, REYES LÓPEZ considera que la fianza regulada en el Código Civil «es un tipo especial de garantía de carácter personal que, consiste en que un tercero se compromete a pagar o cumplir la prestación debida por el deudor al acreedor en el caso que aquel no lo haga con el fin de reforzar su posición frente al acreedor»<sup>8</sup>.

Ahora bien, diferenciando el concepto de la fianza de la fuente de la que surge (contrato). LASARTE ÁLVAREZ indica que «el contrato de fianza es el acuerdo contractual celebrado entre fiador y acreedor; en cuya virtud aquel asume la obligación de asegurar el cumplimiento de la obligación del llamado deudor principal cuyo conocimiento —y mucho menos, consentimiento— en absoluto es necesario para la validez del acuerdo entre fiador y acreedor (art. 1823.2)»<sup>9</sup>. LACRUZ BERDEJO, asimismo, señala que la fianza «consiste en la constitución, junto a la obligación garantizada, de otra de igual contenido en cabeza de un segundo deudor y sujeto a un régimen característico», y el contrato de fianza es «el acuerdo de voluntades tendente a la creación de una obligación fideiusoria»<sup>10</sup>. Por su parte, ALBALADEJO GARCÍA<sup>11</sup> manifiesta, al respecto que, es «el deudor el que está constreñido al cumplimiento de su obligación, además para garantía del acreedor también otra persona puede asumir por contrato la obligación de cumplir, por lo general, en defecto de aquel. Esta persona se llama fiador, el contrato de fianza, y la obligación que de él nace fianza convencional».

Si bien, el contrato de fianza se celebra normalmente entre el acreedor de la obligación principal y el tercero o fiador, esto es, entre uno de los sujetos de la relación obligatoria principal y otro de la relación de fianza, sin intervención del deudor principal, supuesto que puede darse en virtud del párrafo 2 del artículo 1823 —la ignore o se oponga a ella— y del párrafo último del artículo 1838 del Código Civil<sup>12</sup>. Ello no impide que, en este contrato pueden intervenir el acreedor, el deudor y el fiador, es decir, los sujetos de la relación obligatoria principal y los de la fianza.

De todas formas, para LACRUZ BERDEJO mayor interés que el contrato de fianza lo tiene «la relación de fianza en su compleja estructura, las relaciones del fiador con el acreedor y con el deudor (y de los fiadores entre sí) que puede nacer de otras fuentes que el contrato»<sup>13</sup>.

Sobre tales bases, la responsabilidad del fiador viene determinada de diversa manera: así atendiendo a los distintos sujetos que pueden intervenir en las dos relaciones obligatorias, principal y accesoria; por el modo de obligarse los sujetos pasivos de dichas relaciones (de forma mancomunada o solidaria); o, en fin, por el modo de articularse la obligación accesoria con la principal (subsidiaria o solidariamente). El supuesto más sencillo de fianza contractual se produce cuando en la formación del contrato de fianza interviene un solo individuo en la posición de cada uno de los sujetos (acreedor, deudor y fiador) que, pueden participar en la creación de la relación jurídica de fianza.

No obstante, es posible la intervención de una pluralidad de personas, bien en la relación obligatoria principal, bien en la relación accesoria de fianza, por lo que se pueden distinguir varios supuestos: 1. Puede darse una situación de pluralidad de deudores en la relación obligatoria principal junto a la relación accesoria de fianza, configurándose la deuda principal como mancomunada o solidaria (arts. 1137 y siguientes CC); 2. También puede tener lugar un supuesto de pluralidad de fiadores en la relación jurídica de fianza por una misma deuda, que pueden encontrarse en dos situaciones: a) Tales sujetos se obligan entre sí mancomunada o solidariamente, si bien en un mismo plano de responsabilidad, dando lugar al supuesto de cofianza (art. 1837 CC); y b) Operando en distinto

plano de responsabilidad, estamos ante el supuesto de subfianza (art. 1823 párrafo 2 CC); y 3. Por último, cabe señalar que, asimismo, puede tener cabida en la relación obligatoria de fianza el supuesto de pluralidad de acreedores. Al respecto, el Código Civil en el artículo 1828, establece las condiciones que ha de reunir un fiador: la de tener capacidad para obligarse y bienes suficientes (solvencia) para responder de la obligación garantizada. La concurrencia de ambas determina la idoneidad del fiador que, si bien, según una parte de la doctrina, esta última no es precisa para todo supuesto de fianza; si lo es y en esto todos coinciden, el requisito general de capacidad cuya exigencia procede siempre.

Además, integra la estructura de la relación obligatoria y, por tanto, el de la relación obligatoria de fianza, además del vínculo y los sujetos, la prestación o el objeto de la misma. Coincide en su aplicación concreta con el objeto de la relación jurídica en general «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa» (art. 1088 CC); y, obviamente, también con el objeto del contrato (contrato de fianza), en la medida en que este viene a reproducir aquella. Ahora bien, la fianza es una relación jurídica cuya fuente normal de constitución es el contrato; y además es una relación jurídica accesoria que, requiere la existencia y validez de una relación jurídica obligatoria, normalmente previa, que se denomina obligación principal, fiada o garantiza que debe ser válida (art. 1824.1 CC). A lo que debemos añadir que esa dependencia respecto de la obligación principal no impide que la fianza conserve cierta autonomía en su existencia, modalizada en la extensión por lo que establecen los artículos 1826 y 1827 del Código Civil. Todo ello explica que, el objeto de la fianza lo constituye la obligación garantizada que, puede ser de cualquier clase —en la práctica se suelen garantizar deudas de dinero—. Además, no estamos ante un objeto autónomo, como sucede con el objeto de los demás contratos, sino que, como consecuencia de su carácter accesorio, el objeto de la fianza es un objeto determinado *per relationem* con relación de la obligación principal, pues, dependen de la existencia, validez y demás vicisitudes de la obligación fiada.

Por otra parte, ante la propia autonomía que la fianza posee, puede tener un objeto distinto pero no más extenso que, el principal (art. 1826 CC), convenido en términos definidos o indefinidos (art. 1827 CC). De forma que, el objeto de la fianza puede cubrir la deuda por completo, debiendo cumplir el fiador frente al acreedor con la prestación específica a la que se ha obligado.

Ciertamente, constituye regla general que, la extensión máxima de la obligación que asume el garante, viene determinada por la propia extensión de la obligación principal; de tal forma que, la obligación de fiador no podrá exceder de esta ni en la cantidad, ni en lo oneroso de las condiciones (fianza *in levioerem causam*)<sup>14</sup>. De ahí que, se indique que, en el supuesto que no se respeten los límites que, establece el citado artículo 1826 del Código Civil, la fianza es *in durioerem causam*. Ahora bien, esto no impide, como dice la mayor parte de la doctrina que, el fiador pueda obligarse más intensamente. Lo que supone que el fiador es «más garante», pero no está «más obligado» que el deudor principal<sup>15</sup>. El momento para apreciar si la obligación garantizada es más gravosa que la obligación principal es el del cumplimiento y no el de contraer la obligación<sup>16</sup>.

En cuanto al efecto que, tiene lugar si el fiador se ha obligado más extensamente que, el deudor principal tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones de dicha obligación es, precisamente, que la obligación fideiusoria se reduce a los límites que fija la obligación principal. Por lo que, atendiendo a lo que dispone el artículo 1826 del Código Civil, la sanción que se deriva, consiste en la nulidad parcial sobre una presumible voluntad de las partes, y que,

también se justifica en el principio de conservación del negocio jurídico, como así lo admite una parte mayoritaria de la doctrina<sup>17</sup>. Si bien, señala GUILARTE ZAPATERO que «esta fórmula de reducir la obligación de fianza a los límites de la del deudor es perfectamente razonable, pues, dentro de tales límites siempre encontrará apoyo la causa de garantía que determinó al fiador a comprometerse con el deudor principal, en tanto que la obligación principal a través de la cual se intenta el interés del acreedor en forma directa, no subsidiariamente a través de la función de garantía»<sup>18</sup>.

Sobre tales bases, procede, asimismo, indicar que el contenido propio de la fianza se puede configurar de formas, bien delimitando el contenido de aquella; bien no delimitándolo en términos precisos. Así establece el artículo 1827 del Código Civil «*la fianza no se presume, debe ser expresa y no pueden extenderse a más de lo contenido en ella. Si fuera simple o indefinida, comprenderá no solo la obligación principal, sino todos sus accesorios, incluso los gastos del juicio, entendiéndose, respecto de esto, que no responderá sino los que se hayan devengado después que haya sido requerido el fiador para el pago*»<sup>19</sup>. Se trata, pues, de dos formas de concretar el alcance de la obligación del fiador; y por tanto, la responsabilidad, dentro del límite máximo que fija el citado artículo 1827; pero teniendo siempre en cuenta que la obligación principal actuará como límite de la extensión de la fianza. Estos dos tipos de extensión de la obligación de fiador viene a representar; a su vez, dos clases de fianza: la *definida o limitada*, cuando la obligación del fiador se concreta en términos precisos y dentro de los límites que se fija en acto, contrato o el negocio de constitución establecido<sup>20</sup>. A ella alude el primer párrafo del mencionado precepto; y, la *indefinida o simple*, si no existe una concreción de la obligación del fiador, que viene definida en el párrafo segundo del mismo precepto y se extiende no solo al principal, sino también a todos los accesorios —intereses ordinarios, moratorios y multa convencional, si se ha convenido— y a los gastos del juicio —referidos a los que tienen lugar después de que el fiador ha sido requerido del pago—<sup>21</sup>. De manera que, la fianza limitada o definida está representada por aquellos afianzamientos en los que, al constituirse, se determina con precisión su alcance, bien de forma directa y actual, o bien por referencia a circunstancias que delimitan o delimitarán su contenido. Por el contrario, en la fianza *simple o indefinida* no aparece esta concreta delimitación, sino que en ella, existe una referencia a la obligación principal que determinará su alcance<sup>22</sup>. En todo caso, se puede someter la obligación del fiador a término o a un plazo de extinción diferente de la obligación principal, y superior o más amplio que esta; pues, de lo contrario, sería más onerosa en las condiciones que la obligación principal<sup>23</sup>. También es posible someter la condición suspensiva o resolutoria, esto es, a un evento futuro e incierto.

Por otra parte, el artículo 1825 del Código Civil admite la constitución de la fianza sobre obligaciones futuras. Ahora bien, para que este afianzamiento surta efecto, precisa de la concurrencia de ese elemento que falta, la existencia de la obligación principal, de la que, como ya sabemos, aquel depende y está subordinado<sup>24</sup>. En suma, una vez formalizado el afianzamiento, el fiador no está facultado para desistir de la obligación de garantía asumida, revocando el consentimiento ya prestado<sup>25</sup>. En todo caso, la dificultad surge en orden a qué debe entenderse por obligación futura desde la perspectiva del citado precepto o, en otros términos, para concluir qué obligaciones futuras pueden ser afianzadas.

Para GUILARTE ZAPATERO las variadas orientaciones expuestas por la doctrina para resolver la citada cuestión pueden ser reducidas a tres<sup>26</sup>: «1. La de quienes entienden que dentro del concepto de obligación futura, a efectos de la

fianza, han de integrarse todas aquellas que en el momento de la constitución de la garantía no hayan nacido, independientemente que su proceso de formación esté iniciado, pendiente de ulteriores integraciones que lo completen, o sin que tal proceso se haya iniciado todavía, quedando vinculado a un hecho futuro; 2. Una segunda orientación viene representada por la opinión de aquellos que, entienden que para la existencia de fianza de obligaciones futuras, se requiere la preexistencia de un vínculo jurídico del cual surgirá la obligación a garantizar, vínculo que se estima indispensable por exigencias de accesoriedad y que servirá de soporte a la fianza<sup>27</sup>. En tal sentido, parece pronunciarse la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 1924<sup>28</sup>; 3. Finalmente, una tercera orientación estima que, si bien no es necesario, que exista entre las partes un vínculo jurídico del que surja la obligación garantizada en el momento de acordarse la fianza; resulta precisa, sin embargo, la existencia en tal momento de circunstancias objetivas que referidas a las personas y al montante de la deuda, permitan la determinación de la obligación futura y, en consecuencia, la constitución eficaz de la fianza»<sup>29</sup>. Al respecto, observa el citado autor que, de las tres direcciones apuntadas «en realidad la tercera es un desenvolvimiento y puntualización de la primera». De forma que, para el autor la cuestión queda reducida a dos posturas doctrinales: una, la de quienes entienden que, para construir una fianza sobre obligaciones futuras es necesaria la preexistencia del vínculo jurídico entre acreedor y deudor; y, la de aquellos que defienden la existencia no de ese vínculo jurídico, sino tan solo de determinadas circunstancias objetivas que, permiten la determinación de la obligación futura. Por lo que, la primera posición resulta más acorde con el ordenamiento jurídico, pues, ha de entenderse que solo la obligación futura y determinada o determinable, sin necesidad de nueva declaración del fiador y, del acreedor es susceptible de afianzamiento, lo cual exigirá, como se ha observado, que al menos sean conocidas las partes entre quienes la obligación principal debe surgir<sup>30</sup>. En suma, partiendo de tales consideraciones, será afianzable cualquier obligación futura, entendiéndose por tal, aquella que no tiene existencia actual en el momento de constituirse la fianza, lo que conlleva que aún no exista un vínculo jurídico constituido entre acreedor y deudor, pero que puede tener posibilidades de existir en un futuro. O lo que es lo mismo que quede determinada la deuda o sea susceptible de serlo en un futuro sin necesidad de un nuevo consentimiento entre el fiador y acreedor<sup>31</sup>.

En este contexto, la fianza puede ser convencional (contrato), legal —impuesta por la Ley— o judicial —se constituya por providencia judicial—<sup>32</sup>. La forma más común de constituirse es, como hemos indicado en líneas precedentes mediante contrato, que se perfecciona cuando concurre el consentimiento del acreedor principal y del fiador, tal como consagran los artículos 1254, 1258 y 1262 del Código Civil, sin que sea necesaria la intervención del deudor. Ahora bien, consecuencia del carácter consensual de la fianza convencional y del principio de libertad de forma consagrado en el artículo 1278 del Código Civil, a diferencia de la solución adoptada por el Código de Comercio para el afianzamiento mercantil que, se somete a la forma escrita (art. 440), mediante documento privado que, puede consistir incluso en una simple carta dirigida al banco<sup>33</sup>, sin que exija reflejo en documento público, aunque ello no sea habitual<sup>34</sup>. A este requisito formal debemos añadir la tendencia común en la doctrina acerca de su interpretación restrictiva<sup>35</sup>. Además, la fianza es subsidiaria mientras no se pacte la solidaridad<sup>36</sup>; y esta no se presume<sup>37</sup>.

Frente al funcionamiento de las garantías reales, que, como bien sabemos, se asientan en la intensificación de un vínculo sobre un bien concreto y determi-



nado, sujeción que, se completa con las facultades de preferencia y persecución que conlleva, y que, asimismo, rompe en beneficio de su titular la situación igualitaria que deriva del principio de responsabilidad genérica consagrado en el artículo 1911 del Código Civil; la fianza, como manifestación de garantía personal, incrementa la seguridad del acreedor por otra vía: el fiador, tercero respecto de la obligación principal, asume otra obligación en sentido técnico, con contenido propio, mediante la cual se vincula personalmente a la satisfacción del interés perseguido por el acreedor de aquella obligación principal.

Por tanto, atendiendo a lo expuesto, mediante la fianza un sujeto diferente del deudor de la obligación garantizada (deudor principal), llamado fiador, se obliga frente al acreedor de aquella, a realizar una prestación (que podrá ser o no igual a la debida por el deudor principal —art. 1826 CC—) que, satisfaga idéntico interés que la obligación garantizada, para el caso de que esta no sea satisfecha.

El reforzamiento de la posición del acreedor en que la garantía consiste se logra en un doble sentido: el aumento de las posibilidades de satisfacción voluntaria del acreedor, al ser este titular de dos créditos, en lugar de uno solo; y, como señalamos en línea precedentes para las garantías personales en general, la posibilidad de agresión de un nuevo patrimonio a efectos de la satisfacción forzosa de dicho interés creditorio, pues en el caso que el fiador no cumpla su obligación, bien podrá el acreedor dirigirse contra su patrimonio para hacer efectiva la responsabilidad que está ínsita en la obligación contraída y no satisfecha; o contra el patrimonio del deudor<sup>38</sup>.

Ciertamente, la extensión objetiva de la responsabilidad patrimonial, ligada a la existencia de un nuevo vínculo obligatorio con causa específica de garantía, distinta de la que justifica la obligación principal, es lo que aumenta la seguridad del acreedor de que su interés será satisfecho<sup>39</sup>.

Ahora bien, la fianza es una obligación y más estrictamente, una relación jurídica de garantía integrada por una relación jurídica obligatoria, externa y accesoria a una obligación ajena, que asume un tercero para que pague o cumpla en lugar del deudor principal cuando este no lo haga<sup>40</sup>. Precisamente, pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de enero de 2020<sup>41</sup> que «esa función de garantía del cumplimiento de una obligación ajena se cumple mediante la constitución de un nuevo vínculo obligatorio distinto aunque accesorio de la obligación principal que, está dotado de contenido propio y que cuenta con su propia y específica causa de garantía, sometiendo al patrimonio del fiador a la eventual acción ejecutiva del acreedor en caso que el deudor principal, garantizado, no cumpla su obligación. En este sentido, se ha afirmado que el fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia (aunque subordinada al interés del acreedor en obtener la satisfacción de la prestación debida por el obligado principal), lo que excluye la posibilidad de entender que exista una única relación obligatoria con dos deudores (el obligado principal y el fiador). Esta distinción se percibe claramente en el caso de la *litis*, en que las obligaciones de hacer y de dar se garantizan mediante la obligación de pago de una determinada cantidad de dinero, a modo de prestación sustitutiva y equivalente (arts. 1096, 1101 y 1131 y sigs. CC)».

Como obligación que es, la fianza tiene las mismas características, que cualquier relación jurídica de naturaleza obligacional. Está integrada por el deber de prestación, subsumido en el concepto de obligación, que se materializa en la realización de la obligación que consiste como señala el artículo 1088 del Código Civil en «*dar, hacer o no hacer alguna cosa*». Según lo dicho, el acreedor



tiene derecho al cumplimiento de la prestación; y si esto es así, el deudor es, por tanto, el sujeto que determina que ese deber se realice, y, por consiguiente, quien responde del cumplimiento de la obligación, como así parece desprenderse del texto de los artículos 1911 y 1101 del Código Civil, puestos en conexión con el citado artículo 1088 del dicho cuerpo legal. La relación jurídica de fianza participa de la estructura descrita, por lo que la fianza supone, al igual que, la obligación garantizada, la existencia inseparable de una deuda y una responsabilidad en la persona del fiador<sup>42</sup>. Por lo que, frente a la posición de una parte de la doctrina, con la fianza no estamos ante un supuesto de responsabilidad sin deuda.

Si bien, aun cuando la fianza puede tener un origen convencional, legal o judicial, se trata de una institución de garantía de naturaleza personal y cumpliendo, como hemos señalado, una función de garantía. Por tanto, dicha obligación de fianza es autónoma respecto a la obligación principal, lo que no impide que esté unida o conexcionada con ella, en una estrecha relación de accesoriidad, que deriva de su función de garantía, y que explica muchos de los aspectos relativos a su régimen jurídico. Ciertamente, esta autonomía, dentro de la interdependencia y accesoriidad señaladas entre ambos vínculos contractuales, principal y accesoria o de garantía (crédito y fianza) aparece reflejada también en las sentencias de la Sala de lo Civil. Así en la Sentencia de 22 de julio de 2002 se indica que «el aval o la fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal (...). El deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre el acreedor y el fiador, como así lo dice expresamente el párrafo primero del artículo 1822 del Código Civil (...), aparte que cuando el fiador lo es con carácter solidario, como ocurre en el caso enjuiciado, el acreedor puede dirigirse directamente contra este, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1995, recurso 551/1992)».

Así pues, la fianza es un verdadero derecho de garantía, que como todos los que pertenecen a esta categoría, goza, al mismo tiempo, de carácter sustancial, de autonomía estructural y de dependencia funcional<sup>43</sup>.

Las anteriores consideraciones vienen a explicar la compleja situación que la fianza implica al poner de manifiesto la existencia de dos obligaciones distintas y con propia individualidad: la principal, cuyo objeto está determinado por la prestación a cargo del deudor de la misma; y la de garantía, de objeto distinto a la anterior, que se concreta en la prestación que en su caso habrá de cumplir el garante mediante la observancia del comportamiento o conducta necesaria en orden a la realización del contenido obligacional (prestación), o no cumplir con el comportamiento debido y, en consecuencia, soportar la agresión patrimonial del acreedor sobre sus bienes (art. 1911 CC). Tal planteamiento justifica la consideración clara que, el fiador no es deudor de la obligación fiada, sino de la suya propia, y que cuando esta se paga cumple su propia obligación, no la del deudor principal, aunque mediante tal cumplimiento satisfaga el interés del acreedor. Además determina que, el objetivo y finalidad de la fianza es precisamente el de garantizar la obligación principal, aumentando la capacidad de responsabilidad mediante la eventual satisfacción por el fiador del interés perseguido por el acreedor. En conclusión, la fianza es una garantía personal en cuanto supone la afección al cumplimiento de la obligación principal de un comportamiento personal, el del fiador de «pagar o cumplir» por el deudor. En este sentido, es

responsable del cumplimiento de la obligación principal y, que el acreedor vea satisfecho su crédito, mediante el cumplimiento de su propia obligación accesoria.

Ahora bien, al igual que, sucede con la fianza civil el artículo 439 del Código de Comercio no define el contrato de fianza mercantil; tan solo dispone que «*será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante*». Por otra parte, ante la escasa regulación de la fianza mercantil en el Código de Comercio (solo cuatro preceptos artículos 439 a 442) resulta de aplicación supletoria el Código Civil (arts. 2 y 50 del Código de Comercio y el art. 4.3 CC) integrando las normas civiles el régimen jurídico de la fianza mercantil<sup>44</sup>.

En todo caso, la fianza (sea civil o mercantil) no se presume, debe ser expresa<sup>45</sup>; además de clara y de interpretación restrictiva<sup>46</sup>. La forma es libre, aunque, como veremos, en la fianza mercantil se exige la forma escrita (art. 440 del Código de Comercio). Puede probarse el contrato de fianza por todos los medios ordinarios, incluso por presunciones<sup>47</sup>.

Como hemos indicado, puede constituirse por vía convencional (contrato), legal o judicial (arts. 1823 y 1854 CC)<sup>48</sup>. De todas formas, al fiador judicial se le priva —al igual que al subfiador en este caso— del beneficio de excusión (art. 1856 CC). Por otra parte, si el obligado a dar fianza (por ley o por resolución judicial) no la hallase, *se admitirá en su lugar una prenda o hipoteca que se estime bastante para cubrir su obligación* (art. 1855 CC).

También se puede constituir por vía testamentaria, lo que supone, como señala LACRUZ BERDEJO que «no es un contrato la fuente de la fianza, sino una declaración unilateral»<sup>49</sup>.

### III. CARACTERES DE LA FIANZA

La función de garantía y finalidad u operatividad auxiliar de la fianza influyen decisivamente en los caracteres y naturaleza de la fianza. Entre las notas características que se predicán de la fianza, la doctrina, en general, destaca que el contrato de fianza —una de las fuentes por la que se constituye— es accesorio, subsidiario, consensual, oneroso o gratuito, y unilateral o bilateral; asimismo, como caracteres propios y esenciales de la relación jurídica obligatoria que representa la fianza, son la accesoriedad y la subsidiariedad. No obstante, así como existe unanimidad, en relación con la accesoriedad como situación de dependencia atribuible a la obligación de garantía respecto de la principal; no todos los autores defienden el mismo criterio en lo que se refiere al significado y alcance de la subsidiariedad como característica de la fianza.

Como destaca la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 2021<sup>50</sup> «la fianza como nuevo vínculo obligatorio distinto, aunque accesorio de la obligación principal, tiene dos notas que la caracterizan principalmente: la accesoriedad y la subsidiariedad. La primera responde a la existencia de una dependencia funcional de la obligación accesoria respecto de la principal (por razón de la finalidad de garantía de aquella), de forma que si bien dichos vínculos obligacionales nacen y subsisten sin llegar a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo, si determina su participación o integración en una relación contractual o negocial compleja por la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiusoria, dada la accesoriedad de esta respecto de aquella. Dentro de ese esquema, la subsidiariedad es un elemento típico de la fianza, en el sentido que el fiador, en principio, solo debe cumplir

su obligación en caso que el deudor incumpla la suya. Por otra parte, la fianza, como en el caso de la *litis*, puede pactarse con carácter solidario, no solo en cuanto a las obligaciones de los cofiadores entre sí, sino también respecto de la obligación del deudor principal (art. 1822 CC). Pero incluso en el supuesto de la denominada «fianza solidaria» no existe una obligación única con pluralidad de deudores (en que se puedan entender refundidas la principal y la accesoria), sino que subsiste la concurrencia de dos vínculos obligatorios de naturaleza distinta».

## 1. ACCESORIEDAD

La accesoriad expresa una relación de dependencia o subordinación entre las relaciones jurídicas; de modo que la accesoriad no puede existir sin la principal, cuyas vicisitudes le afectan (pero no viceversa)<sup>51</sup>. Ahora bien, la dependencia funcional de la obligación accesoria respecto de la principal (por razón de la finalidad de garantía de la fianza) determina que los dos vínculos obligacionales (principal y accesorio) nacen y subsisten sin llegar a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo; no impide que ambos vínculos participen o se integren en un relación contractual o negocial compleja, debido a la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiusoria. De todas formas, esta característica de la fianza viene siendo casi unánimemente reconocida por la doctrina científica<sup>52</sup>.

Asimismo, resulta ampliamente aceptada y destacada por nuestra jurisprudencia<sup>53</sup>. Sin embargo, existen discrepancias a la hora de calificar el alcance que se le debe atribuir a esta nota, así se ha dicho de ella que es esencial<sup>54</sup>, simplemente natural o relativa o limitada<sup>55</sup>. Lo cierto es que la mayoría de los autores valoran de modo similar el significado básico de la misma, atribuyéndole carácter *esencial* en cuanto nota típica de la fianza.

No obstante, como observa GUILARTE ZAPATERO este carácter en la fianza se revela con determinadas particularidades que han de tenerse en cuenta para fijar su verdadero alcance y significado, su influencia en el complejo jurídico que la obligación garantiza, y para explicar algunas circunstancias y aspectos de la fianza que, originan efectos aparentemente contrarios a los que normalmente deberían derivarse de la accesoriad<sup>56</sup>.

La fianza, como un medio más de garantía personal, presenta la característica de las instituciones creadas concretamente para cumplir esa función de garantía. De esta forma, la accesoriad viene a significar dependencia funcional y subordinación respecto de la obligación principal; por lo que su existencia y subsistencia requiere de una obligación principal válida, cuyo contenido no debe exceder del de esta, ni ser más gravosa que ella, extinguiéndose con la obligación principal<sup>57</sup>. En esencia, la accesoriad determina en la fianza esa condición de subordinación a la obligación principal, siendo, además, posible en todo momento identificar las dos relaciones obligatorias, una principal y otra accesoria, que integran esa compleja estructura que, representa la fianza y que tienen un régimen propio y distinto. Ahora bien, este carácter accesorio alcanza también a la fianza solidaria, pues el fiador solidario tiene la condición de garante<sup>58</sup>.

En todo caso, como precisa VICENT CHULIÁ «si el fiador se compromete a pagar a primer requerimiento o a primera demanda, renunciando a oponer excepciones, se produce una derogación del principio de accesoriad de la fianza al menos en el momento de requerirse al pago». Y añade «la fianza a primer requerimiento se aproxima al llamado contrato de garantía autónomo»<sup>59</sup>. Cier-

tamente, como se sostiene esta garantía a primer requerimiento tiene su base fundamental en el principio de autonomía de la voluntad y en la libre contratación (art. 1255 CC)<sup>60</sup>.

## 2. SUBSIDIARIEDAD VERSUS SOLIDARIDAD

En este contexto, si bien, la accesoriedad ha sido valorada casi unánimemente por la doctrina salvo alguna excepción, como carácter esencial de la fianza, no ocurre lo mismo con la subsidiariedad, respecto de la cual los autores suelen discrepar en cuanto a atribuirle precisamente este alcance.

En síntesis, los planteamientos doctrinales se pueden resumir en los siguientes<sup>61</sup>:

a) Se entiende, en una primera postura, que la subsidiariedad caracteriza a la fianza por cuanto el fiador debe cumplir únicamente su obligación, si el deudor principal no cumple la suya. Como consecuencia de ello, el fiador goza del beneficio de excusión (art. 1830 CC), en cuya virtud el acreedor debe exigir el cumplimiento de la obligación al deudor principal, antes que al fiador. Por lo que, la subsidiariedad es característica normal o natural de la fianza, esto es, elemento típico de la fianza en el sentido que, el fiador solo debe cumplir, en principio, su obligación en caso que el deudor incumpla la suya. La subsidiariedad representa, pues, una característica de la fianza, que implica la atribución al garante del beneficio de excusión u orden; es consustancial a la fianza; no esencial a la misma. Este criterio es el defendido por la mayoría de la doctrina española<sup>62</sup> y también por la jurisprudencia<sup>63</sup>.

Como una variante de esta posición doctrinal —aunque en esencia, llega a las mismas consecuencias— es la de quienes entienden que, la subsidiariedad de la fianza no se agota en el beneficio de excusión, al no ir siempre unido a la misma. Los defensores de este planteamiento contraponen fianza subsidiaria —artículo 1822.1 del Código Civil— a la fianza solidaria —artículo 1822.2 del mismo Código— distinguiendo una de otra atendiendo a la facultad del acreedor de reclamar el cumplimiento de la prestación debida por el fiador: el incumplimiento de la obligación principal, en el primer caso; la mera exigibilidad de la misma, en el otro<sup>64</sup>.

b) Una segunda tendencia doctrinal, de menor difusión que la precedente, niega que la subsidiariedad sea nota típica y característica de la fianza y ello con independencia de que el fiador goce o no del beneficio de orden. Quienes defienden este criterio parten de la equivalencia entre subsidiariedad y condicionalidad o eventualidad.

Admitiéndose tal equiparación, si la fianza fuera subsidiaria, se estaría a presencia de una obligación cuya vida aparece condicionada por la imposibilidad de realización de la obligación principal, cuando lo cierto, es que, una vez vencida esta, la del fiador resulta plenamente exigible; no obstante el fiador puede obligar al acreedor, ejercitando el beneficio de excusión, a la previa actuación del acreedor sobre el patrimonio del deudor principal<sup>65</sup>.

c) Un tercer criterio entiende que la subsidiariedad es de esencia en la fianza, pues la acompaña inseparablemente cualquiera que, sea la fórmula utilizada por el Derecho positivo respecto al beneficio de excusión. La obligación del fiador resulta de distinto grado y plano que la deuda principal y accesoria se manifiesta de la siguiente forma: ante la circunstancia del incumplimiento de la obligación principal la propia existencia del beneficio de excusión supone la necesaria eje-

cución, en primer lugar, de la prestación principalmente debida; y, asimismo, impone que el acreedor no pueda compeler al fiador a pagar la suya sin la previa excusión de los bienes del deudor, siempre que, el fiador oponga el beneficio al ser requerido de pago por el acreedor. Ahora bien, en los casos en que no existe beneficio de excusión u orden o no se ejercita en tiempo y forma, la obligación del fiador sigue siendo de grado distinto y posterior a la del deudor principal, porque su ejecución presupone siempre, inevitablemente, el incumplimiento de otra obligación; siendo en todo caso relevante no que el fiador pague antes o después que otro, sino que *lo haga en lugar de otro*.

En este contexto, la subsidiariedad descrita implícitamente en el artículo 1822.I *in fine* del Código Civil «*en el caso de no hacerlo este*», implica necesariamente que el incumplimiento del deudor de la obligación garantizada faculta al acreedor a reclamar al fiador al ser presupuesto constitutivo de esta reclamación; no obstante, la posibilidad de alegar por parte del fiador el beneficio de excusión, cuyo ejercicio determina la actuación del fiador solo cuando no ser posible hacer efectivo el crédito sobre el patrimonio del deudor principal<sup>66</sup>. CASTILLA BAREA entiende que «subsidiariedad y beneficio de exclusión no son fenómenos idénticos, si bien la presencia de este último en la configuración de la obligación fideiusoria puede considerarse como el desarrollo de aquella característica hasta el límite de sus consecuencias». Y añade que «el beneficio de excusión es un *plus*, puesto que supone no solo la posibilidad que ante la reclamación del acreedor, el fiador le exija un previo requerimiento de pago al deudor principal, sino además aquel deba perseguir e intentar ejecutar del obligado principal antes de proceder a la ejecución del patrimonio del obligado en garantía»<sup>67</sup>.

Ciertamente, como señala acertadamente CARRASCO PERERA la subsidiariedad «define con carácter institucional a la fianza, que tiene como supuesto de hecho el incumplimiento del deudor principal. Esto es lo único que se exige para que la fianza sea subsidiaria. Pero no se exige que el fiador disponga además del beneficio de excusión»<sup>68</sup>.

Ahora bien, partiendo que el significado de la subsidiariedad implica necesariamente que el deudor debe «*incumplir*», para que el fiador sea requerido de pago, es decir que, el acreedor debe demandar judicialmente o requerir extrajudicialmente al deudor<sup>69</sup>. Cumplido este trámite, el fiador podrá, entonces, oponer el beneficio de excusión (art. 1830 CC); sin que para ello sea un obstáculo, lo dispuesto en el artículo 1834 del Código Civil que permite la demanda conjunta del deudor y fiador, como un supuesto de acumulación procesal basada en criterios de economía. Dicho de otro modo, el fiador subsidiario tiene el derecho que no se le requiera de pago, mientras el deudor no incumpla; y si dispone del beneficio de excusión, tiene además el recurso de no responder si, aun habiendo «*incumplido*» el deudor tiene bienes con los que el acreedor pueda satisfacer su crédito.

Esto no significa que, subsidiariedad se identifique con beneficio de excusión, pues, la fianza sigue siendo subsidiaria, aunque no existiera tal beneficio (art. 1831 CC).

Ahora bien, de proceder la reclamación de cantidad por el acreedor al fiador, y siendo fiadores ambos cónyuges, los pactos alcanzados en el ámbito de la situación de crisis matrimonial (divorcio) no afecta a la obligación contraída en virtud de la fianza con el acreedor principal<sup>70</sup>; y si no procede a reclamar en tiempo y forma el cumplimiento de la obligación a su vencimiento al deudor, o en su caso, al fiador, no supone ni prórroga ni extinción de la fianza<sup>71</sup>.

Por otra parte, si la fianza se pacta en forma solidaria, no debe ello entenderse limitado a una simple exclusión del ejercicio del beneficio de excusión, ya

que, si así fuera, quedaría el artículo 1822.2 del Código Civil «desprovisto» de contenido, al resultar suficiente con lo previsto en el artículo 1831.2 del citado cuerpo legal. De ahí que, el sentido de la remisión que establece el mencionado artículo 1822.2 del Código Civil no más que la aplicación a la fianza, en su ámbito externo, de algunos de los preceptos de la solidaridad, entre ellos el artículo 1144 del Código Civil. Por lo que, en la fianza solidaria se permite al acreedor proceder contra ambos deudores en la forma prevista en el artículo 1144 del Código Civil. El deudor principal no tiene que haber «*incumplido*», esto es, no tiene que haber sido requerido, ni puesto en mora. Llegado el vencimiento de la deuda, el acreedor puede dirigirse directamente contra el fiador, sin necesidad de formular reclamación previa o simultánea contra el deudor principal<sup>72</sup>. La pérdida del beneficio de excusión (como en su caso, del beneficio de división en la cofianza) representa una consecuencia «adicional» del pacto de solidaridad en la fianza y, no hay que renunciar; también, a ambos beneficios —excusión y división— para su efectividad. Consecuencia de ello es que, el fiador (cofiador) puede ser demandado sin necesidad de requerir al deudor; por lo que, además, de no disponer aquel del beneficio de excusión (o, en su caso, del beneficio de división), no resulta necesario demandar a todos los obligados solidariamente (exclusión de litiscorsorcio pasivo necesario)<sup>73</sup>.

De forma que, la fianza solidaria del citado artículo 1822.2 no es subsidiaria por el hecho de no poder oponer el beneficio de excusión, sino por la circunstancia que el fiador está obligado a cumplir con independencia, que el deudor se haya negado a pagar. En todo caso, como señala acertadamente REYES LÓPEZ «la solidaridad no excluye la existencia de la fianza porque implica una forma de asunción de responsabilidad, mientras que de la fianza nace una obligación. Por ello el régimen de la fianza deberá aplicarse tanto en las relaciones internas entre el deudor y el fiador como en las externas entre el acreedor y este último. En este caso, la relación externa, configurada por la relación entre acreedor y fiador, se regirá por las normas de la solidaridad mientras que la relación interna, constituida entre el deudor y el fiador por las propias de la fianza»<sup>74</sup>. Por su parte, para RUEDA ESTEBAN la fianza solidaria «es una institución híbrida entre la solidaridad pasiva y la fianza simple, de modo que es posible distinguir, por un lado, la relación entre el acreedor y el fiador (que es la relación estrictamente fideusoria), también llamada «relación externa» que, debe regirse por las normas de solidaridad de deudores; por otro, la relación calificada como «interna» y que se establece entre el fiador y el deudor principal (relación de valuta), la cual se rige por las normas propias de la fianza»<sup>75</sup>. Sobre tales bases, en la relación externa (acreedor y fiador) se regirá por las normas de la solidaridad y en la relación interna (deudor principal y fiador) por las propias de la fianza<sup>76</sup>.

Ciertamente, la fianza subsidiaria y fianza solidaria representan diferentes formas de obligarse que, influyen en el momento de pago o cumplimiento de las respectivas obligaciones, principal y accesoria. Y, asimismo, la regulación del Código Civil referida a ambas constituye derecho dispositivo<sup>77</sup>.

### 3. OTROS CARACTERES

La fianza contractual es consensual puesto que se perfecciona por el mero consentimiento o concurso de la oferta y la aceptación por el acreedor; haya intervenido o no el deudor; al no resultar indispensable (art. 1822.1 CC)<sup>78</sup>. El contrato de fianza no requiere forma determinada para ser válido, aunque como



señala el artículo 1827 del Código Civil, se exige que la forma de manifestar el consentimiento sea expresa, aun cuando el contrato se realice verbalmente. Asimismo, el contrato de fianza puede ser oneroso o gratuito, según que medie remuneración o no<sup>79</sup>. Lo que se relaciona con su carácter unilateral o bilateral. Se estima que la fianza es bilateral cuando la retribución la paga el acreedor, pues cuando la paga el deudor la fianza sigue siendo unilateral, ya que no hay una obligación correlativa del fiador a favor del deudor. En consecuencia, la fianza gratuita tendrá carácter unilateral, mientras que cuando sea onerosa deberá entenderse bilateral con aplicación del artículo 1124 del Código Civil<sup>80</sup>. En todo caso, se rechaza de forma casi unánime por la doctrina las notas de condicionalidad, eventualidad y aleatoriedad, además de su carácter abstracto, pues la fianza tiene su propia causa —*causa garantiae*—, consistente en asegurar la satisfacción del interés del acreedor<sup>81</sup>.

Ahora bien, en este contexto aunque la fianza mercantil comparte los caracteres generales de accesoriedad y subsidiariedad; por lo que, la naturaleza mercantil de la obligación garantizada se comunica automáticamente a la obligación accesoria de fianza, caracterizándose esta como un acto objetivo de comercio, por ser, al respecto, irrelevante la cualidad de comerciante del fiador<sup>82</sup>. En este contexto, se pueden señalar como caracteres específicos de la fianza mercantil atendiendo a su régimen jurídico: 1. Objetividad: la fianza mercantil se coincide con un acto objetivo de comercio, al atenderse exclusivamente, en la configuración de su mercantilidad, a la naturaleza mercantil de la obligación garantizada y no a la cualidad profesional del fiador<sup>83</sup>; 2. Accesoriedad: que comparte con la fianza civil, al ser un contrato accesorio respecto de otro principal y su cumplimiento se garantiza al acreedor; por lo que la obligación del fiador está conectada o subordinada, en su nacimiento, existencia, modificación y, extinción a los avatares de la obligación principal afianzada. Tal accesoriedad propia de las garantías, asimismo, determina la mercantilidad de la fianza; 3. Subsidiariedad: correlativo ordinario del carácter accesorio, e igualmente, predicable de ambos tipos de fianza, es el carácter subsidiario de la responsabilidad del fiador frente al acreedor. Se dice, así que, si el fiador goza del beneficio de exclusión para significar que, este no puede ser compelido a pagar al acreedor, si aún quedan en el patrimonio del deudor bienes libres de embargo (art. 1830 CC); 4. Gratuidad: la fianza mercantil se concibe en el Código de Comercio (art. 441) como un contrato naturalmente gratuito; concepción de principio que, no obstante, admiten, previo pacto en contrato, la onerosidad. Como precisa CARRASCO PERERA «esta situación revela que el Código de Comercio no está pensando en un garante profesional (banco), sino en un consumidor unido por relaciones personales o amistosas con el deudor que contrae una deuda mercantil»<sup>84</sup>; 5. Unilateralidad: por cuanto que si en el contrato de fianza no se estipula una retribución para el fiador, solo surgirá de este contrato una obligación de garantizar a cargo del fiador y en favor del acreedor; 6. Formalidad: según establece el artículo 1827 del Código Civil la fianza no se presume, de modo que ha de ser siempre expresa. El Código de Comercio, sin embargo, refuerza en aras de la seguridad jurídica del tráfico comercial esta exigencia al disponer que «el afianzamiento mercantil deberá constar por escrito, sin lo cual no tendrá valor ni efecto» (art. 439 del Código de Comercio)<sup>85</sup>. La forma es con carácter *ad solemnitatem* y, en consecuencia, se declara la nulidad de la fianza que no consta por escrito<sup>86</sup>.

Por otra parte, la fianza mercantil, al igual que la civil, se puede constituir por un fiador o por varios fiadores, al aplicar las disposiciones contenidas en el Código Civil, a falta de norma expresa en el Código de Comercio. En principio, el



fiador mercantil podrá obligarse con el deudor de modo subsidiario o solidario. Por lo que, sobre tales bases, para la mayoría de la doctrina mercantilista se parte de la presunción de no solidaridad de la fianza mercantil<sup>87</sup>.

Si bien, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en un primer momento, parte del carácter no solidario de las obligaciones, a partir de las Sentencias de 16 y 20 de octubre de 1989<sup>88</sup>, cambia su posición, optando por la presunción de solidaridad de las obligaciones mercantiles, con la consiguiente pérdida de los beneficios de excusión u orden y división para el fiador mercantil. Este fundamento es reproducido por las Sentencias de 5 de marzo de 1990<sup>89</sup>; de 7 de marzo de 1992<sup>90</sup>; de 6 de marzo de 1995<sup>91</sup>; y de 14 de febrero de 1997<sup>92</sup>, afirmando esta última de forma expresa que, el carácter solidario es nota que define a todas las obligaciones mercantiles; sin limitar su alcance solo a los supuestos de fianza mercantil.

No obstante, la posición que estimamos más adecuada, es aquella que considera aplicable a la fianza mercantil por la vía del artículo 50 del Código de Comercio la regulación del Código Civil. De forma que, partiendo de la presunción de no solidaridad contenida en el artículo 1137 del Código Civil y del carácter subsidiario de la garantía, el fiador mercantil podrá oponer los beneficios de excusión y división (arts. 1830 y 1837 CC), no procediendo su aplicación, cuando la fianza se pacte de forma solidaria (arts. 1831.2 y 1837.2 CC).

En todo caso, la fianza prestada por un no profesional (normalmente un familiar del deudor, cónyuge, o un administrador o socio de la sociedad deudora) podría ser un acto de consumo, y considerar al fiador como consumidor, aplicándole en consecuencia, la normativa de protección de consumidores —Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación (LCGC) y Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU)—<sup>93</sup>. Por otra parte, en cuanto a la posible abusividad de la cláusula de afianzamiento (subsidiario o solidario) se destaca que, si el fiador es un consumidor pueden ser objeto de control de transparencia y abusividad tanto las cláusulas del préstamo garantizado por hipoteca como las de afianzamiento —entre las que se puede incluir las de renuncia a los beneficios de excusión y división— o la totalidad de la fianza, aun siendo un contrato accesorio y distinto del préstamo garantizado desde la perspectiva de una imposición de garantías desproporcionadas al riesgo garantizado y, de la necesaria compresión de la carga jurídica y económica asumida por el garante<sup>94</sup>; y, por otro, se indica que, al ser un contrato autónomo y no una cláusula contractual, no puede sustentarse su nulidad a través de la acción de nulidad por abusividad de las cláusulas contractuales con base a la normativa de consumidores; sino a través de las normas generales de nulidad de los contratos<sup>95</sup>.

#### IV. LA COFIANZA. EL BENEFICIO DE DIVISIÓN

Como expusimos en líneas precedentes, en el contrato de fianza pueden intervenir el acreedor, el deudor, y el fiador, es decir, los sujetos de la relación obligatoria principal y los de la fianza; lo que constituye el supuesto más normal de constitución de la misma.

También pueden intervenir únicamente el acreedor y fiador, es decir, uno de los sujetos de la relación obligatoria principal y otro de la relación de fianza, sin intervención del deudor principal, supuesto que pueda darse en virtud del párrafo 2.º del artículo 1823 y párrafo último del artículo 1838 del Código Civil<sup>96</sup>.

El supuesto más sencillo de fianza contractual se produce cuando en la formación del contrato de fianza interviene *un solo individuo* en la posición de cada uno de los sujetos (acreedor, deudor y fiador) que, pueden participar en la creación de la relación jurídica de fianza.

En este supuesto, la responsabilidad del fiador viene determinada en los términos vistos, de una parte, y principalmente, por su propio modo de obligarse ante el acreedor; es decir, de un modo subsidiario o solidario; y de otra parte, por la intervención del deudor principal en la constitución de la fianza, pues el artículo 1823.2.º del Código Civil se deduce que el contrato de fianza puede celebrarse, con conocimiento y aprobación del deudor, con su ignorancia e incluso, en oposición del mismo, afirmación que respalda el último párrafo del artículo 1838 del mismo Cuerpo legal.

Cuando intervienen *una pluralidad de personas*, bien en la relación obligatoria principal, bien en la relación accesoria de fianza, se puede distinguir varios supuestos:

A) Puede darse una situación de *pluralidad de deudores* en la relación obligatoria principal junto a la relación accesoria de fianza, pudiendo configurarse la deuda principal como mancomunada o solidaria (arts. 1137 y sigs. CC), que tiene repercusión en la fianza, sobre todo en la posición en que se encuentra el fiador respecto a esta pluralidad de deudores y al acreedor. En caso de obligarse solidariamente con el deudor, en la relación externa conlleva la aplicación de las consecuencias básicas de la solidaridad (arts. 1137 y 1144 CC); mientras en las relaciones internas de la cofianza opera la mancomunada simple y, se rigen por las reglas específicas de la obligación de garantía [la obligación de regreso frente a los demás cofiadores (art. 1844 CC)]. Se presume la mancomunada en la cofianza —operando el beneficio de división del artículo 1837 del Código Civil—, debiéndose pactar expresamente la solidaridad para que todos los cofiadores respondan de la totalidad de la deuda frente al acreedor<sup>97</sup>.

B) También puede tener cabida en la relación obligatoria de fianza el supuesto de *pluralidad de acreedores*.

C) Por último, puede darse también, por parte, un supuesto de *pluralidad de fiadores* en la relación jurídica de fianza por una misma deuda, los cuales pueden encontrarse en dos situaciones: a) Estos sujetos pueden obligarse entre sí mancomunada o solidariamente, en un mismo plano de responsabilidad, dando lugar al supuesto de *cofianza* (art. 1837 CC). Asumen conjuntamente los cofiadores la garantía de la deuda principal<sup>98</sup>; y b) En un distinto plano de responsabilidad dando lugar al supuesto de *subfianza* (art. 1823, párrafo 2.º del mismo Código)<sup>99</sup>. Esta última, el subfiador es un fiador del fiador y como precisa ALVENTOSA DEL RÍO «al ser el subfiador otro sujeto que garantiza una misma deuda a un mismo deudor junto a otro sujeto que también la garantiza, y al estar situado aquel en un plano distinto de responsabilidad frente al deudor, configura una situación de pluralidad de fiadores que, no se confunde con la cofianza»<sup>100</sup>. Es un garante del fiador, no del deudor principal<sup>101</sup>. Ciertamente, la figura del subfiador supone que este se vincule con el acreedor y tenga por objeto no garantizar directamente la obligación principal, aunque tal finalidad se obtenga de forma indirecta, al asegurar al acreedor la obligación de garantía asumida por el fiador o, en otros términos, la solvencia de este. Se concede al subfiador el beneficio de excusión tanto respecto del fiador como del deudor principal (art. 1836). Si bien, puede ser garante de un cofiador. En este caso, el subfiador en caso de insolvencia del cofiador por quien se obligó, queda responsable frente a los demás cofiadores

como lo estaba el fiador (art. 1846). En todo caso, la confusión en la persona del deudor y fiador, cuando uno de ellos hereda al otro, no extingue la obligación del fiador (art. 1848); quedando como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS «como fiador, ya que la obligación del fiador principal se ha extinguido»<sup>102</sup>.

Ahora bien, también es perfectamente posible configurar una pluralidad de fianzas autónomas, que no guarden relación entre sí. De forma que, cada fiador responderá como fiador único y su obligación no sufrirá alteración por la existencia o vicisitudes de otras obligaciones fideiusorias. LACRUZ BERDEJO considera que «la libertad contractual puede, sin duda, dar vida a este tipo de fianzas». Además, precisa que «son independientes entre sí, cada una responde por la totalidad de la deuda garantizada»<sup>103</sup>. Asimismo, GUILARTE ZAPATERO cita como posibles casos de simple pluralidad de fiadores y no de cofianza: «1. El supuesto en que un fiador se obliga ignorando la presencia del otro; 2. El caso en que un fiador conviene con el acreedor el mantenimiento de su garantía con total independencia de los restantes; 3. El caso en que varios fiadores garantizan deudas distintas de un mismo deudor, aunque sea frente un mismo y único acreedor; 4. El caso de fiadores de distintos deudores solidarios; 5. El caso en que un fiador garantiza la deuda de un mismo deudor mediante la asunción de la fianza y otro mediante la dación de una garantía real, puesto que la cofianza supone que todos los garantes se obliguen personalmente; 6. Por último, se plantea la cuestión de si es cofianza simple o pluralidad de fiadores el supuesto que estos no se obliguen en idénticas circunstancias, de manera que ello determine que no todo ocupe el mismo plano respecto del cumplimiento de la obligación para el acreedor»<sup>104</sup>.

Ahora bien, los cofiadores pueden obligarse también de forma subsidiaria o solidaria con el deudor principal; o entre sí, de forma solidaria o mancomunada que, es la regla general. En caso que, se adopte esta forma de obligarse y el acreedor reclame a cualquier cofiador la totalidad de la deuda principal, además de alegar el beneficio de excusión —subsidiariedad respecto del deudor principal—, pueden ejercer el beneficio de división

Para REYES LÓPEZ tal beneficio de división «consiste en una facultad que se confiere a cada uno de los fiadores para que cuando el acreedor se dirija de modo conjunto contra todos ellos, cada uno pueda exigir individualmente la división de la deuda entre todos los obligados»<sup>105</sup>.

Ciertamente, como hemos señalado en línea precedentes, el régimen de mancomunidad se presume, pues, la solidaridad ha de pactarse de forma expresa<sup>106</sup>. De ello deriva que, ante el silencio de los interesados o ausencia de declaración en contrario, la obligación de los cofiadores ha de estimarse como mancomunada simple y, consecuentemente, que cada uno de ellos responde exclusivamente de su parte en la proporción convenida o, en defecto de acuerdo, por cuotas iguales<sup>107</sup>. Estamos ante el carácter naturalmente mancomunado de la cofianza. Por lo que, el acreedor solo puede reclamar a cada cofiador su parte correspondiente, sin que la situación de los restantes cofiadores le afecte. Asimismo, podrán oponer todas las excepciones de carácter personal y las excepciones de carácter real que afecten a la obligación principal.

Partiendo de la presunción de mancomunidad, hay que señalar que, este beneficio de división también se presume. En consecuencia, el acreedor deberá dividir la deuda entre todos los cofiadores solventes sin que se pueda exigir el montante total de la deuda a uno de ellos. No obstante, el beneficio de división cesa por las mismas causas que el de excusión (art. 1837 CC). Deberá oponerse ante la reclamación del acreedor. Si no se puede oponer, el que pague la tota-

alidad de la deuda, podrá exigir a los otros la parte que proporcionalmente les corresponda satisfacer y en caso de ser alguno de ellos insolvente, la parte de este recaerá sobre todos los demás en la misma proporción (art. 1844)<sup>108</sup>.

Sobre tales bases, el apartado 1.º del artículo 1837 del Código Civil impone como regla general una división de la deuda misma y no de la acción del acreedor. Excepcionalmente y en beneficio del acreedor, se agravan los efectos de su responsabilidad en los supuestos a que se refiere el apartado 2.º del citado artículo 1837. No obstante, como se pregunta LACRUZ BERDEJO qué sentido tiene hablar de beneficio de división, si se entiende como norma general la mancomunidad (la división *ex lege*). A esta cuestión responde que «es preferible partir del reconocimiento de la especificidad de la cofianza que, en lugar de pretender subsumirla en los regímenes genéricos de la mancomunidad y solidaridad de deudores, tal como se presentan en nuestro Código»<sup>109</sup>. O lo que es lo mismo, el régimen que se presume es la mancomunidad y rige también la presunción de existencia del beneficio de división, con excepción de los casos en que no opera que, analizaremos oportunamente<sup>110</sup>. Ciertamente, la regla general en la cofianza es la mancomunidad, sin perjuicio que ante la reclamación por el acreedor de la totalidad de la deuda a cualquiera de los cofiadores, se pueda oponer el beneficio de división. La situación de mancomunidad y beneficio de división, a nuestro entender, no son incompatibles en lo que representan.

En todo caso, operando sobre el régimen de la mancomunidad, el acreedor solo podrá exigir a cada cofiador su parte correspondiente, más el prorrateo del cofiador insolvente, sin que pueda exigir a cada cofiador el importe íntegro de la deuda (ni la cuota íntegra del cofiador insolvente), pudiendo en tal caso oponerle el cofiador el beneficio de división. De forma que, conciliando ambos apartados del citado artículo 1837 la regla general es la división de la deuda y, ante una reclamación del acreedor de una cuota mayor de la que se ha obligado el cofiador, oponerle el beneficio de división.

Atendiendo a tales consideraciones la actuación del cofiador puede dar lugar a situaciones diversas:

#### 1. RESPONSABILIDAD DEL COFIADOR EN LOS SUPUESTOS DE COFIANZA MANCOMUNADA O SIMPLE

Como señala el mencionado artículo 1837.1, los cofiadores obligados mancomunadamente responden, como regla general, de la parte que les corresponde satisfacer. En este caso, el acreedor no puede reclamar de cada deudor sino la parte a que cada uno se haya obligado<sup>111</sup>. Ante la reclamación de la totalidad de la deuda por el acreedor a uno de los cofiadores mancomunados, este puede oponerle la excepción de *plus petitio*, o el correspondiente beneficio de división.

Ahora bien, los cofiadores mancomunados pueden haberse obligado subsidiariamente con el deudor. Lo cierto es que, cuando un fiador se obliga subsidiariamente con el deudor, el acreedor debe dirigirse para satisfacer su crédito, en primer lugar, frente al deudor principal, y en caso de incumplimiento de este, contra el fiador, pues si se dirige contra este último antes del incumplimiento del deudor, o aun habiendo incumplido, pero, siendo solvente, aquel puede oponerle el beneficio de excusión.

De modo que, en el supuesto de cofianza mancomunada el acreedor debe dirigirse, en primer lugar, contra el deudor principal, y ante el incumplimiento del mismo, podrá dirigirse, contra los cofiadores reclamando a cada uno la parte de deuda que, le corresponda satisfacer; determinado conforme a lo estipulado

en el título constitutivo de la fianza, o en su defecto, por lo previsto en el artículo 1138 del Código que establece la igualdad de partes<sup>112</sup>.

El cofiador, ante la reclamación del acreedor, puede oponer tanto la acción de relevación o cobertura que concede el artículo 1843 del Código, como las procedentes excepciones según dispone el artículo 1853 del citado cuerpo legal. De la misma forma, podrá oponer el beneficio de excusión que concede a los fiadores el artículo 1830; y el beneficio de división exigiendo para ello que, se divida la reclamación entre los demás garantes<sup>113</sup>.

En todo caso, la esencia del beneficio de división consiste en conseguir que el fiador pague solo por la parte por la que previamente se haya obligado y no por la corresponde a los demás cofiadores. De ahí que, lo único que resulta necesario para oponer el beneficio de división, es que el cofiador requerido de pago indique la parte de deuda por la que responde, sin necesidad de indicar las cuotas de los demás cofiadores.

Ahora bien, los cofiadores mancomunados pueden obligarse solidaria o subsidiariamente con el deudor, como analizaremos a continuación.

## 2. RESPONSABILIDAD DE LOS COFIADORES MANCOMUNADOS QUE SE HAN OBLIGADO SOLIDARIAMENTE CON EL DEUDOR

En el supuesto de que los cofiadores se hayan obligado de modo solidario con el deudor hay que señalar que, el acreedor puede reclamar indistintamente al deudor principal o a cualquier cofiador el cumplimiento íntegro de la obligación.

En este supuesto, conviene señalar que los cofiadores no pueden ejercitar el beneficio de excusión, por lo que queda por cuestionar si pueden ejercitar la división.

Es obvio que cuando deudor y cofiador se obligan solidariamente, esto supone que el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación indistintamente de uno o de otro; en esto, precisamente, consiste la fianza solidaria. Pero no menos cierto es que esta reclamación indistinta del acreedor y la responsabilidad, por ende, que asume el cofiador se han de limitar a la parte asumida por el mismo, y en defecto de pacto, la deuda se considerará dividida en partes iguales, al entrar en juego el criterio del artículo 1138 del Código Civil<sup>114</sup>.

## 3. RESPONSABILIDAD DE LOS COFIADORES MANCOMUNADOS QUE SE HAN OBLIGADO SUBSIDIARIAMENTE CON EL DEUDOR

Ante la reclamación del acreedor, el cofiador podrá oponer el beneficio de exclusión y si se reclama más cantidad de la que le corresponde satisfacer, podrán oponer el beneficio de división, pues, la deuda se presume dividida en tantas partes iguales como cofiadores haya.

## 4. RESPONSABILIDAD DEL COFIADOR EN LOS SUPUESTOS DE COFIANZA SOLIDARIA

La posibilidad de que los cofiadores se obliguen solidariamente entre ellos se establece en el párrafo 1.º del artículo 1837 del Código Civil, proposición 2.ª, al disponer que *«el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad»*.

Se deduce de este precepto que cabe la cofianza solidaria, pero para que funcione como tal se ha de establecer expresamente, en el sentido ya indicado al hablar de la fianza solidaria<sup>115</sup>.

Según se desprende del mismo precepto, interpretado *a sensu contrario*, por la cofianza solidaria cada cofiador se compromete a responder de la totalidad de la deuda ante la reclamación del acreedor. Esto significa, al mismo tiempo, que el acreedor puede dirigir su acción contra cualquiera de los cofiadores para exigirles el cumplimiento íntegro de la obligación, ninguno de ellos puede oponer a tal reclamación el beneficio de división<sup>116</sup>.

Ahora bien, los cofiadores, por otro lado, pueden haberse obligado con el deudor de modo subsidiario o solidario. En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2016<sup>117</sup> en la cofianza solidaria se exige que firmen todos los fiadores solidarios para su validez.

#### 5. RESPONSABILIDAD DE LOS COFIADORES SOLIDARIOS QUE SE HAN OBLIGADO SUBSIDIARIAMENTE CON EL DEUDOR

En este supuesto, como se trata de una fianza subsidiaria, el acreedor deberá dirigirse en primer lugar, contra el deudor; de manera que, si reclama el cumplimiento a los cofiadores antes que al deudor principal, el cofiador podrá oponer el beneficio de excusión<sup>118</sup>, que el artículo 1830 del Código Civil concede a todo fiador subsidiario en tiempo y forma oportuno.

Si la excusión tiene éxito, y el acreedor logra la satisfacción de su crédito, se producirá la extinción de la obligación principal, y con ella la de los cofiadores liberándose de su responsabilidad (art. 1847 CC).

Si se da el supuesto de no resultar los bienes señalados suficientes para satisfacer la totalidad de la obligación principal, siéndolo solo para la parte del cofiador requerido de pago; la cuestión que se plantea, está en resolver si la reducción parcial de la obligación principal, lograda mediante la ejecución de bienes del deudor, beneficia solo al cofiador que, demandado o requerido de pago, alegó el beneficio o a todos por igual. Indudablemente, esta última será la solución, ya que, se trata de cofianza asumida solidariamente por los cofiadores entre sí.

Si la excusión no tiene éxito, una vez probada la insolvencia del deudor y habiendo agotado cualquier otra vía, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los cofiadores para exigirle el cumplimiento íntegro de la obligación (art. 1837 párrafo 1.º, proposición 2.ª CC)<sup>119</sup>. En este caso el cofiador no puede oponer el beneficio de división por estar solidariamente obligados los cofiadores entre sí, aunque sí podrá oponer las excepciones que le permite el artículo 1853 del Código, y, antes del pago, si procede, la acción de relevación o cobertura del artículo 1843 del citado cuerpo legal.

De todas formas, el acreedor podrá dirigirse contra cualquiera de los fiadores solidarios o contra todos ellos simultáneamente<sup>120</sup>.

#### 6. RESPONSABILIDAD DE LOS COFIADORES SOLIDARIOS QUE SE HAN OBLIGADO SOLIDARIAMENTE CON EL DEUDOR

En este supuesto, al tratarse de una fianza solidaria, el acreedor puede dirigirse indistintamente contra el deudor o contra cualquiera de los cofiadores para exigirles el cumplimiento de la obligación<sup>121</sup>.

Si el acreedor se dirige contra un cofiador, al ser la fianza solidaria, no puede oponerle el beneficio de excusión (art. 1831, número 2.º, en relación con el art. 1837, párrafo 1.º, CC), en cuyo caso debe cumplir íntegramente la obligación, aun cuando el acreedor no la haya reclamado previamente del deudor.

Por otra parte, si el acreedor le reclama dicho cumplimiento al cofiador, este no puede oponerle el beneficio de división, lo que se deduce del párrafo 2.º, del artículo 1837 del Código Civil en relación con el número 2.º, del artículo 1831 del mismo, aunque sí puede oponerle las excepciones que, le concede el artículo 1853 del Código Civil.

De manera que, en este supuesto no existe ni división de la deuda entre los cofiadores ni división de la reclamación del acreedor, que podrá dirigirse contra cualquiera para obtener el cumplimiento íntegro de la misma<sup>122</sup>.

Por tanto, si el acreedor se dirige contra uno de los cofiadores reclamando el cumplimiento de la obligación, este cumple íntegramente la deuda, la obligación principal se extingue, extinguiéndose con ello la obligación accesoria de garantía (art. 1847 CC), quedándole a dicho cofiador las acciones pertinentes para dirigirse contra el deudor o contra los demás cofiadores solidarios.

Sin embargo, si el acreedor reclama el cumplimiento íntegro de la obligación a uno de los cofiadores, y este no cumple, o cumple solo en parte dicha obligación, el acreedor está facultado para dirigirse contra los demás cofiadores o contra el deudor principal para obtener bien el cumplimiento íntegro de la obligación de cualquiera de ellos; o bien si el cofiador a quien reclamó la deuda no la cumplió, la parte de deuda no extinguida por el pago parcial del cofiador; si, precisamente, este se limitó a cumplir de esta manera<sup>123</sup>.

#### 7. RESPONSABILIDAD DEL COFIADOR EN LOS SUPUESTOS DE COFIANZA EN PARTE MANCOMUNADA Y EN PARTE SOLIDARIA

Si los cofiadores asumen la garantía conjuntamente, pero unos se obligan en forma mancomunada y otros en forma solidaria, estima GUILARTE ZAPATERO acertadamente, que cada grupo de garantes responderá conforme a la naturaleza, mancomunada o solidaria, de la obligación contraída<sup>124</sup>; teniendo en cuenta que puede haberse obligado con el deudor de modo subsidiario o solidario, serán de aplicación a cada caso concreto y a cada grupo de cofiadores las consideraciones que se han manifestado con anterioridad. Postura que compartimos.

Por otra parte, puede también suceder, como bien apunta, de nuevo, el profesor GUILARTE ZAPATERO que los cofiadores se obliguen mancomunadamente o solidariamente entre ellos, pero algunos de modo subsidiario y otros de modo solidario con el deudor; en este caso entiende el autor citado que «la situación de pluralidad de fiadores que se origina no es de cofianza, sino entre aquellos que se encuentren en el mismo plano respecto de la obligación principal»<sup>125</sup>.

#### 8. SUPUESTOS EN QUE NO PROCEDE EL BENEFICIO DE DIVISIÓN

Como hemos indicado, el beneficio de división no procede en los mismos casos y por las mismas causas que el beneficio de excusión (art. 1837.2 CC). Lo que supone para un sector de la doctrina la atribución de un beneficio, no que la división entre cofiadores opere *ex lege*, ya que el acreedor podrá exigir la deuda en su integridad de cualquiera de los garantes<sup>126</sup>.



Pues bien, con esta forma de operar por parte del legislador, el citado precepto remite al artículo 1831 del mismo Código, donde se establecen los casos en que la excusión no tiene lugar y que son: 1.º) cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella; 2.º) cuando se haya obligado solidariamente con el deudor; 3.º) en el caso de quiebra o concurso del deudor; y 4.º) cuando este no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino.

Brevemente, el beneficio de exclusión es un derecho que se concede *ex lege* al fiador ante la reclamación del cumplimiento de la obligación principal que le haga el acreedor, admitiéndose su renuncia mediante pacto; y, viene reconocido en el artículo 1830 del Código Civil al disponer: «El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor», siendo regulado en los artículos siguientes (arts. 1831 a 1833) que integran el capítulo II y en el artículo 1856 del capítulo IV dedicado a la fianza legal y judicial ambos pertenecientes al título XIV, libro IV del Código.

Se puede definir como «la facultad que corresponde al fiador en cuya virtud, producido el incumplimiento de la obligación principal, puede aplazar el cumplimiento de la suya y paralizar la pretensión de cobro del acreedor hasta no haber intentado este, sin éxito, la ejecución forzosa del deudor, observando ciertas exigencias»<sup>127</sup>; o como «el derecho concedido al fiador para eludir el pago, mientras no se acredite la insolvencia total o parcial del deudor»<sup>128</sup>; o, en fin, «la facultad que la ley atribuye al fiador y tiene por objeto enervar o paralizar la pretensión ejecutiva del acreedor dirigida contra él»<sup>129</sup>.

Ahora bien, para que proceda el beneficio de excusión se deben reunir las condiciones que señala el artículo 1832 del Código: 1.º) Que el fiador oponga al acreedor el beneficio de excusión —si es que puede y quiere servirse de él—, luego que aquel le requiera de pago (*elemento temporal*). No siendo necesario que dicho requerimiento se haga judicialmente; 2.º) Que, el fiador le señale bienes del deudor realizables dentro del territorio español y que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda (*elemento objetivo*)<sup>130</sup>. No opera *ipso iure*, sino que debe hacerse valer dicho beneficio por el fiador, tras el requerimiento judicial o extrajudicial del acreedor. Tampoco la falta de previa excusión de los bienes por el fiador puede ser apreciada de oficio<sup>131</sup>. No obstante, la oposición del beneficio de excusión y el señalamiento de bienes del deudor, no impide que se dicte sentencia condenando al fiador a pagar al acreedor; si bien con carácter subsidiario (art. 1834 CC)<sup>132</sup>.

Sobre tales bases, procede señalar que, la doctrina científica no aplica rigurosamente el artículo 1831 a la situación de cofianza, pues estima que los casos en que cesa el beneficio de división son: 1.º) La renuncia del cofiador al mismo; 2.º) Cuando los cofiadores se hayan obligado solidariamente entre sí, pero no con el deudor, como establece el artículo 1831; 3.º) En caso de concurso de alguno de los cofiadores, pero no del deudor, a diferencia de lo establecido en el propio precepto; y 4.º) Cuando alguno de los cofiadores no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino<sup>133</sup>.

Ante esta interpretación doctrinal, que compartimos. En caso que los cofiadores hayan pactado la solidaridad, cada uno de ellos responderá por el total de la deuda, y el acreedor podrá reclamarles a cada uno, por tanto, el cumplimiento íntegro de la misma (art. 1837.1 CC). En este supuesto, parece que, de modo claro, se produce una exclusión del beneficio de división, al margen de que pueda oponer el beneficio de excusión, si se ha obligado subsidiariamente con el acreedor<sup>134</sup>.

En cuanto al supuesto de renuncia del fiador que contempla el artículo 1831 del Código, parece lógico que *la renuncia de los cofiadores* al beneficio de división,

deje sin efecto al mismo, produciendo la consecuencia que, el acreedor pueda dirigirse a cualquiera de los cofiadores para exigir la totalidad de la deuda<sup>135</sup>. La renuncia ha de ser expresa.

Se plantea la cuestión de si esta renuncia debe ser expresa o tácita. DÍEZ-PICAZO estima que la renuncia al beneficio de división puede ser tácita, de manera que la simple falta de oposición en tiempo oportuno del beneficio y del ejercicio de la excepción entraña una renuncia tácita, pues en definitiva, el beneficio no provoca una automática división *ex lege* de la obligación de los fiadores, sino un medio de defensa al fiador demandado<sup>136</sup>.

En nuestro parecer, la renuncia a dicho beneficio debe ser expresa, puesto que, por una parte, el legislador establece la división de la deuda y de la acción del acreedor como regla general en todo momento, en virtud de lo establecido en el artículo 1837, párrafo 1.º del Código, por lo que no cabe suponer o presumir que los cofiadores han renunciado a este derecho si expresamente no lo señalan, y, por otra parte, porque dicho beneficio constituye un derecho que el cofiador tiene frente al acreedor y frente los demás cofiadores que puede alegar en cualquier momento luego que se le requiera de pago por la totalidad de la deuda, por lo que hasta el mismo momento en que se pierda la oportunidad de alegar dicho beneficio, no cabe suponer que los cofiadores han renunciado tácitamente al mismo.

Ahora bien, la renuncia del fiador al beneficio de división no convierte la cofianza en solidaria; pues esta debe pactarse expresamente<sup>137</sup>.

En este contexto, ALVENTOSA DEL RÍO ha planteado la cuestión relativa a lo que sucede cuando se plantea el supuesto que, los cofiadores se hayan obligado solidariamente con el deudor, pero mancomunadamente entre ellos, pues, al interpretar el precepto en aquel sentido, parece que no se pueda aplicar al supuesto que se acaba de indicar<sup>138</sup>. Al respecto, debemos considerar que, el supuesto descrito, excede un tanto el campo operativo del artículo 1837 en su párrafo segundo, ya que, teóricamente, fianza solidaria (*o solidaridad del fiador o fiadores con el deudor*) y cofianza solidaria (*solidaridad de los fiadores entre sí*), pues, como señala LACRUZ BERDEJO «son conceptos distintos y pueden actuar por separado». De ahí que, precise que «se pueda apreciar en los respectivos casos, solidaridad de los fiadores con el deudor principal, pero no entre sí, por lo que se divide la deuda. Lo que demuestra la existencia en nuestro Derecho de una «*solidaridad relativa*» en que se distinguen dos grupos o grados de deudores»<sup>139</sup>.

Respecto de los otros dos supuestos mencionados en el artículo 1831 del Código: el caso concurso del deudor; y el caso de que este no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino, supuestos en los cuales el fiador no puede utilizar el beneficio de excusión. Para un amplio sector de la doctrina científica, la remisión del párrafo 2.º del artículo 1837 del Código a los casos mencionados en los últimos números del artículo 1831, deben referirse a las situaciones de concurso de los cofiadores, o imposibilidad de demandar judicialmente a alguno de ellos dentro del territorio español; de tal modo que, en estos casos, configurados en la forma descrita, se excluye el ejercicio del beneficio de división por los cofiadores; por lo que, si el acreedor reclama a cualquiera de los cofiadores la totalidad de la deuda, este estará obligado a prestarla íntegramente, sin poder oponer el indicado beneficio por haber sido legalmente excluido. Sin embargo, para ALVENTOSA DEL RÍO entiende no operable la sustitución del término deudor por la de cofiador, de forma que se debe tener en cuenta en estos supuestos, solo la incidencia que supone la quiebra y concurso del deudor o la imposibilidad de demandarlo dentro del Reino<sup>140</sup>.

En este contexto, entendemos que el cese de la división se origina por la renuncia a esta, la solidaridad entre los cofiadores, por una parte, y el concurso del cofiador y la imposibilidad de ser demandado judicialmente dentro del Reino a alguno o algunos de ellos, por otra. Esto es, la referencia al artículo 1831 al beneficio de excusión y al deudor principal debe ser, respectivamente, sustituida por beneficio de división y fiador o fiadores. De los cuatro supuestos, es obvio que el primero y el segundo no plantean problemas, pues se trata de la improcedencia de la división por virtud de renuncia del favorecido por ella o por acuerdo de las partes; siendo los otros los que representan una alteración de la responsabilidad de los cofiadores. Así solo la declaración judicial de concurso de algún cofiador (auto de declaración de concurso: artículo 32 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC) —en vigor desde el 1 de septiembre de 2020—) es causa del cese del beneficio de división; o que, no pueda ser el cofiador demandado judicialmente dentro del Reino, esto es que, los tribunales españoles no sean competentes.

En cuanto a las consecuencias del cese de la división de la deuda, en los casos en que proceda, se concretan en que los cofiadores no incurso en alguno de los supuestos del artículo 1831 deberán responder, entre todos, de la cuota de quienes se encuentran en algunas de aquellas situaciones, además, naturalmente, de pagar la propia. Ahora bien, esto no implica la conversión de su obligación de garantía en una obligación solidaria, por lo que, en todo caso, deberá mantenerse siempre la necesidad del acreedor de dividir la deuda entre todos los cofiadores solventes, sin que le resulte factible exigir a uno solo de ellos la totalidad de la obligación fiada bajo pretexto de la concurrencia de alguno de los supuestos del artículo 1831, ni siquiera la cuota íntegra del insolvente o insolventes. En síntesis, si la cofianza se asumió por dos cofiadores y uno está en situación de concurso, o no se le puede demandar dentro del Reino, el otro podrá ser condenado al pago del importe total de la deuda asegurada. Pero si son más de dos los cofiadores, la cuota de los insolventes deberá soportarse en la proporción correspondiente del sistema donde la división juega como un verdadero beneficio. Con más motivo, consideramos que tal interpretación es la procedente en el régimen sancionador por el artículo 1837 del Código Civil.

#### 9. MOMENTO DE EJERCICIO DEL BENEFICIO DE DIVISIÓN

En cuanto al momento en que dicho beneficio debe oponerse, para un sector de la doctrina que hay que aplicar por analogía lo dispuesto por el Código para el beneficio de excusión<sup>141</sup>. Sin embargo, para GUILARTE ZAPATERO no existe un específico momento en el que deba el cofiador alegar la división de la deuda, sino que procede de la propia naturaleza de la obligación<sup>142</sup>; para Díez-Picazo<sup>143</sup> el beneficio de división constituye, según su naturaleza, una excepción y además una excepción que, puede asimilarse a la de *plus petición*, parece que el fiador deberá oponer el beneficio antes de contestar a la demanda, o bien en la misma contestación de la demanda, pero no, en cambio, en un momento posterior. El efecto de la oposición del beneficio consistirá en limitar la condena del fiador a la parte de la deuda que este es responsable. Por lo que el cofiador puede ejercer el beneficio de división cuando el acreedor le requiera judicial e extrajudicialmente del pago, indicando la parte de la deuda por la que responde, no la parte de los demás cofiadores.

En este contexto, cabe indicar lo siguiente:

1.<sup>ª</sup>) Si el acreedor reclama extrajudicialmente el pago de la deuda, el cofiador debe alegar la excepción u oponer, en su caso, el beneficio de división luego que el acreedor le requiera de pago.

2.<sup>ª</sup>) Si el acreedor reclama judicialmente la totalidad de la deuda al cofiador, este puede oponer la excepción o, en su caso, el beneficio de división durante el periodo del pleito.

3.<sup>ª</sup>) Si el acreedor demanda judicialmente de modo conjunto al deudor y al cofiador, cabe distinguir diversas situaciones según la comparecencia o no de este último. Si comparece el cofiador, deberá alegar la excepción o el beneficio de división durante el periodo expositivo del pleito, para responder tan solo de la parte de deuda en que se haya obligado<sup>144</sup> o en la contestación de la demanda<sup>145</sup>. No obstante, si el acreedor reclamase la totalidad de la deuda judicialmente solo al cofiador, o conjuntamente al deudor y al cofiador, este último podría, o bien oponer únicamente el beneficio de excusión, o bien oponerlo junto con el de división. Si el beneficio de excusión tiene éxito, liberará al cofiador de su obligación y en su caso a los demás cofiadores, si la excusión de bienes satisface la totalidad del crédito (art. 1847 CC), o si el acreedor opera de forma negligente en la excusión y no ejecuta los bienes señalados, suficientes para satisfacer el crédito, permitiendo la insolvencia del deudor (art. 1833 CC). Ahora bien, si no tiene éxito, y no se ha opuesto el beneficio de división durante el periodo expositivo del pleito, responde de la totalidad de la deuda, aunque después puede dirigir contra los demás cofiadores la acción de regreso por la vía del artículo 1844 del Código Civil. En todo caso, si el señalamiento de bienes del deudor realizado por el cofiador requerido de pago, resultan insuficientes para satisfacer la totalidad de la deuda, siéndolo únicamente para la parte del cofiador que la ejercitó, parece que, la excusión solo le beneficiaría a él<sup>146</sup>.

Por otra parte, si el cofiador no comparece y recae sentencia contra el deudor y contra él, el cofiador, como deudor subsidiario que es, deberá responder en caso que el deudor resulte insolvente o que sus bienes no sean suficientes para cubrir el importe íntegro de la deuda, pudiendo reclamar posteriormente de los demás cofiadores la parte proporcional que corresponda a cada uno de ellos (art. 1844 CC). Si bien, todo ello condicionado a que haya respondido de la totalidad o parte de la deuda.

No obstante, las situaciones descritas, hay también que tener en cuenta que la obligación asumida por los cofiadores se produce, por regla general, en el plano de la subsidiariedad; por lo cual conviene advertir que, además de este beneficio, el cofiador puede oponer el beneficio de excusión al mismo tiempo, si le demanda judicialmente por el acreedor. Si bien, nada impide que ambos beneficios se aleguen en momentos diferentes, especialmente, cuando el cofiador es reclamado para el cumplimiento de la obligación extrajudicialmente.

En fin, estando ausente la solidaridad, el acreedor puede demandar a todos o algunos de los cofiadores (*litisconsorcio voluntario pasivo*), solo por su parte en la obligación, aunque lo más lógico es que se produzca la demanda conjunta<sup>147</sup>.

## 10. EL BENEFICIO DE DIVISIÓN Y LA FIANZA JUDICIAL

El artículo 1856 del Código Civil establece que «*el fiador judicial no puede pedir la excusión de bienes del deudor principal. El subfiador, en el mismo, caso no*

*puede pedir ni la del deudor ni la del fiador*». En este precepto se alude al beneficio de excusión, no al beneficio de división. Por lo que cabe plantearse, si el cofiador judicial puede oponerlo. No obstante posiciones en contrario<sup>148</sup>, entendemos que, en la fianza judicial el cofiador no está privado de oponer el beneficio de división o de los efectos de esta, pues, la ley no niega expresamente este beneficio, pues, la remisión del artículo 1837.2 al artículo 1831 ambos del Código Civil respecto a que la división cesa en los mismos casos que la excusión, no supone privar del ejercicio del beneficio de división, además de una falta de mención expresa en el artículo 1856 del citado texto legal. En este sentido, señala GUILARTE ZAPATERO que «tiene una mayor trascendencia y significación la ausencia de una referencia específica a la cesación del beneficio de división, contrariamente a lo que ocurre con la excusión, en el artículo 1856, que la implícita alusión que pudiera considerar existente en el apartado 2.º del artículo 1837 del Código Civil, que al citado de la fianza judicial. Creo que la norma remite exclusivamente al artículo 1831, entre otras razones, por la colocación de los distintos preceptos implicados»<sup>149</sup>.

## V. PAGO O CUMPLIMIENTO POR UN COFIADOR: EFECTOS ENTRE COFIADORES. DERECHO DE REINTEGRO

El pago o cumplimiento de la obligación principal supone la actuación del contenido de la obligación a través de la realización por el deudor de la prestación que constituye su objeto, produciendo, así, un triple efecto y función: satisfacción del acreedor, liberación del deudor y extinción de la obligación. De forma que, para que el cumplimiento (como modo de extinción) libere al deudor de su obligación es preciso, que este sea exacto, es decir, que se ajuste de forma absoluta a la prestación pactada y con su realización, satisfaga el interés del acreedor. En el supuesto que, la prestación llevada a cabo por el deudor, no se adecue a las previsiones establecidas por las partes, el obligado no habrá cumplido<sup>150</sup> y, en consecuencia, no se verá liberado de su obligación mediante «*el cumplimiento*». Por otro lado, se debe tener en cuenta que el Código Civil ordena al deudor un particular deber de diligencia (*v.gr.*, art. 1094 CC que concreta el grado de diligencia prestable), y sanciona, igualmente, su negligencia.

De forma que, para que exista cumplimiento, como medio de extinción de la obligación y liberación del deudor, es necesaria la plena satisfacción del derecho de crédito del acreedor y, por este motivo, cuando se contempla la figura del pago como modo de extinción de las obligaciones, es importante tener siempre presente la posibilidad admitida jurídicamente de la ejecución forzosa de los bienes del deudor principal, del pago por consignación, del que se realiza mediante cesión de bienes, y el pago por tercero, este último, como bien sabemos, representa otro sujeto legitimado para el pago<sup>151</sup>.

En todo caso, este modo normal y propio de extinción de la obligación principal, hace perder a la fianza su razón del ser, dada la accesoriedad auxiliar y funcional que la caracteriza. Lo que conlleva también su necesaria extinción. Si bien, ha de subrayarse que nos estamos refiriendo aquí al supuesto en que el acto debido se realiza por el deudor o por un tercero que, no queda subrogado legal o convencionalmente; ya que si queda subrogado, aun cuando se produzca la satisfacción del interés del acreedor primitivo, el deudor no se libera, y, por ende, el fiador, sino que permanece obligado frente al nuevo acreedor que con-

serva también las garantías en los términos que el propio Código Civil establece (art. 1210.3.º CC).

Por otra parte, con respecto al cumplimiento de la *relación obligatoria accesorio* que representa la fianza: debemos decir que el cumplimiento por el fiador —cofiador o subfiador— representa la primera y la más normal causa de extinción de su obligación. Supone la realización de la prestación a la que se ha obligado con el acreedor; y cuyo contenido (cuantía, modalidades y tiempos pactados) puede ser igual o inferior que el que corresponde a la obligación principal (art. 1826 CC). En todo caso, habrá de cumplimentarse los requisitos objetivos generales a todo pago: el de la identidad (arts. 1157 y 1166); integridad (art. 1157); e indivisibilidad (art. 1169)<sup>152</sup>.

Ahora bien, sobrevenido el incumplimiento de la obligación principal y el cumplimiento por el fiador de su obligación de garantía, satisfacción con ello el interés perseguido por el acreedor en la obligación principal, obligación que no se extingue por dicho pago, aunque suponga la liberación del deudor frente a su primitivo acreedor. Dicho pago provoca la extinción de la obligación propia del fiador y la liberación del deudor frente al acreedor, pero no la extinción de la obligación principal; pues, permanece viva y, el deudor principal deberá cumplir con el fiador por vía de regreso (a modo de reembolso) mediante indemnización que comprende, además de la cantidad total de la deuda pagada, los intereses legales, los gastos ocasionados y los daños y perjuicios (arts. 1838 CC), o mediante la subrogación (art. 1839 CC)<sup>153</sup>.

Asimismo, el pago de la totalidad de la deuda por un cofiador (esté o no obligado solidariamente con el deudor principal o con los demás fiadores) determina la posibilidad de un derecho de reintegro con cada uno de los otros cofiadores en la parte que proporcionalmente les corresponde (art. 1844 CC). A ambos efectos del pago nos vamos a referir a continuación; si bien, incidiendo a los efectos que a nosotros interesa más, esto es, en el derecho de reintegro entre cofiadores.

## 1. EFECTOS ENTRE DEUDOR PRINCIPAL Y FIADOR/COFIADORES

El artículo 1838 del Código Civil otorga al fiador que ha realizado el pago un derecho de reembolso —reintegro o indemnización—. Esta indemnización exigible por el fiador al deudor comprende: 1. El importe de la totalidad de la deuda que hubiera pagado (art. 1839.2 CC). Podrá ser inferior a la cuantía de la obligación afianzada y comprende los intereses convencionales pactados; 2. Los intereses legales desde que se ha hecho saber, esto es, notificado al deudor el pago realizado, aunque no los produjere para el acreedor. Desde tal momento el deudor está en mora, por lo que debe abonar los intereses por tal concepto<sup>154</sup>; 3. Los gastos que se hubieran ocasionado al deudor a partir que puso en conocimiento del deudor que había sido requerido para el pago; 4. Los daños y perjuicios, si procediesen (causados al fiador)<sup>155</sup>.

En cuanto al abono de los gastos, el artículo 1838 exige que el fiador ponga «en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago». No obstante, el Tribunal Supremo considera que es suficiente con que el deudor tenga conocimiento de la reclamación hecha al acreedor, siendo indiferente a tal fin que se lo haya comunicado o no<sup>156</sup>. De todas formas, precisa el artículo 1838 *in fine* que «*la disposición de este artículo tiene lugar, aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor*». Si se ha dado contra su expresa voluntad; por ende, únicamente se reconocerá el derecho a interponer una acción de repetición por la cantidad que



haya resultado útil al deudor<sup>157</sup>. En fin, si el pago del fiador fuera parcial, se habrá de aplicar lo dispuesto en el artículo 1213 del Código Civil<sup>158</sup>.

Por su parte, la subrogación atribuye al fiador subrogado de manera automática el mismo derecho que tenía el acreedor pagado, con sus garantías, privilegios y preferencias<sup>159</sup>. En consecuencia, el artículo 1839 párrafo primero del Código Civil permite que el fiador pase a ocupar la posición jurídica que tenía el acreedor frente al deudor, transfiriendo al garante «el crédito con los derechos a él anexos (art. 1212 del citado cuerpo legal). Constituye, para la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, una singularización o especificación para el caso de fianza, una subespecie, de lo previsto con carácter general en el artículo 1210.3 del Código Civil, en la medida que el pago hecho al fiador es sin duda un pago hecho por «persona interesada» en la obligación. Asimismo, se trata de un supuesto de novación subjetiva del crédito (art. 1203.3 CC)<sup>160</sup>. La subrogación, por tanto, no es más que la mera sustitución de la persona del acreedor inicial por el fiador subrogado, que sustituye a aquel como sucesor, sin que, a estos efectos, se pueda hablar de nacimiento de un derecho, como ocurre en el caso del derecho a ser indemnizado del artículo 1838 del Código Civil<sup>161</sup>. Los efectos de la subrogación, en todo caso, «se generan desde el mismo momento en que se contrajo la deuda principal y no desde el momento del pago»<sup>162</sup>.

Ahora bien, para una parte de la doctrina los artículos 1838 y 1839 no establecen una doble vía a favor del fiador que ha realizado el pago, pues, se entiende que la subrogación se concede al fiador «como cauce para hacer efectivos el derecho de regreso»<sup>163</sup>. Si bien, esta última acción es propia de la fianza. No obstante, la doctrina mayoritaria mantiene la dualidad de acciones<sup>164</sup>. Además, se entiende que, el Código Civil no establece tampoco «un orden de preferencia para el ejercicio de las acciones, ni si el fiador tiene que elegir entre una u otra». Si bien, «la subrogación *ex lege* en los derechos del acreedor puede ser insuficiente y habrá de ejercitar la acción del artículo 1838»<sup>165</sup>.

Por otra parte, lo previsto en los preceptos mencionados se compete con lo previsto en los artículos 1840, 1841 y 1842 del mencionado Código Civil. Así: 1. Si el fiador comunica al deudor su pretensión del pago del crédito, este deberá poner en conocimiento de aquellas excepciones que pueden ser opuestas por la vía del artículo 1853 del Código Civil. De no poner en conocimiento del deudor la intención de pagar, este podrá oponer al fiador todas las excepciones que este no ha podido oponer al acreedor por desconocimiento (art. 1840)<sup>166</sup>; 2. Si la deuda es a plazo y el fiador paga antes de su vencimiento, no podrá el fiador exigir el reembolso al deudor hasta que el plazo venza (art. 1841). Esto es hasta que la deuda sea líquida y exigible<sup>167</sup>; y, 3. La exigencia de notificación por el fiador al deudor del pago realizado para evitar el doble pago, pues, si el fiador realiza el pago sin comunicarlo al deudor y este lo repitiese, nada podrá exigir el garante al deudor. Ante la existencia de un doble pago, al fiador solo le queda reclamar contra el acreedor el doble cobro del crédito (art. 1842) —evitar enriquecimiento injusto—. Se exige, pues, un doble pago: el hecho por el fiador sin ponerlo en conocimiento del deudor; y el realizado por el deudor ignorando el pago hecho por el fiador<sup>168</sup>.

Ahora bien, en caso de garantías (fideusoria e hipotecaria) concurrentes, si el fiador paga la deuda queda facultado para subrogarse e ingresar en la posición del acreedor y puede aprovecharse de la garantía hipotecaria. Pero si quien paga es el constituyente de la hipoteca (o un tercer poseedor que al adquirir la finca queda gravado por dicha carga), igualmente, podrá subrogarse en la posición del acreedor inicial (art. 1201.3 CC), invocando a su favor el artículo 1212 del Cód-



go Civil. No obstante, si este derecho de subrogación es alterado, perjudicado o perturbado por la actuación propia del acreedor, es este quien debe soportar las consecuencias y no el fiador. La lesión del derecho del fiador a la subrogación provoca una alteración en las condiciones de actuación de la obligación garantizada, a la que es ajeno el fiador y que no puede perjudicarle. De ello se deriva una carga que incumbe al acreedor de preservar el derecho de subrogación del fiador con plenitud de efectos, esto es, con la extensión de todas las garantías y privilegios del crédito. Este es el deber cuyo cumplimiento se tutela por la norma contenida en el artículo 1852 del Código Civil que constituye una suerte de sanción al incumplimiento de tal carga. Por tanto, sobre el acreedor pesa una carga, un deber jurídico de diligencia. Por ello, se afirma en la doctrina y jurisprudencia que, de la imposibilidad o del obstáculo en la subrogación debe responder en sentido propio, una conducta positiva o una mera omisión del acreedor que, le resulte imputable. Sobre tales bases, el efecto liberatorio previsto en el citado artículo 1852 requiere determinar los siguientes extremos: 1. Los hechos o actos del acreedor que tienen entidad y virtualidad para provocar la extinción de la fianza; 2. Los derechos y garantías sobre los que se proyecta el deber de conservación; 3. El nexo causal entre la conducta del acreedor y la imposibilidad de subrogación; y, 4. La existencia de un perjuicio para el fiador. Asimismo, como señala la jurisprudencia que ha tratado el artículo 1852 que, hay que diferenciar dos aspectos: 1. Por un lado, la fijación de la doctrina sobre los rasgos generales de los presupuestos del supuesto de hecho a que se refiere la norma; y 2. Por otro lado, el análisis casuístico de los distintos supuestos de hecho planteados y su encaje o no en el perímetro del «hecho del acreedor» que imposibilita la subrogación y con el que se genera un perjuicio al fiador que se compensa con su liberación de la fianza. De entre los precedentes que conforman el *corpus* doctrinal de la actual jurisprudencia sobre la materia, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 2002<sup>169</sup> lleva a cabo un exhaustivo análisis jurisprudencial, relacionando y sintetizando el sentido de varias resoluciones: «La Sentencia de 9 de julio de 1908 aprecia la extinción de la fianza porque el acreedor consiente la pérdida de la garantía sin intervención del fiador y sin utilidad alguna para el crédito afianzado; la Sentencia de 20 de noviembre de 1910 se refiere a la exigencia de hechos propios del acreedor; la de 22 de noviembre de 2016 no libera al fiador por haber omitido los oportunos protestos de unos pagarés, por las razones que expresa; la de 31 de marzo de 1927 hace referencia a la necesidad de un hecho personal y directo del acreedor que haga imposible que los fiadores puedan utilizar sus derechos y considera privilegio el reparto de géneros que hicieron los acreedores del deudor en situación concursal; la de 7 de octubre de 1933 condiciona la liberación a que exista actividad, acción, hechos del acreedor, no bastando cualquier falta de diligencia o actividad; la Sentencia de 7 de octubre de 1942 resuelve un caso de cooperación activa del acreedor (prestamista y gerente de la sociedad prestataria) en la producción, indebida de la situación de insolvencia de la entidad deudora; en Sentencia de 9 de octubre de 1962 no consta la existencia de una actividad real de la parte demandada susceptible de impedir la subrogación; la de 10 de junio de 1966 libera porque el primitivo acreedor al transmitir el crédito sin guardar las solemnidades de la cesión ocasionó que desapareciera la garantía prendaria; en la de 1 de marzo de 1983 se insiste en la exigencia de actividad, acción, hechos y que no es suficiente cualquier falta de diligencia y se aprecia pasividad del fiador por no exigir del acreedor que ejercitara la reserva de dominio que significa una garantía; la de 28 de febrero de 1985 estima (a efecto meramente dialécticos)

que la simple pérdida de un puesto en el rango hipotecario no puede asimilarse a la imposibilidad de subrogarse en los derechos y añade que «(...) ni como cuestión de hecho está acreditado que los fiadores se hayan visto privados de su derecho a resarcirse en los bienes del deudor principal»; la de 1 de julio de 1988 aprecia la liberación del fiador por haber hecho dejación el acreedor del ejercicio del derecho de abstención en suspensión de pagos que da lugar a la conversión en común de un crédito privilegiado; al de 30 de diciembre de 1988 no hace referencia al tema, pero en la sustancia se aplicó el artículo 1852 a la cancelación de embargo permanece íntegro el crédito; las Sentencias de 27 de octubre de 1993 y de 29 de noviembre de 1997 declaran que no libera al fiador el hecho de ejecutarse la hipoteca que garantizaba el crédito para el cobro de este, puntualizando siempre la primera que no se infringe el artículo 1852 aunque no se comunique al fiador la ejecución hipotecaria; la Sentencia de 21 de febrero de 1997<sup>170</sup> libera al fiador porque el acreedor aplicó la garantía prendaria a un crédito distinto del que también era objeto de fianza; y, la de 25 de octubre de 1997 también declara extinguida la fianza porque el prestamista hizo efectivo el préstamo a quién ni estaba autorizado al cobro». Tras destacar los citados precedentes jurisprudenciales esta misma Sentencia de 8 de mayo de 2002 fija la siguiente doctrina general: «El artículo 1852 del Código Civil se refiere a un hecho positivo o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad, con entidad actual causal para impedir a la subrogación —imposibilitándola o incidiendo negativamente en la efectividad o utilidad— en la titularidad de garantías, privilegios o derechos inherentes al crédito<sup>171</sup>. Ha de tratarse de titularidades específicas, pues no existe una garantía general sobre el patrimonio, ni corresponde al acreedor preservar la capacidad económica genérica del deudor. Por otra parte, la subrogación no es aplicable al derecho, privilegio o garantía mediante cuyo ejercicio y consiguiente extinción, al acreedor hace efectivo su derecho de crédito o cobra parte del mismo. Esta doctrina no ha sido contradicha por la conducta de la entidad acreedora, pues, no consta que haya empeorado por hecho propio innecesariamente la condición del deudor, ni actuando irrazonablemente en su perjuicio, sino que observó una conducta normal encaminada al cobro del crédito (...)». Esta doctrina se reitera en las Sentencias de 3 de febrero de 2009<sup>172</sup> y de 21 de julio y 15 de noviembre de 2011<sup>173</sup>. En esta última, se insiste en que la norma «da lugar a una carga de preservar el derecho de subrogación del fiador con plenitud de sus efectos» y concluye que «es una sanción por incumplimiento de dicha carga». Además de esta doctrina general, cabe también señalar como jurisprudencia reiterada la de que «no libera al deudor el hecho de ejecutarse la hipoteca que garantizaba el crédito para el cobro de este (Sentencias de 27 de octubre de 1993; de 29 de noviembre de 1997 y, 7 de noviembre de 2013<sup>174</sup>). O como indicia la citada Sentencia de 8 de mayo de 2002 «la subrogación no es aplicable al derecho, privilegio o garantía mediante cuyo ejercicio y consiguiente extinción, el acreedor hace efectivo su derecho de crédito cobra parte del mismo». En una posterior Sentencia de 4 de diciembre de 2008 se pone el acento en el requisito del perjuicio sufrido por el fiador «de los distintos supuestos estudiados en la citada sentencia, debe llegar se la conclusión que esta Sala ha centrado el concepto «hecho del acreedor» que no permita al fiador quedar subrogado en las garantías. Según esta jurisprudencia, el artículo 1852 se refiere a los perjuicios que el acreedor puede producir con el cambio de las condiciones de la obligación garantizada por medio de una actuación o una abstención que, produzca un perjuicio al fiador de modo que, la Sentencia de 8 de mayo de 2002

dice que este artículo trata de evitar que por cualquier medio como puede ser un acuerdo entre acreedor y deudor, se perjudique al fiador y acabe pagando la deuda ajena, hay, en consecuencia, una carga de preservar el derecho de subrogación del fiador con plenitud de sus efectos y la norma del artículo 1852 del Código Civil es una sanción por el incumplimiento de dicha carga».

En fin, a todo lo anterior la Sentencia de 12 de noviembre de 2020<sup>175</sup> fija como elementos delimitadores del supuesto de hecho de la norma que «1. Debe existir una relación de causalidad (relación de causa/efecto) o conexión directa entre la conducta del acreedor y pérdida del derecho o garantía que impida la subrogación; 2. Esta conducta no precisa estar connotada por una idea de ilicitud o culpabilidad, lo que se precisa es que tenga carácter voluntario y sea determinante del efecto impositivo citado (ejemplo paradigmático sería que el fiador garantice una deuda previamente asegurada con hipoteca y con posterioridad a su constitución el acreedor consiente al cancelación de la hipoteca antes del pago de la deuda sin contraprestación); 3. El efecto liberatorio derivado de la pérdida de la posibilidad de subrogación queda enervado en caso que respecto del hecho causante de esa pérdida haya mediado el consentimiento o intervención del fiador; este debe ser ajeno al hecho causante; y 4. Tampoco cabe estimar la extinción de la fianza si la pérdida de la garantía es consecuencia de una disposición legal (como en el caso de la extinción de garantía o efecto de su activación o ejercicio en un procedimiento de ejecución para obtener con el precio de rematar o su adjudicación el pago de la deuda o su purga como consecuencia de la ejecución de una hipoteca de mejor rango (art. 692.3 de la LEC)».

En consecuencia, hecho obstativo del acreedor puede ser un comportamiento activo o una omisión; y puede ser una actividad voluntaria, dolosa o negligente. Aplicándose este artículo 1852 tanto a la fianza simple o subsidiaria como a la solidaria<sup>176</sup>. De todas formas, como precisa acertadamente, RUEDA ESTEBÁN «la imposición al acreedor de observar una conducta que no impida la subrogación del fiador en los derechos, privilegios e hipotecas, tiene la naturaleza de una carga, entendida esta como deber jurídico de desenvolver una determinada diligencia»<sup>177</sup>.

## 2. EFECTOS ENTRE COFIADORES: DERECHO DE REINTEGRO O RECLAMACIÓN DE CANTIDAD

En el caso de pluralidad de fiadores (cofianza) ante el cumplimiento por cualquiera de los cofiadores, cada cofiador puede proceder, en el ámbito de sus relaciones internas contra los restantes cofiadores, exigiéndoles la parte proporcional de la cantidad pagada que les correspondería abonar (art. 1844 CC)<sup>178</sup>; o actuar contra el deudor ejercitando la acción de reembolso por la parte que haya pagado<sup>179</sup>. En las relaciones externas podrá ejercitar las acciones de subrogación contra el deudor y los demás cofiadores solidarios (art. 1145 CC) o reembolso frente al deudor principal. Además, pagada la deuda por el cofiador, podrá ejercer acumuladamente la acción de reembolso contra el deudor y la acción de regreso contra los demás cofiadores<sup>180</sup>. Como fundamento del regreso se destaca por RUEDA ESTEBÁN está en «la relación que subyace a la asunción de la cogarantía. La causa del negocio que origina en sí misma la razón de repartir internamente la obligación»<sup>181</sup>.

CASTILLA BAREA establece como presupuestos del derecho de regreso del cofiador *solvens* los siguientes: «a) Que exista una pluralidad de garantes; b) Que el *solvens* haya efectuado el pago de lo debido en virtud de la misma; c) Que dicho pago haya tenido lugar mediando reclamación del acreedor o estando el

deudor principal en estado de concurso o quiebra»<sup>182</sup>. Al respecto se considera suficiente el mero requerimiento de pago (judicial o extrajudicial) realizado a cada uno de los cofiadores<sup>183</sup>; o por la reclamación judicial del acreedor por la vía del ejercicio de la acción real hipotecaria<sup>184</sup>; o en virtud de demanda judicial<sup>185</sup>; y no procede en caso de anticipación del pago de la deuda<sup>186</sup>. No obstante, en caso de solidaridad entre el deudor principal y los fiadores, la acción de regreso del cofiador que pagó, no exige que, previamente se haya demandado al deudor<sup>187</sup>.

Por otra parte, pese a la doctrina mayoritaria avalada por la jurisprudencia, se inclinan por aplicar el citado artículo 1844 a los supuestos de cofianza mancomunada, remitiendo la cofianza solidaria a la regulación que el Código Civil dedica a las obligaciones solidarias<sup>188</sup>; otros, sin embargo, entienden que atendiendo a la redacción del precepto, en concreto a su párrafo 2.º que establece que la insolvencia de uno de los cofiadores repercute en los restantes, supone que su ámbito objetivo de aplicación se circunscribe a la cofianza solidaria, ya que si se pacta expresamente una cofianza parciaria, el régimen aplicable será el del artículo 1138 del Código Civil<sup>189</sup>. Ciertamente, a nuestro entender, se parte de la presunción de mancomunada también en la cofianza; de forma que, el señalado precepto se aplica a este tipo de cofianza con la regla específica de asunción de la insolvencia de uno de los cofiadores por todos los demás que, se consolida, asimismo, ante la reclamación del cofiador *solvens*. Por tanto, también en el derecho de reintegro o reclamación de cantidad debe estimarse la aplicación del artículo 1844.3 del Código Civil frente a lo dispuesto en el artículo 1145 del Código Civil<sup>190</sup>. Por otra parte, en el caso que el cofiador, sin estar obligado a ello, cumple íntegramente la obligación fideiusoria, su derecho de regreso frente a los demás deberá operar sobre la base no del artículo 1844.1, sino de los artículos 1158 y 1159 del Código Civil reguladores del pago por tercero y además, no resultado de aplicación lo previsto en el párrafo segundo del citado artículo 1844 respecto de la insolvencia de uno de los cofiadores.

En todo caso, como presupuesto para el ejercicio de la acción de regreso entre cofiadores se exige el artículo 1844 en su apartado 3 que, el cofiador haya hecho el pago en virtud de una demanda judicial interpuesta por el acreedor o que el deudor se encuentre en situación de concurso. Ahora bien, pese a la limitación a los supuestos indicados para que opere el ejercicio de la acción tanto nuestra doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Supremo han optado por una interpretación amplia de tales presupuestos en la línea de lo previsto en el artículo 1210 párrafo tercero del Código Civil en la relación al sujeto interesado en el cumplimiento de la obligación<sup>191</sup>, esto es, por una mitigación jurisprudencial de los requisitos contenido en el citado artículo 1844.3<sup>192</sup>. Así destaca la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 1988<sup>193</sup> la razón de ser de este precepto se justifica en el hecho de evitar los pagos por la mera voluntad de uno de los cofiadores o por la conducta infundada unilateral, caprichosa o incluso maliciosa del fiador que paga ha sido objeto de una interpretación; considerándose procedente el pago efectuado por cualquier de los cofiadores si resulta beneficioso para todos los demás fiadores, aun sin reclamación judicial previa<sup>194</sup>; o en situaciones de insolvencia conocida o notoria, aun no declarado el concurso de acreedores (antes la suspensión o la quiebra)<sup>195</sup>. En este contexto, se entiende, asimismo, que la renuncia unilateral por un cofiador, aceptada tácitamente por el acreedor, no extingue su obligación respecto al cofiador que pagó totalmente en virtud de demanda judicial<sup>196</sup>.

Se puede reclamar por el cofiador que pago toda la deuda a los demás cofiadores por la cantidad o parte proporcional que, les corresponda<sup>197</sup>; no obstante,

partiendo del hecho de la mancomunidad, el cofiador que ha pagado su parte puede ejercitar esta acción de regreso, sin que se tenga que esperar al pago total de la misma<sup>198</sup>.

En fin, esta acción de regreso opera de forma independiente a la que corresponde al fiador frente al deudor (arts. 1838 y 1839). Por lo que pueden plantearse de forma alternativa o cumulativa y dirigirse en este último caso simultáneamente contra el deudor y los demás cofiadores. En ningún caso, se puede entender que el derecho de regreso opera de forma subsidiaria respecto de la reclamación previa al deudor principal, por lo que resulta innecesario que, se demande primero al deudor principal para poder proceder a reclamar a cada uno de los cofiadores la parte correspondiente que garantiza de la deuda principal<sup>199</sup>.

Ahora bien, frente a la acción de reembolso contra los demás cofiadores, estos podrán oponer al actor (cofiador) las mismas excepciones que podrían corresponder al deudor principal frente al acreedor, excepto las puramente personales (art. 1845 CC). Como precisa RUEDA ESTEBÁN «no hace sino reiterar la solución que propone el artículo 1840 del Código Civil»<sup>200</sup>. Para REYES LÓPEZ este precepto «tiene el mismo contenido que el artículo 1853 del Código Civil al conceder a los restantes cofiadores frente al cofiador que pagó, las facultades de oponer las mismas excepciones correspondientes a la deuda que el deudor hubiera podido alegar frente al acreedor, pero no las personales del deudor»<sup>201</sup>.

En este contexto, nos parece oportuno hacer referencia, por un lado, a la acción de reintegro entre los cofiadores ante la existencia de un dolo omisivo; un engaño doloso provocado por la sociedad cofiadora actora y conocido por la prestataria; y, por otro, a la acción de nulidad por error vicio del consentimiento alegado por los fiadores solidarios de un préstamo hipotecario y la ausencia o no del requisito de la esencialidad en el error.

Con respecto al primer supuesto expuesto, el objeto de la controversia se circunscribe a dilucidar si, como afirma el recurrente y sostuvo la sentencia de primera instancia, el consentimiento contractual prestado por aquel en el momento de la firma del aval solidario de la operación de préstamo participativo concedido por «Benitos Sistema de Carpintería S.A.», —prestado por Ibersa perteneciente al grupo de empresas de los socios Sres. César y por D. Arcadio— adoleció de un vicio consistente en dolo omisivo, determinante de la nulidad del contrato de fianza en los términos del artículo 1265 del Código Civil y por tanto, no procede la acción de reintegro de Ibersa contra el Sr. Arcadio por el pago realizado por aquella ante el incumplimiento por parte de Benitos Sistemas de Carpintería S.A.». Para la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de marzo de 2021<sup>202</sup> procede, en primer lugar, la distinción entre los vínculos obligacionales que ligan, por un lado, al deudor principal con el acreedor, el que se establece entre este y el fiador; y, por otro y propio de la relación jurídica subyacente entre cofiadores. Lo que permite analizar separadamente la validez de sus declaraciones de voluntad desde el punto de vista de la posible concurrencia o no de alguno de los vicios del consentimiento que pudieran adolecer. Desde este punto de vista, debe examinarse separadamente el requisito de la «ajeneidad» de la conducta dolosa respecto las tres relaciones jurídicas conectadas en el préstamo afianzado: 1. La relación entre cada uno de los fiadores y la sociedad prestataria; 2. La relación interna entre los cofiadores; y 3. La relación entre cada uno de los fiadores y la sociedad prestamista.

En esta diferenciación entre esos distintos vínculos obligacionales determina que el efecto invalidante del dolo como vicio del consentimiento, se produce dentro del ámbito de las relaciones obligacionales trabadas entre el contratante del

que procede el dolo (en sentido activo o pasivo) y el contratante que lo padece, pues, a diferencia de lo que sucede en otros vicios del consentimiento, el dolo debe proceder de «uno de los contratantes» para provocar un efecto anulatorio del contrato (arts. 1269 y 1270 CC).

Respecto del dolo como vicio de la voluntad consta de dos elementos: a) Una conducta insidiosa, que ejerza tal influencia sobre quien declara que su voluntad no puede considerarse libre; b) Que sea grave, es decir, que sea la causa determinante del contrato en el que concurre. Y viene exigiendo para apreciar su existencia como tal vicio del consentimiento los siguientes requisitos: 1. Una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, mediante palabras o maquinaciones adecuadas; 2. La voluntad del declarante debe haber quedado viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño; 3. Esta conducta debe ser determinante de la declaración; 4. El carácter grave de la conducta insidiosa; y, 5. El engaño no debe haber sido ocasionado por un tercero, ni empleado por las dos partes (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 y 12 de junio de 2003<sup>203</sup>; de 29 de octubre de 2013<sup>204</sup>; de 1 de marzo de 2017<sup>205</sup>; y, de 2 de marzo de 2020<sup>206</sup>). El concepto central del artículo 1269 del Código Civil es el de una «estratagema que se utiliza para que se produzca una percepción errónea en el otro contratante y por ello se considera que, en definitiva, el dolo induce a un error, si bien lo que se pone de relieve en este vicio de la voluntad no es el resultado, sino la maquinación utilizada para llegar a él» (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de febrero de 2000<sup>207</sup>). El concepto de «maquinaciones insidiosas» ha sido interpretada por la jurisprudencia en el sentido de comprender todas aquellas actuaciones de uno de los contratantes dirigida a obtener el consentimiento por parte del otro que, sin ellas, no se habría prestado (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 2011<sup>208</sup>). Por lo que, en sentido amplio, el dolo comprende «no solo la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe (dolo negativo u omisivo). Esta modalidad de dolo negativo implica el comportamiento desleal de ocultar intencionadamente información relevante y decisiva y obtener de esta forma el consentimiento del contratante que padece el vicio<sup>209</sup>.

Por otra parte, el dolo principal o causante no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quien lo alegue (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1961<sup>210</sup>), pues ni se presume<sup>211</sup>, ni bastan el efecto de meras conjeturas<sup>212</sup>.

Aplicada esta doctrina del dolo al caso, hay que partir que la manipulación se instrumentó a través de la actuación de uno de los contratantes (la sociedad prestataria) y era conocida por otro de los contratantes (la sociedad cofiadora), de donde se deriva que las actuaciones dolosas no son imputables a «terceros», sino a «partes contratantes» en el ámbito de las concretas relaciones jurídicas existentes entre el Sr. Arcadio como cofiador y las citadas sociedades (prestataria y cofiadora). Por el contrario, no puede afirmarse lo mismo respecto de la concurrencia de ese requisito en las relaciones nacidas del contrato de fianza entre el Sr. Arcadio, como cofiador y el acreedor de la prestación fideiusoria (la sociedad prestamista). Esta sociedad ha sido ajena a la conducta dolosa sufrida por aquel, es por ello un tercero ajeno a su causación. Como afirma de forma mayoritaria la doctrina, para que el engaño por persona distinta del destinatario de la declaración no tenga que valorarse como el engaño de un tercero, a estos efectos, es necesario que la persona de quien procede el engaño esté en el ne-



gocio del lado del destinatario de la declaración. Cosa que no puede predicarse del deudor principal respecto del acreedor (destinatario de la declaración de voluntad del fiador) que son respetiva y antitéticamente sujeto activo y pasivo de la obligación garantizada.

En este sentido, en la relación obligacional que vincula al Sr. Arcadio con la entidad prestamista, no cabe imputar dolo «a un contratante». Todo ello le lleva a la Sala de lo Civil, a concluir con respecto a las consecuencias de la existencia de dolo omisivo en las relaciones entre la prestamista y la cofiadora que padeció el dolo y entre las cofiadoras, que el contrato de fianza, del que deriva un derecho de garantía a favor de la sociedad prestamista, no es anulable por razón del engaño doloso provocado por la sociedad cofiadora y conocido por la prestataria. Esta conclusión comporta que el pronunciamiento de la Audiencia de desestimar la pretensión de la demanda reconvenzional, en la que se pedía una declaración de nulidad del contrato de fianza, debe ser confirmado. Por el contrario, el pronunciamiento de la Audiencia al estimar la demanda de la cofiadora Ibersa y condenar al Sr. Arcadio al pago de las cantidades reclamadas por el ejercicio de la acción de regreso de los artículos 1145 y 1844 del Código Civil en virtud del pago hecho al acreedor (o los que se hagan en el futuro con arreglo al acuerdo de refinanciación) debe ser revocado, según se desprende de lo antes razonado, en la medida en que se ha concluido que la reticencia dolosa era predicable de la sociedad prestataria y fue conocida por la cofiadora recurrente.

De forma que, no procede el derecho de reintegro entre cofiadores ante el dolo omisivo, esto es, el engaño doloso provocado por la sociedad cofiadora actora (Ibersa) y conocido por la sociedad prestataria. Ciertamente, la situación económica y financiera real de la sociedad «Benitos Sistemas» era conocida por los Sres. César Conrado y por las sociedades por ellos controladas (Ibersa) y desconocida por el Sr. Arcadio (recurrente), lo que presenta la relevancia y gravedad exigible (art. 1270 CC) para determinar la apreciación del dolo en su modalidad de causante; porque resulta razonable que de haber conocido el Sr. Arcadio la real situación económica y financiera existente al tiempo de perfeccionarse el vínculo contractual (préstamo y fianza), el recurrente (Sr. Arcadio) no habría afianzado el préstamo. Si bien, la sociedad prestataria, aun conocedora de la situación, resulta ajena a la conducta sufrida por D. Arcadio, al ser un tercero ajeno a su causación. Pues la conducta dolosa debe resultar imputable a «uno de los contratantes», no ocasionado por un tercero, ni empleado por las dos partes<sup>213</sup>. El dolo del tercero resulta irrelevante respecto de la seguridad del tráfico.

En cuanto al segundo supuesto citado en líneas precedentes, los hechos sobre los que se sustancia son: el 7 de febrero de 2008 D. Hilario y D.<sup>a</sup> Verónica suscribieron como prestatarios un contrato de préstamo hipotecario con la Caja de Ahorros de Vitoria y Álava (actualmente, Kutxabank, S.A.) por importe de 114000 euros. D. Arcadio y D.<sup>a</sup> Gema intervinieron como fiadores solidarios. Presentaron demanda contra la entidad prestamista ejercitando, entre otras pretensiones, acción de nulidad por vicio del consentimiento de la cláusula 14.<sup>a</sup> de la escritura pública del préstamo. Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 5, de Vitoria-Gasteiz de 28 de noviembre de 2017 estimó íntegramente la demanda y declaró la nulidad por error vicio del consentimiento de la cláusula de afianzamiento, al considerar que los fiadores no había prestado su consentimiento por error; al no haber sido informados de la diferencia entre la fianza simple y la solidaria y no ser conscientes de las implicaciones que, conllevaba la renuncia a los beneficios que comporta la fianza simple. Ni recibieron ningún documento que explicara tales



circunstancias, ni en la escritura siquiera se le daba el título de la cláusula, que se limitaba a recoger las correspondientes renunciaciones. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 23 de mayo de 2018 desestimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad prestamista, con los siguientes argumentos: 1. Una cláusula que reproduce una institución prevista expresamente en el Código Civil —la fianza solidaria— no puede ser ilícita *per se*; 2. La cuestión estriba, pues, en determinar si los fiadores prestaron su consentimiento a dicha cláusula de manera consciente o viciada y la prueba permite concluir que, hubo error porque la cláusula no explica que, los fiadores responderán en las mismas condiciones que los prestatarios. Se limita a mencionar unos preceptos del Código de Comercio y del Código Civil que los fiadores no tenía por qué conocer y no consta que se les hubiera explicado mínimamente en que consistían las renunciaciones que realizaban en el documento y que implicaciones tenían; 3. A los fiadores no se les podía exigir un *plus* de comprobación e interpretación de las normas aplicables a la solidaridad, por lo que su error resultó excusable.

La entidad prestamista formula recurso de casación denunciando la infracción del artículo 1266 del Código Civil y la jurisprudencia sobre la esencialidad del error.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2021<sup>214</sup> admite el recurso de casación. En primer lugar, operando sobre la fianza como garantía personal, destaca la Sala que, el beneficio de excusión no constituye un elemento esencial del contrato de fianza, en tanto que puede ser excluido sin merma de la validez de la garantía —renuncia al mismo o solidaridad con el deudor principal—, y que, la propia ley permite que el derecho de excusión no forme parte del negocio jurídico de fianza. Procediendo así en la línea de la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, ya destacada en otro apartado de este estudio.

Desde tal planteamiento, entiende la citada Sala que «a lo sumo el error se proyectaría sobre sus consecuencias: la solidaridad, pero no sobre la fianza en sí y lo que representa como garantía personal». Asimismo, manifiesta que, la solidaridad elimina la subsidiariedad de la fianza —y añadimos no la accesoriedad—; de la que, precisamente, «el beneficio de excusión constituye tan solo su manifestación más destacada». También aquella forma de obligarse solidaria que tiene el fiador, excluye, en los términos analizados, el beneficio de división. Por lo que, parece razonable el argumento de la Sala que, una cláusula que, al mismo tiempo, establezca la solidaridad de la fianza y la renuncia al beneficio de excusión —y al de división— resulta redundante.

En segundo lugar, con respecto al error como vicio del consentimiento se indica que, para que este surta efecto invalidante del negocio, tal como dispone el artículo 1266 del Código Civil, debe recaer sobre elementos del negocio considerados básicos por los contratantes (esto es, determinantes para su decisión de contratar); además de concurrir los requisitos de esencialidad e inexcusabilidad —se ha de actuar con la diligencia media exigible para evitarlo—<sup>215</sup> y, tener aquel existencia acreditada o probada. Aplicando lo expuesto al caso, entiende el Alto Tribunal, que no concurre el requisito de la esencialidad que representa uno de los elementos necesarios para estimar la existencia de error como vicio del consentimiento; y además, al faltar tal elemento, no resulta necesario analizar, si concurre también, en el presente, caso el elemento de excusabilidad también característico del error.

Por último, aunque no sea posible llevar a cabo un desarrollo en profundidad de la materia que, posponemos para un estudio posterior, en caso de concurso del deudor principal el Texto Refundido de la Ley Concursal establece respecto a los créditos garantizados con un patrimonio adicional de responsabilidad el

artículo 263 apartado 2 que *«los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. Una vez realizado el pago, con subrogación del fiador en la posición jurídica del acreedor afianzado, la administración concursal deberá reclasificar el crédito optando por la clasificación de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor o al fiador»*. Es por ello que, el artículo 310.3 referido, precisamente, al pago del fiador y la sustitución del acreedor principal en la lista definitiva de acreedores por aquel dispone que *«en caso de pago por deudor solidario, por fiador o por avalista, la administración concursal procederá a reclasificar el crédito optando por la clasificación de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor o al deudor solidario, al fiador o al avalista que hubiera pagado»*. Y añade en su apartado 4 que *«en el supuesto que el acreedor posterior fuera una persona especialmente relacionada con el concursado, la administración concursal procederá a reclasificar el crédito optando por la clasificación de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor o a dicha persona especialmente relacionada con el concursado»*<sup>216</sup>.

Sobre tales bases legales, el fiador que paga queda subrogado en los derechos del acreedor contra el deudor y en lugar de mejorar aquel la clasificación del crédito en caso de concurso del deudor, se opta por el legislador en el citado artículo 263.2 por una calificación menos gravosa, esto es, por una reclasificación de inferior grado. Esta reclasificación la realiza la administración concursal, una vez realizado el pago por el fiador y este se subroga en la posición del acreedor<sup>217</sup>. En esta línea, opera el artículo 310.2.3 *«protegiendo la integridad de la lista de acreedores, impidiendo que el mecanismo del pago por el fiador, avalista u obligado solidario pueda generar una nueva organización de la misma en perjuicio del resto de titulares de crédito»*<sup>218</sup>. De todas formas, el crédito de regreso del fiador no puede ser reconocido mientras concurre el concurso del crédito principal.

Respecto del convenio y su eficacia, el citado Texto Refundido se refiere a la conservación de derechos de los acreedores, por lo que el convenio no producirá efectos ni frente a los obligados solidarios con el concursado, ni frente a los fiadores o avalistas, salvo que esos acreedores hubieran sido autores de la propuesta, se hubiera adherido a ella, salvo que hubieran revocado la adhesión, o hubieran votado a favor de la misma (art. 399.1). Así, en el caso que los acreedores hubiesen sido autores de la propuesta, se hubieran adherido a ella, salvo que hubieran revocado la adhesión, o hubieran votado a favor de la misma, la responsabilidad de los obligados, fiadores o avalistas del concursado en este caso se regirá por los pactos que, sobre el particular hubieran establecido y, en su defecto, por las normas legales aplicables a la obligación que hubieren contraído<sup>219</sup>. De todas formas, los obligados solidarios, los fiadores y los avalistas no podrán invocar la aprobación del convenio, ni el contenido de este en perjuicio de los acreedores.

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 15 de enero de 1931.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de febrero de 1950.
- STS, Sala de lo Civil, 31 de enero de 1977.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de diciembre de 1987.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de noviembre de 1988.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de noviembre de 1988.

- STS, Sala de lo Civil, 27 de diciembre de 1988.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 1990.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de marzo de 1990.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de abril de 1990.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de abril de 1991.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de marzo de 1992.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de abril de 1992.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de marzo de 1995.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de febrero de 1996.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de febrero de 1997.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de noviembre de 1997.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de noviembre de 2001.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de julio de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de abril de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de mayo de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de octubre de 2005.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de octubre de 2005.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de enero de 2007.
- STS, Sala de lo Civil, 4 de mayo de 2007.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de junio de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de junio de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 1 de julio de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de enero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de febrero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de febrero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de mayo de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de noviembre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de diciembre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de enero de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de febrero de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de marzo de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de noviembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2021 (dos).
- SAP Barcelona, secc. 17.<sup>a</sup>, 7 de febrero de 2001.
- SAP Salamanca, secc. 1.<sup>a</sup>, 25 de abril de 2006.
- SAP Sevilla, secc. 6.<sup>a</sup>, 18 de junio de 2007.
- SAP Asturias, secc. 7.<sup>a</sup>, 23 de enero de 2009.
- SAP Madrid, secc. 9.<sup>a</sup>, 4 de mayo de 2010.
- SAP Navarra, secc. 1.<sup>a</sup>, 5 de julio de 2010.
- SAP Girona, secc. 1.<sup>a</sup>, 27 de octubre de 2011.
- SAP Málaga, secc. 4.<sup>a</sup>, 17 de octubre de 2013.
- SAP Córdoba, secc. 1.<sup>a</sup>, 17 de febrero de 2014.
- SAP Barcelona, secc. 17.<sup>a</sup>, 20 de octubre de 2016.
- SAP Tarragona, secc. 1.<sup>a</sup>, 7 de diciembre de 2016.
- SAP Madrid, secc. 9.<sup>a</sup>, 25 de octubre de 2018.
- SAP Vizcaya, secc. 4.<sup>a</sup>, 30 de mayo de 2019.
- SAP Valencia, secc. 11.<sup>a</sup>, 31 de enero de 2020.
- SAP Sevilla, secc. 6.<sup>a</sup>, 6 de febrero de 2020.
- SAP Toledo, secc. 2.<sup>a</sup>, 12 de noviembre de 2020.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *Derecho Civil*, T.II Derecho de obligaciones, vol. II Los contratos en particular, duodécima edición, Madrid: Edisofer.
- ALCAÍN MARTÍNEZ, E. (1996). Consecuencias jurídicas del pago total de la deuda por un cofiador, *Revista de Derecho Privado*, mayo, 370-396.
- ALONSO SÁNCHEZ, B. (1989). La jurisprudencia del Tribunal Supremo de la relación jurídica de fianza (años 1983 a 1988), *Anuario de Derecho Civil*, T. XLII, Fasc. III, julio-septiembre, 979-1021.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada: Comares.
- AYNÈS, L. (1997). *Le cautionnement*, 2.<sup>a</sup> édition, París: Dalloz.
- BANACLOCHE PALAO, J. y CUBILLO LÓPEZ, I.J. (2016). *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Civil*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid: La Ley.
- BORRELL Y SOLER, A. (1955). *Derecho Civil español*, T.III Obligaciones y contratos, Barcelona: Bosch.
- CAFFARENA LAPORTA, J. (1995). voz Fianza, *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. II, Madrid: Civitas 1995.
- ARU, L. (1949). «Della fideiussione». En: D'Amelio e Finzi (dirs.). *Commentario del Codice Civile*, vol. II Obbligazioni, Firenze.
- CABRILLAC, M., et MOULY, Ch. (1995). *Droit des sûretés*, 3.<sup>a</sup> edition, Litec.
- CALDERALE, A. (1989). *Fideiussione e contratto autonomo di garanzzi*, Bari: Cacucci Editore.
- CARRASCO PERERA, A. (1992). *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid: La Ley.
- (2015). La configuración jurídica de la fianza, *Tratado de los Derechos de Garantía*, T. I, 3.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.M.<sup>a</sup>. (1993). *Derecho civil español, común y foral*, T.IV Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias, 15.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella, Madrid: Reus.
- CASANOVAS MUSSONS, A. (1984). *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona: Bosch.
- COLÁS ESCANDÓN, A.M.<sup>a</sup>. (2020). Contratos de garantía. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Tratado de contratos*, T. IV, 3.<sup>a</sup> ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- COLIN, A. et CAPITANT, H. (1925). *Curso elemental de Derecho civil*, traducción de la última edición francesa, con notas sobre el Derecho civil español por Demófilo De Buen, T. V Garantías personales y reales, Madrid: Reus.
- DELEBECQUE, Ph. (1992). Le cautionnement, *Repertoire de Droit Civil*, T. II, 2.<sup>a</sup> edition, París: Dalloz.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II Relaciones obligatorias, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (Tomo 2) Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual, undécima edición, Madrid: Tecnos.
- ESPÍN CANOVAS, D. (1983). *Manual de Derecho Civil español*, vol. III Obligaciones y contratos, Madrid.
- FRAGALI, M. (1968). Delle obbligazione. Fideiussione, sub artículo 1941-42. En: A, Scialoja e Giuseppe Branca, Roma.
- INFANTE RUIZ, FCO. J. (2020). La interpretación del contrato de fianza: implicaciones de la forma y de la regla sobre el carácter expreso, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 110, enero-junio, 189-222.

- GARCÍA ESCOBAR, G.A. (2021). Comentario al artículo 310 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: A. B. Veiga Copo (dir.) y M. Martínez Muñoz (coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, T. I, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- GIUSTI, A. (1988). La fideiussione e il mandato di credito. En: Antonio Cicu e Francesco Messineo (dirs.), *Trattato de Diritto Civile e Commerciale*, vol. XVIII, T. 3, Milano: Giuffrè.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1975). Notas sobre la cofianza y su régimen jurídico en el Código Civil español, *Revista de Derecho Privado*, vol. 59, julio-agosto, 891-919.
- (1990). Comentario a los artículos 1822, 1825, 1826, 1827, 1830, 1837 y 1844 del Código Civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIII, Madrid: Edersa.
- (1993). Comentario al artículo 1825 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, T. II, 2.ª ed., Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. (2000). Comentario al artículo 1837 del Código Civil. En: I. Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona: Bosch.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A. (2021). Comentario al artículo 399 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.) y Fco. J. Arias Varona; A. Gutiérrez Gilsanz y J. Megías López (coords.), *Comentario a la Ley Concursal*, T. I, 2.ª ed., Madrid: La Ley Wolters Kluwer.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2014). *Principios de Derecho Civil II*. Derecho de Obligaciones II, decimoctava edición, Madrid: Marcial Pons.
- (2016). *Principios de Derecho Civil*, III Contratos, décimo octava edición, Madrid: Marcial Pons.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II Derecho de Obligaciones, vol. II Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito, 5.ª edición revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Madrid: Dykinson.
- LETE DEL RÍO, J.M. (1995). *Derecho de obligaciones*, vol. III Contratos en particular, 2.ª ed., Madrid: Tecnos.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M.ª. (1973). Comentario al artículo 1837 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil español*, T. XII, 6.ª ed., revisada y puesta al día por Justo J. Gómez Ysabel, Madrid: Reus.
- MANZANARES SECADE, A. (1986). La cofianza: análisis de los artículos 1837 y 1844 del Código Civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, enero-febrero, 735-786.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Á. (2021). Contratos mercantiles de depósito y préstamo. Garantías mercantiles. En: G. J. Jiménez Sánchez y A. Díaz Moreno (coords.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 24.ª ed., Madrid: Tecnos.
- MARTY, G., RAYNAUD, P. et JESTAZ, Ph. (1987). *Droit Civil*. Les sûretés. La publicité foncière, 2.ª édition, Sirey.
- MILLÁN SALAS, F. (2021). Efectos de la fianza entre fiador y el acreedor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 785, mayo-junio, 1815-1857.
- MONSERRAT VALERO, A. (2017). *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- MONTÉS PENADÉS, V.L. (1995). La fianza. En: M.ª.R. Valpuesta Fernández (dir.), *Derecho de obligaciones y contratos*, 2.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (1985). *Solidaridad en la fianza*, Navarra: Aranzadi.
- (1989). Comentario a la sentencia del 20 de octubre de 1989, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, septiembre-octubre, número 21, 969-980.

- (2020). La fianza. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil* (II), vol. II Contratos y responsabilidad civil, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid: Edisofer.
- RAVAZZONI, A. (1961). *voce Fideiussione* (Diritto Civile), *Novissimo Digesto Italiano*, T. VII, Turín.
- REYES LÓPEZ, M.<sup>a</sup>J. (2016). Comentario a los artículos 1822, 1825, 1826, 1827, 1830, 1837, 1838, 1839 y 1844 del Código Civil. En: J. Orduña Moreno, J. Penadés y L. M. Martínez Velencoso, (coords.), *Código Civil comentado*, Cizur menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- (2016). Naturaleza y extensión de la fianza, *Tratado de Derecho Civil. T. I Las garantías, vol. I Garantías personales. Prenda y anticresis*, director Lorenzo Prats Albentosa, Madrid: La Ley, 41.
- ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup> y PUIG BRUTAU, J. (1948). El principio de responsabilidad patrimonial universal, *Estudios de Derecho Privado, T.I*, Madrid.
- RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza. En: V. M. Garrido De Palma (dir.); J. Sapena Davó y Fco. Sapena Davó (coords.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. III Obligaciones y contratos, vol. 3.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- SACRISTÁN BERGIA, F. (2021). Comentario al artículo 263 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.) y F. J. Arias Varona; A. Gutiérrez Gilsanz y J. Megías López (coords.), *Comentario a la Ley Concursal*, T. I, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: La Ley Wolters Kluwer.
- SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2013). *Instituciones de Derecho Mercantil*, 36.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- SANTOS BRIZ, J. (1973). *Derecho Civil. Teoría y práctica*, T. IV Derecho de Obligaciones, Madrid: Edersa.
- STOLFI, G. (1971). In tema di fideiussione per debiti futuri, *Rivista del Diritto Commerciali*, anno LXIX, parte Prima.
- TUR FAÜNDEZ, M.<sup>a</sup>N. (1996). *El derecho de reembolso (en el pago por tercero, regímenes económicos-matrimoniales, solidaridad, responsabilidad civil y otros supuestos): régimen jurídico, jurisprudencia*, Valencia: Editorial General de Derecho.
- URÍA, R. (1997). *Derecho Mercantil*, vigésimo cuarta edición, Madrid.
- VEIGA COPO, A.B. (2021). Comentario al artículo 263 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: A. B. Veiga Copo (dir.) y M. Martínez Muñoz (coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, T. I, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- VICENT CHULÍA, F. (2008). *Introducción al Derecho Mercantil*, 21.<sup>a</sup> ed., Valencia: Tirant lo Blanch.



NOTAS

<sup>1</sup> En todo caso, conviene tener presente la diferencia entre *responsabilidad contractual* y la *garantía patrimonial universal*: La primera, trata de fijar los daños que proceden del incumplimiento de las obligaciones y cuándo procede repararlos; la segunda se refiere al objeto con que se presiona al deudor para que cumpla y sobre el que actuará en última instancia para obtener el dinero con que se repararán los daños causados por el incumplimiento; de ello se deriva que, aunque se trate de cosas distintas, están en última instancia conexonadas. *Vid.*, GARCÍA AMIGO, M. (1995). *Lecciones de Derecho Civil*, T. II Teoría de las Obligaciones y Contratos, Madrid: McGraw-Hill, 597-598.

<sup>2</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). La protección del crédito. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil* (II), vol. I Teoría General de la Obligación y el contrato, reimpresión de la 4.ª ed., Madrid: Edisofer, 211-212 precisa, además que, ello tiene lugar «sin perjuicio de las acciones subrogatoria y revocatoria— que corresponde al acreedor a fin de integrar ciertos bienes en el patrimonio del deudor».

<sup>3</sup> Aunque se concede al acreedor, en el artículo 1111, acciones para hacer que vuelvan al patrimonio de su deudor los bienes que hayan sido enajenados fraudulentamente (acción pauliana o revocatoria); y para que entren en dicho patrimonio aquellos derechos que el deudor se abstenga de ejercitar (acción subrogatoria).

<sup>4</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C. (2014). *Principios de Derecho Civil* II. Derecho de Obligaciones II, decimotercera edición, Madrid: Marcial Pons, 10.

<sup>5</sup> Frente a esto, algún sector de la doctrina científica ha supuesto que la responsabilidad patrimonial universal consagrada en el artículo 1911, hay que entenderla como una auténtica forma de garantía bajo la figura jurídica de un derecho genérico de prenda o de otro especial de derecho real. Referencias críticas a esta orientación, y sobre todo a las teorías de Pacchioni y Rocco, en el trabajo del Profesor DE CASTRO Y BRAVO, F. (1932). La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudios de los artículos 1911 y 1111 del Código civil, *Revista de Derecho Privado*, 194-196. En esta misma orientación crítica, Díez-Picazo, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II Relaciones obligatorias, Madrid: Civitas, 4.ª ed., 126; ROCA SASTRE, R.M.ª y PUIG BRUTAU, J. (1948). El principio de responsabilidad patrimonial universal, *Estudios de Derecho Privado*, T. I, Madrid, 171 a este propósito señala que «en la responsabilidad patrimonial universal, la acción del acreedor se dirige de manera indiferenciada contra todos los elementos componentes del patrimonio del deudor; y solo en la fase ejecutiva se afecta realmente una cosa singular, mediante el embargo o hipoteca judicial. En cambio, los verdaderos derechos o titularidades reales han de recaer sobre bienes especialmente determinados, de manera que, ya no sea el mero hecho de ser parte componente del patrimonio del deudor lo que determine su condición de verdadera garantía del derecho del acreedor. Precisamente, la necesidad de proceder al embargo, cuando judicialmente se trata de realizar el principio que consagra el artículo 1911 del Código civil, demuestra la inexistencia anterior de un verdadero derecho o titularidad real del acreedor sobre el patrimonio del deudor».

<sup>6</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, T. II Derecho de Obligaciones, vol. II Contratos, cuasicontratos, delito y cuasidelito, Madrid: Dykinson, 5.ª ed., revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, 317.

<sup>7</sup> Díez-Picazo, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (Tomo 2), 11.ª ed., Madrid: Tecnos, 263; REYES LÓPEZ, M.ªJ. (2016). Comentario al artículo 1822 del Código civil. En: J. Orduña Moreno, J. Penadés y L.M. Martínez Velencoso, (coords.), *Código civil comentado*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 1088. Para GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1822 del Código civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XXIII, Madrid: Edersa, 6, la fianza «es una garantía de la obligación ajena, mediante la que se trata de asegurar la satisfacción del interés perseguido por el acreedor de la obligación principal al constituir ésa».

<sup>8</sup> REYES LÓPEZ, M.ªJ. (2016). Naturaleza y extensión de la fianza. En: L. Prats Alben-tosa (dir.), *Tratado de Derecho Civil. T. I Las garantías*, vol. I *Garantías personales. Prenda y anticresis*, Madrid: La Ley, 41. Asimismo, para COLÁS ESCANDÓN, A.M.ª. (2020). Contra-



tos de garantía. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Tratado de contratos*, T.IV, 3.<sup>a</sup> ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 5140, entiende que se trata «aquel contrato, constitutivo de una garantía personal, en virtud de la cual una persona —denominado fiador— se compromete —obligación fideiusoria— con el acreedor de una obligación —la obligación garantizada— a satisfacer esta, en el caso que llegad su vencimiento el deudor no cumpla». No obstante, añade que, como expondrá en páginas sucesivas también se considera fianza «aquel contrato en virtud del cual una persona —denominado fiador— se compromete con el acreedor de una obligación —la obligación garantizada —a satisfacer esta, pudiendo reclamar el pago indistintamente tanto al deudor principal como al fiador (fianza solidaria)».

<sup>9</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Principios de Derecho Civil*, III Contratos, décimo octava edición, Madrid: Marcial Pons, 370.

<sup>10</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., 317.

<sup>11</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *Derecho Civil*, T.II Derecho de obligaciones, vol. II Los contratos en particular; duodécima edición, Madrid: Edisofer, 407-408. Por su parte, RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza. En: V. M. Garrido De Palma (dir.); J. Sapena Davó y Fco. Sapena Davó (coords.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. III Obligaciones y contratos, vol. 3.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 740-741 define la fianza como «la obligación de origen convencional o —más frecuentemente legal— en virtud de la cual una persona (fiador) se presenta como garante de la obligación de un tercero (afianzado o deudor principal), asumiendo el compromiso de responder frente al acreedor en el caso que dicho tercero no cumpla lo debido»; y el contrato de fianza como «el acuerdo entre el acreedor de una obligación y un tercero en virtud del cual este asume la responsabilidad del cumplimiento de dicha obligación —que le es ajena— para el caso que el deudor principal no la cumpla debidamente».

<sup>12</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31 de enero de 1977 (*RJ* 1977, 128).

<sup>13</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., 317.

<sup>14</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.<sup>a</sup>, de 19 de febrero de 1998 (*AC* 1998,310); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.<sup>a</sup>, de 7 de febrero de 2001 (*JUR* 2001,134904).

<sup>15</sup> GUILARTE ZAPATERO, V.(1990). Comentario al artículo 1822 del Código civil, op. cit., 117; LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., 319 al respecto dispone que, puede reforzar su obligación fideiusora con otra garantía personal (subfianza) o real; FRAGALI, M. (1968). Delle obbligazione. Fideiussione, sub artículo 1941-42. En: A. Scialoja y Giuseppe Branca, Roma, 244.

<sup>16</sup> REYES LÓPEZ, M.<sup>a</sup>J. (2016). Comentario al artículo 1826 del Código civil, op. cit., 1109.

<sup>17</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1995). *Derecho de obligaciones*, vol. III Contratos en particular, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: Tecnos, 26; CAFFARENA LAPORTA, J. (1995). *voz Fianza*, *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. II, Madrid: Civitas 1995, 3107; ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada: Comares, 129; REYES LÓPEZ, M.<sup>a</sup>J. (2016). Comentario al artículo 1822 del Código civil, op. cit., 1110.

<sup>18</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1826 del Código civil, op. cit., 121.

<sup>19</sup> Para LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., 319 entre los accesorios del crédito «se incluyen (además de los que lo sean de la cosa debida) los intereses tanto convencionales como moratorios, la obligación de indemnizar los daños causados por el incumplimiento y la pena convencional».

<sup>20</sup> RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, op. cit., 806.

<sup>21</sup> RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, op. cit., 806-807; REYES LÓPEZ, M.<sup>a</sup>J. (2016). «Comentario al artículo 1827 del Código civil», op. cit., 1113.

<sup>22</sup> INFANTE RUIZ, F. J. (2020). La interpretación del contrato de fianza: implicaciones de la forma y de la regla sobre el carácter expreso, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 110, enero-junio, 195-196 por su parte, entiende que, para evitar el peligro de una extensión abusiva de la fianza, está la fianza simple e indefinida, si bien «su sentido no es excluir la integración del contrato de acuerdo con la buena fe o los usos (art. 1258 CC).

<sup>23</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22 de julio de 2002 (*RJ* 20027477); y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, 30 de diciembre de 1996 (*AC* 19962395); y, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5.ª, 5 de septiembre de 2000 (*JUR* 2000299340).

<sup>24</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29 de abril de 1992 (*RJ* 1992, 4470); de 26 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4239); y, 13 de octubre de 2005 (*RJ* 2005, 7340).

<sup>25</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 3.ª, 8 de marzo de 2001 (*JUR* 2001,299558).

<sup>26</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1825 del Código civil, *op. cit.*, 104.

<sup>27</sup> FRAGALI, M. (1968). Delle Obbligazioni. Fideiussione. Mandato di crédito. Artículo 1936-1959, *op. cit.*, 193.

<sup>28</sup> *Col. Leg., JC.*, T. 164, vol. IV, octubre a diciembre de 1924, 482-487.

<sup>29</sup> RAVAZZONI, A. (1961). *voce* Fideiussione (Diritto Civile), *Novissimo Digesto Italiano*, T. VII, Turín, 179; STOLFI, G. (1971). In tema di fideiussione per debiti futuri, *Rivista del Diritto Commerciale*, anno LXIX, parte Prima, 225-226; ARU L. (1949). Della fideiussione. En: D'Amelio e Finzi (dirs.), *Commentario del Codice Civile*, vol. II Obbligazioni, Firenze, 391; CALDERALE, A. (1989). *Fideiussione e contratto autonomo di garanzi*, Bari: Cacucci Editore, 20.

<sup>30</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1825 del Código civil, *op. cit.*, 107; del mismo autor (1993). Comentario al artículo 1825 del Código civil, *Comentario del Código civil*, T. II, 2.ª ed., Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 1791-1792.

<sup>31</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 323; REYES LÓPEZ, M.ª J. (2016). Comentario al artículo 1822 del Código civil, *op. cit.*, 1104; RUEDA ESTEBÁN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 799 precisa, en esta línea que, «resulta necesaria la concurrencia de circunstancias objetivas que, referidas a las personas y al montante de las deudas, permitan la determinación de la obligación futura y, consecuentemente, la constitución eficaz de su garantía». *Vid.*, asimismo las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de octubre de 2005 (*RJ* 2005, 7340); de 30 de junio de 2006 (*RJ* 2006, 8904); y de 26 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4239).

<sup>32</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9.ª, 4 de mayo de 2010 (*JUR* 2010, 231134).

<sup>33</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de noviembre de 1988 (*RJ* 1988,9037).

<sup>34</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 1990 (*RJ* 1990, 1012); y, de 23 de febrero de 1996 (*RJ* 1996, 1593).

<sup>35</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J.M.ª (1993). *Derecho civil español, común y foral*, T. IV Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias, 15.ª ed., revisada y puesta al día por José FERRANDIS VILELLA, Madrid: Reus, 781; GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1827 del Código civil, *op. cit.*, 129; DELEBECQUE, Ph. (1992). Le cautionnement, *Repertoire de Droit Civil*, T. II, 2.ª edition, París: Dalloz, 13; ALONSO SÁNCHEZ, B. (1989). La jurisprudencia del Tribunal Supremo de la relación jurídica de fianza (años 1983 a 1988), *Anuario de Derecho Civil*, T. XLIII, Fasc. III, julio-septiembre, 994-995; para INFANTE RUIZ, FCO. J. (2020). La interpretación del contrato de fianza: implicaciones de la forma y de la regla sobre el carácter expreso, *op. cit.*, 196 «es más correcto afirmar que, la fianza exige una interpretación “estricta” en el sentido que, a falta de pacto o ante las lagunas, no se puede extender por capricho, deseo o interés del acreedor a obligaciones que no le son consustanciales, sino a las consecuencias que naturalmente derivan de su naturaleza (art. 1827, segundo párrafo que para eso existe), pero ello no impide una integración de la fianza por vía del artículo 1258 del Código civil.

Asimismo, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1950 (*RJ* 1950, 194); de 28 de julio de 1990 (*RJ* 1990, 6186); y, de 26 de noviembre de 1997 (Roj. STS 7149/1997; ECLI:ES:TS:1997:7149); y, la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 11.ª, 31 de enero de 2020 (*JUR* 2020, 206666).

<sup>36</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001, 9447).

<sup>37</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.<sup>a</sup>, 28 de noviembre de 1995 (*AC* 1995, 2066); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.<sup>a</sup>, 18 de junio de 2007 (*JUR* 2008, 52887); y de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.<sup>a</sup>, 27 de octubre de 2011 (*JUR* 2015, 9400). No obstante, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.<sup>a</sup>, 23 de enero de 2009 (*JUR* 2009, 286073) señala que, no siempre es necesario la constancia expresa para que la obligación sea solidaria, siendo suficiente que tal condición se desprenda de las circunstancias que originaron el contrato, tales como la condición familiar y de socios entre el fiador y el deudor.

<sup>38</sup> En esta línea, RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 740.

<sup>39</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de enero de 2007 (*RJ* 2007, 1302).

<sup>40</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, 318 en esta línea indica, al respecto, que «la obligación del fiador es verdadera obligación —el fiador responde porque está obligado— y distinta de la principal: puede estar sujeta a propias determinaciones y limitaciones (v.gr. sometida a término o condición, siendo pura la principal), asegurada con garantías específicas, modificarse, extinguirse por causas propias, independiente de la obligación garantizada (art. 1847)».

<sup>41</sup> *Roj.* STS 164/2020; ECLI:ES:TS:2020:164 añade que «incluso en el supuesto de la impropriadamente denominada “fianza solidaria” no existe obligación única con pluralidad de deudores (en que pueden entender refundidas la principal y accesoria), sino que subsiste la concurrencia de dos vínculos obligatorios de naturaleza distinta. Así lo ha afirmado esta Sala aclarando que, aunque el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal, la fianza no queda desnaturalizada (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1990). Por ello advierte la Sentencia de 29 de diciembre de 1987 de “las necesarias cautelas” con las que se ha de tomar la emisión del artículo 1822 apartado 2.º del Código civil» y especifica que esta autonomía, dentro de la interdependencia y accesoriidad señaladas, entre ambos vínculos contractuales principal y accesorio o de garantía (en este caso crédito y fianza) aparece reflejada también en las sentencias de esta Sala cuya doctrina jurisprudencial ha aplicado la sentencia recurrida. Así afirma la Sentencia 770/2002, de 22 de julio: «el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal (...). El deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre el acreedor y el fiador, como así lo dice expresamente el párrafo primero del artículo 1822 del Código civil (...), aparte que cuando el fiador lo es con carácter solidario, como ocurre en el caso aquí enjuiciado, el acreedor puede dirigirse directamente contra este, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal». Igualmente declara la sentencia núm. 770/2002 «el Código civil no impone la obligación de informar de cada una de las vicisitudes del crédito a los fiadores solidarios y estos deben desde que contraen la fianza, no nace su obligación cuando aquel crédito no es satisfecho. Carece de la más mínima base legal no considerar como deudor al fiador solidario hasta que no se produce el incumplimiento; entonces lo que tiene que hacer es cumplir, no constituirse en deudor». En fin, concluye «se confirma, pues, conforme a la doctrina jurisprudencial reseñada, el carácter diferenciado de una u otra obligación, de uno y otro contrato, el que da nacimiento a la obligación principal y el que constituye la obligación fideiusoria, con independencia que ambos se formalicen o exterioricen en un mismo documento, como sucede en el caso de crédito hipotecario y el afianzamiento objeto de esta *litis*». En la misma línea, se expresan las Sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, 12 de noviembre de 2020 (*Roj.* STS 3638/2020; ECLI:ES:TS:2020:3638); de 2 de febrero de 2021 (*RJ* 2021, 370); y, de 3 de marzo de 2021 (*JUR* 2021, 99306); y, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, 14 de mayo de 1993 (*AC* 1993, 1033).

<sup>42</sup> Así lo establecen las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2 de abril de 1990 (*RJ* 1990, 2687) en su *Fundamento de Derecho Cuarto*: «En el escrito de conclusiones que figura en autos, la parte demandante desentierra la vieja teoría, procedente del derecho germánico, de la distinción entre el débito y la responsabilidad (*Schuld* y *Haftung*), tratando con ello de justificar una responsabilidad sin deuda, procedente del contrato de fianza

solidaria por ella suscrito. En el derecho moderno no es admisible esta teoría, ya que la deuda y la responsabilidad son dos elementos institucionales del fenómeno de la obligación, que no constituyen relaciones jurídicas autónomas y distintas; se es responsable porque se debe algo, o se ha debido algo, y concretamente en el caso que nos ocupa, el artículo 1822 del Código civil dice precisamente “por la fianza se obliga a uno a pagar o cumplir por un tercero, en caso de no hacerlo este”, así pues, el fiador es un obligado al pago, y como tal responde con su patrimonio, y mucho más si la fianza es solidaria (art. 1822.2.º); y, de 27 de septiembre de 1996 (Roj. STS 5101/1996; ECLI:ES:TS:1996:5101) en su *Fundamento de Derecho Segundo*: «(...) Es una cuestión indubitada que el fiador es un verdadero obligado, no un simple responsable por deuda ajena, y así ha de entenderse en el presente caso la posición de la parte recurrente, sobre todo, como cuando en el presente caso dicha parte no solo interviene en el negocio jurídico, en cuestión, como fiador, sino también en nombre y representación de la firma franquiciada y como tal ha planteado el presente motivo».

No obstante, a pesar de la consolidación unánime de la doctrina expuesta, como pone de manifiesto algún autor, existe, asimismo, una tendencia que considera como un supuesto de responsabilidad sin deuda, la fianza de deudas futuras en una deuda subsidiaria o solidaria, si se ha pactado. *Vid.*, al respecto, RODRÍGUEZ ARIAS, L. (1963). La obligación, *Revista de Derecho Privado*, enero, 659; VÁZQUEZ BOTE, E. (1974). La obligación. Concepto, naturaleza y estructura, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. LXVIII, enero-junio, 613.

Postura que es del todo criticable, ya que, no cabe duda que, tanto en este supuesto como en cualquier otro, en la fianza, el fiador no solo se obliga, sino que también responde.

<sup>43</sup> *Vid.*, CARRASCO PERERA, A. (1992). *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid: La Ley, 145-147.

<sup>44</sup> URÍA MENÉNDEZ, R. (1997). *Derecho Mercantil*, vigésimocuarta edición, Madrid, 887; SÁNCHEZ CALERO F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (2013). *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 36.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 366.

<sup>45</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de abril de 2004 (RJ 2004,1564); de 6 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8758) resulta inadmisibile la fianza presunta y la tácita. Además, no puede basarse la fianza en expresiones equívocas; y, de 27 de octubre de 2005 (Roj. STS 6570/2005; ECLI:ES:TS:2005:6570) declara que «La sentencia de esta Sala de 3 de julio de 1999 alude a la necesidad de interpretar restrictivamente la fianza «excluyendo toda posibilidad de extensión de la garantía a obligaciones distintas de las comprendidas en la misma»; el mismo criterio de interpretación rigurosa y nunca extensiva de la fianza se reitera en las Sentencias de 10 de mayo de 2012 (Roj. STS 4231/2012; ECLI:ES:TS:2012:4231); y, de 2 de febrero de 2021 (RJ 2021, 370); y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.ª, 19 de febrero de 1998 (AC 1998, 310).

A la exigencia que los términos de la fianza se interpretan de forma rigurosa y restrictiva y que tales términos hayan de ser expresos, la jurisprudencia de esta Sala, también ha añadido el requisito de la claridad de los términos, para evitar toda situación inequívoca (Sentencia de 16 de diciembre de 1985).

No obstante, LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 325 prefiere hablar de interpretación estricta, no, necesariamente, restrictiva.

Por su parte, RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 756-757 señala que, aunque la forma de manifestar el consentimiento por parte del fiador debe hacerse expresamente; sin embargo, «la aceptación del acreedor puede manifestarse por hecho concluyentes, o bien mediante la ausencia de rechazo a la oferta de fianza que se le presenta, cuando llega a su conocimiento».

<sup>46</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.ª, 18 de junio de 2007 (JUR 2008, 52887); y, 6 de febrero de 2020 (JUR 2020, 209549).

<sup>47</sup> *Vid.*, LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2015). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 325.

<sup>48</sup> Precisa, LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 327 que en los casos de fianza «debida» (por convención, ley o decisión judicial) la persona del fiador es irrelevante en cuanto tal. Lo único importante es su solvencia patrimonial. Por eso, se exige del fiador dicha solvencia al constituirse la fianza y, si luego la pierde, puede el acreedor pedir otro fiador capaz y solvente (art. 1829) que lo sustituya, o que refuerce su garantía con un cofiador o subfiador (art. 1129 CC)».

<sup>49</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 327.

<sup>50</sup> RJ 2021, 370. Asimismo, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27 de enero de 2021 (Roj. STS 164/2020; ECLI:ES:TS:2020:164).

<sup>51</sup> *Id.*, LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 319; DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, vol. II Las relaciones obligatorias, *op. cit.*, 415; LETE DEL RÍO, J.M. (1977). Nota sobre los derechos accesorios, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio, 50.

<sup>52</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *Derecho Civil*, T. II Derecho de Obligaciones, vol. II Los contratos en particular, *op. cit.*, 876; En esta línea, RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 754; REYES LÓPEZ, M.ªJ. (2016). Comentario al artículo 1822 del Código civil, *op. cit.*, 1087; CASTÁN TOBEÑAS, M. (1993). *Derecho Civil español, común y foral*, T. IV Derecho de Obligaciones, *op. cit.*, 767; DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II Las relaciones obligatorias, *op. cit.*, 415; MONTÉS PENA-DÉS, V.L. (1995). La fianza. En: M.ªR. Valpuesta Fernández (dir.), *Derecho de obligaciones y contratos*, 2.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 254; ESPÍN CANOVAS, D. (1983). *Manual de Derecho Civil español*, vol. III Obligaciones y contratos, Madrid, 723; SANTOS BRIZ, J. (1973). *Derecho Civil. Teoría y práctica*, T. IV Derecho de Obligaciones, Madrid: Edersa, 536; CAFFARENA LAPORTA, J. (1995). *voz Fianza*, *op. cit.*, 3105; PUIG BRUTAU, J. (1982). *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, vol. II Contratos en particular, Barcelona: Bosch, 588; PUIG PEÑA, F. (1973). *Tratado de Derecho Civil Español*, T. IV Obligaciones y contratos, vol. II De los contratos en particular y de las demás fuentes de las obligaciones, 2.ª ed., Madrid, 566; O'CALLAGHAN, X. (2016). *Compendio de Derecho Civil*, T. II Derecho de Obligaciones, Vol. II Contratos en particular, 2.ª ed., Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 575; DE COSSIO Y CORRAL, A. (1988). *Instituciones de Derecho Civil*, T. I Parte General. Obligaciones y contratos, Madrid: Civitas, 584-585; CARRASCO PERERA, Á. *et al.* (2015). La configuración jurídica de la fianza, *Tratado de los Derechos de Garantía*, T. I, 3.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi, 89; REYES LÓPEZ M.ªJ. (2016). Naturaleza y extensión de la fianza, *op. cit.*, 46 y 53.

Asimismo, MARTY, G., RAYNAUD, P. ET JESTAZ, Ph. (1987). *Droit Civil*. Les sûretés. La publicité foncière, 2.ª édition, Sirey, 369-370; COLIN, A. ET CAPITANT, H. (1925). *Curso elemental de Derecho civil*, traducción de la última edición francesa, con notas sobre el derecho civil español por Demófilo De Buen, T. V Garantías personales y reales, Madrid: Reus, 12; SIMLER Ph. ET DELEBECQUE, PH. (1989). *Droit Civil*. Les sûretés, La publicité foncière, París: Dalloz, 3; GIUSTI, A. (1988). La fideiussione e il mandato di credito. En: A. Cicu e F. Messineo (dirs.), *Trattato de Diritto Civile e Commerciale*, vol. XVIII, T. 3, Milano: Giuffrè, 33-34; INZITARI, G., Le garanzie personali, in *Istituzioni di diritto privato a cura di Bessone*, Torino 1995, 484; RAVAZZONI, A. (1981). *La fideiussione*, Milano: Giuffrè, 61 señala que «es una característica peculiar de la obligación fideiusoria»; FRAGALI, M., Fideiussione, *sub artículo* 1936, *op. cit.*, 62-67.

<sup>53</sup> El Tribunal Supremo también ha reiterado en diversas sentencias el carácter accesorio de la fianza: así, en las Sentencias de 14 de marzo de 1908 (*Col. Leg., JC., T. 110, núm. 90*, 629 a 643); de 3 de junio de 1968; de 20 de mayo de 1975; de 11 de junio de 1984; de 30 de octubre de 1984 (*RJ* 1984, 5079); de 26 de diciembre de 1986 (*RJ* 1986, 7799); de 10 de abril de 1987 (*RJ* 1987, 2546); de 5 de marzo de 1990 (*RJ* 1990, 1665); de 5 de febrero de 1992 (*RJ* 1992, 830); de 4 de mayo de 1993 (*RJ* 1993, 3403); y, de 16 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 4475). Asimismo, *vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, 12 de julio y 12 de septiembre de 1994 (*AC* 1994, 1517; y *AC* 1994, 1517); de la Audiencia Provincial de Cáceres, 19 de diciembre de 1995 (*AC* 1995, 2429); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, 10 de julio de 1998 (*JUR* 1998, 1382); de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 29 de junio de 1999 (*AC* 1999, 7727); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5.ª, 8 de septiembre de 2000 (*JUR* 2000, 299340); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, 1 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 99444).

En algunas otras sentencias, se alude al carácter accesorio y subsidiario de la fianza: así, en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de febrero de 1958 (*RJ* 1958, 1043); de 17 de febrero de 1962 (*RJ* 1962, 1094); de 18 de noviembre de 1963 (*RJ* 1963,



4834); de 16 de junio de 1970 (RJ 1970, 3114); de 7 de abril de 1975 (RJ 1975, 1412); de 6 de febrero de 1976 (RJ 1976,320); de 31 de enero de 1977 (RJ 1977, 128); de 3 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1664); de 5 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1665); de 16 de junio de 1999 (RJ 1999, 4475); de 12 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4565); y, de 2 de febrero de 2021 (RJ 2021, 370). Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.ª 15 de febrero de 2016 (JUR 2016, 50889).

<sup>54</sup> En esta línea, CABRILLAC, M. ET MOULY, CH. (1993). *Droit des sûretés*, deuxième édition, Paris: Litec, 54; MAULARIE, PH. ET AYNÈS, L (2000), *Cours de droit civil*, T. IX Les sûretés. La publicite foncière, 9.ª édition par Laurent Aynès, Paris: Cujas, 32; SIMLER, PH. (2000). *Cautionnement et garanties autonomes*, 3.ª édition, Paris: Litec, 465; CAMPOGRANDE, V. (1902). *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 36.

<sup>55</sup> Así, CASANOVAS MUSSONS, A. (1984). *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona: Bosch, 7, precisa que «la accesoriedad es predicable de la fianza, pero solo en un aspecto muy concreto». Ahora bien, partiendo dicha autora de la idea de que la función de garantía que cumple la fianza se obtiene por la multiplicación del número de sujetos deudores. A través de la creación de nuevas relaciones obligatorias con el acreedor común, afirma, que de este modo, la fianza atribuye al acreedor de la relación jurídica principal un nuevo derecho de crédito con un contenido patrimonial idéntico al que ostenta en virtud de aquella relación, por lo que, debido a su función de refuerzo y no de enriquecimiento (*ex art.* 1842), este nuevo crédito tiene necesariamente un carácter accesorio y como tal se incorpora al tráfico jurídico (art. 1528); por todo lo cual, concluye «el papel de la accesoriedad en la fianza se agota en esta reconocimiento como crédito accesorio de otro crédito, porque no resulta exacto predicar la accesoriedad de la obligación del fiador, pues la accesoriedad atiende únicamente a la relación establecida entre elementos activos del patrimonio (entre bienes, sean cosas o derechos), aduciendo la autora para reforzar esta tesis, la impropiedad con que se utiliza el término accesorio en el Código civil» (9-14).

<sup>56</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1822 del Código civil, *op. cit.*, 17.

<sup>57</sup> LETE DEL RÍO, M.J. (1977). Notas sobre los derechos accesorios, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-diciembre, vol. 2, 50, realiza un análisis de las obligaciones accesorias con relación a las diferentes etapas de la existencia de la obligación principal. *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 2.ª, 19 de diciembre de 1995 (AC 1995, 2429); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, 1 de febrero de 2002 (JUR 2002, 9944); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 3.ª, 10 de julio de 1998 (AC 1998, 1382); y de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, 12 de noviembre de 2020 (JUR 2021, 38879).

<sup>58</sup> REYES LÓPEZ, M.ªJ. (2016). Comentario al artículo 1822 del Código civil, *op. cit.*, 1089. Asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de febrero de 1963 (RJ 1963, 780); de 28 de septiembre de 1977 (RJ 1977, 3521); de 11 de junio de 1987 (RJ 1987, 4277); y, de 5 de febrero de 1992 (RJ 1992, 830). En contra, la sentencia de la Audiencia provincial de Cáceres, secc. 1.ª, de 29 de junio de 1999 (AC 199, 3382) al entender que la solidaridad elimina el carácter de accesoriedad propio de la fianza; y el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 11.ª, 15 de octubre de 2012 (JUR 2012, 366312).

<sup>59</sup> VICENT CHULIÁ, F. (2008). *Introducción al Derecho Mercantil*, 21.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1100.

<sup>60</sup> CORTES, L.J. (2019). Las garantías de la contratación mercantil. En: A. Menéndez y A. Rojo (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 17.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 347.

<sup>61</sup> *Vid.*, GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1822 del Código civil, *op. cit.*, 21-24.

<sup>62</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *Derecho Civil*, T.II Derecho de Obligaciones, vol. II Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales, *op. cit.*, 876; LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 320; PUIG PEÑA, F. (1973). *Tratado de Derecho Civil español*, T. IV obligaciones y contratos, vol. II De los contratos en particular, Madrid, 569 apunta que «la contribución del fiador al vínculo establecido no es simplemente un pagar, sino un pagar si el deudor no paga; es decir, que su intervención

es meramente subsidiaria. Por eso tiene a su favor el beneficio de excusión, por virtud del cual remite la pretensión del acreedor a los bienes suficientes del deudor para que pueda hacer cobro en prestación equivalente»; RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 759; REYES LÓPEZ, M.ªJ. (2016). Comentario al artículo 1822 del Código civil, *op. cit.*, 1090; CARRASCO PERERA, Á. *et al.* (2015). La configuración jurídica de la fianza, *op. cit.*, 82 señala al respecto que la subsidiariedad «define con carácter institucional a la fianza que tiene como supuesto de hecho el incumplimiento del deudor principal. Esto es lo único que se exige para que la fianza sea subsidiaria». Por su parte, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1985). *Solidaridad en la fianza*, Navarra: Aranzadi, 94-95 establece que «la subsidiariedad es consecuencia de la existencia de beneficio de excusión, que resulta excluido en ciertos casos, por lo que no es una característica esencial ni permanente de la obligación de garantía»; del mismo autor (2020). La fianza. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil* (II), vol. II Contratos y responsabilidad civil, 5.ª ed., Madrid: Edisofer, 802.

<sup>63</sup> Sobre este carácter de la fianza y su relación con el beneficio de excusión puede verse en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de febrero de 1958 (*RJ* 1958, 1043), que en su *Considerando segundo* declara: «(...) que no puede desconocerse el carácter subsidiario, no tiene en nuestro Código y en sus precedentes de nuestra legislación histórica que recogió los principios de Derecho Romano otra representación que la del beneficio de excusión de bienes o de orden concedido al fiador que se consagra en el artículo 1830 del Código civil...»; de 17 de febrero de 1962 (*RJ* 1962, 1094); de 3 de junio de 1968 (*RJ* 1968, 3064); de 16 de junio de 1970 (*RJ* 1970, 3114); de 14 de diciembre de 1982; de 27 de noviembre de 1986; de 15 de abril de 1991 (*RJ* 1991, 2693); de 31 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 9227); y de 12 de diciembre de 2020 (*RJ* 2020, 4565).

<sup>64</sup> ALVENTOSA DEL RÍO J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, *op. cit.*, 88-89 tras afirmar que la subsidiariedad no es una característica común de la fianza, sino, junto con la solidaridad, uno de los modos de asumir el fiador la obligación de garantía, señala que «la subsidiariedad en la fianza significa que el fiador cumple por el deudor cuando este incumple la obligación principal y no procede oponer o no oponga el beneficio de excusión», mientras que en la fianza solidarias «el acreedor puede reclamar el pago del deudor y del fiador indistintamente desde que la obligación ha vencido, sin necesidad de un previo incumplimiento del deudor». CARRASCO PERERA, A. (1992). *Fianza, accesoriadad y contrato de garantía*, *op. cit.*, 76-77 sostiene, en similar sentido, que «subsidiariedad en este precepto (art. 1822.1 CC) debe querer decir que el deudor debe incumplir para que el fiador pueda ser requerido de pago; es decir, que el acreedor debe demandar o requerir extrajudicialmente al deudor. Cumplido este trámite es cuando puede requerir al fiador», mientras que «la fianza solidaria del artículo 1822.2 no es subsidiaria no por el hecho de no poder oponerse el beneficio de excusión, sino por la circunstancia de que el fiador está obligado a cumplir con independencia de que el deudor se haya negado a pagar»; REYES LÓPEZ, M.ªJ. (2016). Naturaleza y extensión de la fianza, *op. cit.*, 59.

<sup>65</sup> En la doctrina italiana, la tesis fue defendida por RAVAZZONI, A. (1981). *La fideiussione*, *op. cit.*, 183.

<sup>66</sup> En esta línea, GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1822 del Código civil, *op. cit.*, 23-24 establece que «la subsidiariedad es la nota que se considera no debe explicarse en función de la circunstancia de quien paga y en qué momento, o sea, si el fiador viene obligado a cumplir su obligación antes o después que el deudor principal la suya, y concluir que solo en el segundo supuesto hay subsidiariedad, sino que la realidad de esta ha de fundamentarse en que, inequívocamente y en cualquier caso, la obligación del fiador resulta de distinto grado que la principal o, si se prefiere, se encuentra en otro plano que esta (...). La subsidiariedad es acción o responsabilidad que suple a otra principal, lo que implica necesariamente que ha de surgir antes el incumplimiento del deudor de la obligación garantizada, que supone la deficiencia a suplir, que la facultad del acreedor de reclamar al fiador, pues el incumplimiento señalado es presupuesto constitutivo de esta reclamación (...). LÁCRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 320 entiende que «la subsidiariedad es nota esencial de la fianza, presente también cuando se excluye el beneficio de excusión o se pacta solidaridad, pues siempre resultará que la obligación de pagar el fiador es para «el caso de no hacerlo el deudor» (art. 1822.2 CC),



por lo que su ejecución supone siempre inevitablemente el incumplimiento de la obligación principal; CASANOVAS MUSSONS, A. (1984). *La relación obligatoria de fianza*, op. cit., 14-17 afirma como los anteriores autores, que «la subsidiariedad no se identifica con el beneficio de excusión (arts. 1839 a 1834). La excusión es solo una de sus notas accidentales, cuya privación (voluntaria o legal, artículo 1831) no altera la naturaleza subsidiaria de la obligación del fiador. Dicho de otro modo, la subsidiariedad no se limita a una ordenación de deudores ante el cumplimiento (arts. 1839 y 1834), sino que configura la propia obligación del artículo 1822. Es más, subsidiariedad y solidaridad no son regímenes incompatibles: lo demuestra el artículo 1822.2.<sup>o</sup>»; REYES LÓPEZ, M.<sup>a</sup>J. (2016). Comentario al artículo 1822 del Código civil, op. cit., 1090.

También se sostiene este criterio en la doctrina italiana, incluso con respecto de la fianza solidaria. Así, entre otros, FRAGALI, M. (1968). *Delle obbligazioni. Fideiussione. Mandato di credito*, sub artículo 1936, op. cit., 74-82. BARBERO, D. (1967). *Sistema de Derecho Privado*, T. IV Contratos, traducción española de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 523 considera que «la subsidiariedad es nota esencial de la fianza, también en el régimen positivo del Código italiano que presume la solidaridad, porque el fiador, aun cuando el deudor se haya obligado ex re certa, lo está, en todo caso, a una suma de dinero». Y, en la doctrina francesa SIMLER, Ph. et DELEBECQUE, Ph. (1989). *Droit Civil*. Les sûretés. La publicité foncière, op. cit., 36.

En contra de este criterio, vid., ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, op. cit., 84-91; PÉREZ ÁLVAREZ, M.J. (1985). *Solidaridad en la fianza*, op. cit., 91-93; y CABRILLAC, M. ET MOULY, Ch., (1995). *Droit des sûretés*, 3.<sup>a</sup> edition, Paris: Litec, 62.

<sup>67</sup> CASTILLA BAREA, M. (2013). Comentario al artículo 1822 del Código civil. En: R. Bercovitz-Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*, T. IX, Valencia: Tirant lo Blanch, 12465.

<sup>68</sup> CARRASCO PERERA, Á. (2015). La configuración jurídica de la fianza, op. cit., 82.

<sup>69</sup> Vid., en tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9227) en su *Fundamento de Derecho Primero*, «(...) contrato de fianza que supone siempre una relación accesoria de garantía de la deuda ajena, en virtud de la cual el fiador asume la obligación de su cumplimiento subsidiario, para el caso de incumplimiento por quien resulta deudor principal...».

<sup>70</sup> Vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 1.<sup>a</sup>, 5 de julio de 2010 (AC 2011, 54).

<sup>71</sup> Vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.<sup>a</sup>, 21 de marzo de 2011 (AC 2001, 1532).

<sup>72</sup> Vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de abril de 2002 (RJ 2002, 4037); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9.<sup>a</sup>, 25 de octubre de 2018 (JUR 2019, 16230).

<sup>73</sup> Vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7 de febrero de 1994 (RJ 1994, 914).

<sup>74</sup> REYES LÓPEZ, M.<sup>a</sup>J. (2016). Comentario al artículo 1822 del Código civil, op. cit., 1092. Asimismo, vid., las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de febrero de 1955 (RJ 1955, 731); de 21 de marzo de 1962 (RJ 1962, 1962); de 7 de febrero de 1963 (RJ 1963, 780); de 16 de junio de 1970 (RJ 1970, 31145); de 29 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9656); 12 de enero de y 13 de abril de 1987 (RJ 1989, 100; 1989, 3051); de 3 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1664); y 16 de junio de 1999 (RJ 1999, 4475).

<sup>75</sup> RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, op. cit., 771.

<sup>76</sup> Vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6693); y de 22 de julio de 2002 (RJ 2002, 7476).

<sup>77</sup> Vid., las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de enero de 2020 (Roj. STS 164/2020; ECLI:ES:TS:2020:164); y, de 12 de febrero de 2020 (Roj. STS 336/2020; ECLI:ES:TS:2020:336).

<sup>78</sup> Vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2422).

<sup>79</sup> Vid., las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8609); de 2 de junio de 2015 (Roj. STS 2979/2015; ECLI:ES:TS:2015:2979); y, de 3

de junio de 2015 (Roj. STS 2958/2015; ERCLI:ES.TS:2015:2958) establece que «la garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida, permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de este y por tanto, onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa del pago deudor y la garantía del tercero». Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.<sup>a</sup>, 25 de abril de 2006 (AC 2006, 1664) reclamación de retribución al ser la fianza onerosa —fijación de un 3%.

<sup>80</sup> CASTÁN TOBENAS, J. (1993). *Derecho civil español, común y foral*, T. IV Derecho de obligaciones, *op. cit.*, 770; SANTOS BRIZ, J. (1973). *Derecho civil. Teoría y práctica*, T. IV Derecho de obligaciones. Los contratos en particular, Madrid: Edersa, 535; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 325; REYES LÓPEZ, M.<sup>a</sup>J. (2016) Naturaleza y extensión de la fianza, *op. cit.*, 61-62 y 65; MONSERRAT VALERO, A. (2017). *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 185 precisa que, la fianza onerosa determina que «el contrato será sinalagmático con la consecuencia que el fiador podrá resolver el contrato si no recibe la contraprestación prometida por el acreedor (art. 1124 CC)».  *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 1982 (RJ 1982, 5562); de 12 de junio de 1985 (RJ 1985, 3109); de 20 de febrero de 1987 (RJ 1987, 701); y, de 29 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9656).

<sup>81</sup> En esta línea, RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 757 y 760.

<sup>82</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, *op. cit.*, 253; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1989). Comentario a la Sentencia del 20 de octubre de 1989, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, septiembre-octubre, número 21*, 975; VICENT CHULIÁ, F. (1990). *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, T. II Contratos, 3.<sup>a</sup> ed., Barcelona: Bosch, 277-279; del mismo autor (2008). *Introducción al Derecho Mercantil*, *op. cit.*, 1100; CORTES L.J. (2019). Las garantías de la contratación mercantil, *op. cit.*, 342. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de mayo de 1975 (RJ 1975, 2054).

<sup>83</sup> Señala MONSERRAT VALERO, A. (2017). *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, *op. cit.*, 70 que «en los contratos acerca de los cuales el CCom no establece ningún criterio para determinar su carácter mercantil, no nos cabe duda que cuando u contrato se celebra entre dos empresarios, actuando los dos en el marco de su actividad propia, el contrato será mercantil».

<sup>84</sup> CARRASCO PERERA, Á. (2015). La configuración jurídica de la fianza, *op. cit.*, 95-96.

<sup>85</sup> Para CARRASCO PERERA, Á. (2015). La configuración jurídica de la fianza, *op. cit.*, 94-95 «esta exigencia formal carece de justificación, como ocurre en general con cualquier otro tipo de exigencia de forma sustancial para los contratos mercantiles. Como la norma no merece una interpretación extensiva, hemos de entender que, la forma escrita exigida para la validez del «afianzamiento» se refiere en exclusiva a la declaración de voluntad del fiador, sin que resulte preciso que conste de la misma forma la aceptación del acreedor, que se deducirá normalmente de los hechos concluyentes». Por su parte, MONSERRAT VALERO, A. (2017). *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, *op. cit.*, 183 precisa que «la forma escrita se exige para la declaración de voluntad del deudor, pero no para el acreedor».  *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 9307); y, de 30 de enero de 1990 (RJ 1990, 102).

<sup>86</sup> INFANTE RUIZ, F.J. (2020). La interpretación del contrato de fianza: implicaciones de la forma y de la regla sobre el carácter expreso, *op. cit.*, 202-203; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Á. (2021). Contratos mercantiles de depósito y préstamo. Garantías mercantiles. En: G.J. Jiménez Sánchez y A. Díaz Moreno (coords.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 24.<sup>a</sup> ed., Madrid: Tecnos, 585-586; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2013). *Instituciones de Derecho Mercantil*, 36.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 366-368 precisan, también que, la aplicación del artículo 442 del CCom «depende del carácter indefinido de la fianza y también de que esta tenga carácter oneroso, ya que

este artículo alude para su aplicación a que se haya pactado “una retribución al fiador”». Asimismo, *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 y 23 de febrero de 1996 (*RJ* 1996, 9002; y *RJ* 1996, 1593); y de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.ª, 17 de octubre de 2013 (*JUR* 2014, 44675) aunque se exige la constancia escrita, no es necesario que se haga en documento público.

<sup>87</sup> VICENT CHULIÀ, F. (1990). *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, 19; del mismo autor (2008). *Introducción al Derecho Mercantil*, *op. cit.*, 1100; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Solidaridad en la fianza*, Aranzadi, Navarra 1985, 148; CARRASCO PERERA, Á. (2015). La configuración jurídica de la fianza, *op. cit.*, 97; SÁNCHEZ CALERO F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (2013). *Instituciones de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, 368; CORTES L.J. (2019). Las garantías de la contratación mercantil, *op. cit.*, 344-345.

<sup>88</sup> *RJ* 1989, 6925 y *RJ* 1989, 6941.

<sup>89</sup> *RJ* 1990, 1665.

<sup>90</sup> *RJ* 1992, 2007.

<sup>91</sup> *RJ* 1995, 2145.

<sup>92</sup> *RJ* 1997, 1419. También resaltado por las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2004 (*RJ* 2004, 4261); y, de 15 de abril de 2005 (*RJ* 2005, 3242). *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, 2 de noviembre de 1993 (*AC* 1993, 2318); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 19.ª, 2 de febrero de 2000 (*JUR* 2000, 70168); Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 9 de octubre de 2006; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.ª, 29 de diciembre de 2006 (*JUR* 2007, 179382); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, 17 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 97394); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.ª, 20 de octubre de 2016 (*JUR* 2017, 56529).

<sup>93</sup> En relación con la vinculación funcional y la no consideración de consumidores, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de mayo de 2020 (Roj. STS 1441/2020; ECLI:ES:TS:2020:1441) dispone que el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de noviembre de 2016 (C-534/15) Dumitras, mencionó expresamente la vinculación funcional del fiador con un prestatario que actúa en un ámbito empresarial o profesional el administrador y socio único de la sociedad (apartado 35). El presente caso tiene la particularidad que la sociedad prestataria es unipersonal y el socio único y su esposa están casados en régimen legal de gananciales. La Sra. Angelina es cotitular del capital social de la compañía mercantil deudora. De tal manera, aunque no hubiera firmado el préstamo como fiadora solidaria, al haberlo hecho su esposo, responsable ganancialmente por la fianza de este, como recogía en la Sentencia 594/2017, de 7 de noviembre que asumía la jurisprudencia establecido, precisamente, en los siguientes términos: «Además la jurisprudencia ha establecido vinculación de los bienes comunes a la deuda contraída por uno de los cónyuges mediante aval o fianza (como fue el caso) cuando tal negocio jurídico obedece al tráfico ordinario del comercio o actividad empresarial del que se muestra la economía familiar y a cuyo ejercicio se ha prestado el consentimiento expreso o tácito por el otro cónyuge que ni avala ni afianza (Sentencia 868/2001m, de 28 de septiembre; 650/2005, de 15 de julio y 572/2008, de 12 de julio, entre otras muchas. El último inciso del artículo 1365 del Código civil se remite en bloque a la reglamentación mercantil para determinar la responsabilidad derivada de las deudas contraídas por uno de los cónyuges cualquiera de ellos en el ejercicio del comercio. Es decir; se remite a los artículos 6 a 12 del CCom. Si bien, debe entenderse que esta remisión lo es únicamente a la esfera externa (la responsabilidad frente a terceros) debiendo acudir al Código civil para todas las cuestiones relacionadas con la responsabilidad interna y a la responsabilidad subsidiaria de los bienes gananciales». Conforme a lo ya establecido en los artículos 6 y 7 del CCom cuando no haya oposición al ejercicio del comercio por el otro cónyuge, el acreedor podrá agredir directamente la totalidad del patrimonio ganancial, una vez haya probado que la deuda tuvo su origen en el ejercicio del comercio por parte del deudor (sentencias 539/1994, 6 de junio; 134/2006, 16 de febrero y 1035/2007, de 5 de octubre y las que se citan en ellas). Como consecuencia de ello, no puede predicarse respecto de la recurrente a la ajeneidad a la finalidad empresarial del prestatario que excluya la vinculación funcional y permitirá reconocerle la condición legal de consumidor conforme al artículo 3 del TRLGCU. Tampoco infringe los preceptos de la LCG porque en los contrato con adherentes profesionales no cabe realizar los controles de

transparencia y abusividad (sentencias de esta Sala 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero y 57/2017, de 30 de enero». Igualmente, la sentencia del 7 de noviembre de 2017 (Roj. STS 3956/2017; ECLI:ES:TS:2017:3956) hace referencia a la vinculación funcional del cónyuge por las deudas empresariales del otro cónyuge.

Por su parte, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4576) no pueden los demandantes (fiadores solidarios con sus cónyuges) ser considerados consumidores por ser administradores y socios al 50% de la sociedad deudora principal. Sin embargo, no cabe negar la condición legal de consumidores a sus cónyuges al faltar su consentimiento expreso en el régimen de separación de bienes para que los demandantes ejerciten el comercio.

Se discute la aplicación del Código civil catalán con preferencia a la regulación del Código de Comercio. En este caso, se opta por la aplicación de los artículos 6 a 12 del CCom, con preferencia a las normas del Código civil catalán, que será supletorias del Código de Comercio. No obstante, considera la Sala de lo Civil que, esta supletoriedad es de gran relevancia para la aplicación de tales artículos 8 y 9 del CCom, en caso de régimen de separación de bienes, en cuanto que influyen en la determinación de qué bienes son propios del empresario comerciante y quedan sujetos a las resultas del comercio, y cuáles son bienes propios de su cónyuge, por lo que, para quedar vinculados, se requerirá el consentimiento expreso de este. Si bien, no pueden beneficiarse de la inoponibilidad de la cláusula de afianzamiento invocada como abusiva al no haber sido declarada esta como tal en la sentencia recurrida.

<sup>94</sup> Vid., las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27 de enero de 2020 (RJ 2020, 145); y, 29 de noviembre de 2021 (dos) (RJ 2021, 5286; JUR 2021, 373144).

<sup>95</sup> Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9.ª, 9 de febrero de 2017 (JUR 2017, 143590); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, 7 de diciembre de 2017 (AC 2017, 1743); y de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, 30 de mayo de 2019 (AC 2019, 1169).

<sup>96</sup> Vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31 de enero de 1977 (RJ 1977, 128).

<sup>97</sup> CARRASCO PERERA, Á. (2015). La configuración jurídica de la fianza, *op. cit.*, 110.

<sup>98</sup> MILLÁN SALAS, F. (2021). Efectos de la fianza entre el fiador y acreedor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 785, mayo-junio, 1839, señala al respecto que la cofianza «se configura, por su propia existencia y naturaleza, como un supuesto de obligación pluripersonal, pero la existencia de varios fiadores no implica por sí misma un caso de cofianza, ya que los distintos fiadores, aunque garanticen la misma deuda de un mismo deudor; lo que pueden hacer asumiendo obligaciones independientes unos de otros».

<sup>99</sup> RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 741 define la subfianza como «la obligación de garantía de la deuda ajena que asume un tercero —subfiador— para el caso que el obligado principal en virtud de la obligación garantizada —el fiador. No cumple con el deber que le incumbe».

<sup>100</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, *op. cit.*, 240.

<sup>101</sup> REYES LÓPEZ, M.ªJ. (2016). Comentario al artículo 1836 del Código civil, *op. cit.*, 1135.

<sup>102</sup> DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (Tomo 2) Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual, undécima ed., Madrid: Tecnos, 275.

<sup>103</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2015). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 343.

<sup>104</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1975). Notas sobre la confianza y su régimen jurídico en el Código civil español, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 901-902. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7 de febrero de 1994 (RJ 1994, 914).

<sup>105</sup> REYES LÓPEZ, M.ªJ. (2016). Comentario al artículo 1837 del Código civil» *op. cit.*, 1139.

<sup>106</sup> Vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3403); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 15.ª, 28 de mayo de 1997 (AC 1997, 1164); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 11.ª, 30 de junio de 2017 (JUR 2017, 229834); y de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5.ª, 9 de octubre de 2017 (JUR 2018, 18182).

<sup>107</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, op. cit., 207-209; MANZANARES SECADE, A. (1986). La cofianza: análisis de los artículos 1837 y 1844 del Código civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero, 754. Asimismo, vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 15.ª, 28 de mayo de 1997 (AC 1997, 1164).

<sup>108</sup> Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 15.ª, 17 de noviembre de 1994 (AC 1994, 2280); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.ª, 22 de abril de 2010 (JUR 2011, 11110).

<sup>109</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., 345.

<sup>110</sup> REYES LÓPEZ, M.ªJ. (2016). Comentario al artículo 1837 del Código civil, op. cit., 1140.

<sup>111</sup> Así se establece, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de marzo de 1961 (RJ 1961, 937); y, de 3 de junio de 1968 (RJ 1968, 3064).

<sup>112</sup> En este sentido, GUILARTE ZAPATERO, V. (1975). Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código civil español, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 909; ALBADALEJO GARCÍA, M. (2004). *Derecho Civil*, T.II Derecho de obligaciones, vol. II Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales, op. cit., 450.

Asimismo, se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, 12 de junio de 1999 (Roj. SAP TF 1569/1999; ECLI:ES:APTF:1999:1969) en su *Fundamento de Derecho Octavo*: «(...) Procede la condena del deudor principal y subsidiariamente, la de los cofiadores, que únicamente vendrán obligados al pago de las cantidades de esa manera quedando a salvo, en todo caso y como señala la sentencia citada, "la posibilidad jurídica de los cofiadores, que procesal y materialmente solo podrán ser responsables subsidiarios..., es decir, cuando en ejecución de sentencia se determine, en su caso, la insolvencia de la deudora principal, también demandada"».

<sup>113</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, op. cit., 217; CASTÁN TOBEÑAS J. (1993). *Derecho Civil español, común y foral*, T.IV Derecho de Obligaciones, op. cit., 790-791.

<sup>114</sup> En este sentido, ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, op. cit., 236; MANZANARES SECADES, A. (1986). La cofianza: análisis de los artículos 1837 y 1844 del Código civil, op. cit., 767.

<sup>115</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1985). *Solidaridad en la fianza*, op. cit., 122 entiende que existe solidaridad entre los cofiadores «en los supuestos en que media pacto de solidaridad entre los garantes, bien en aquellos casos en que, por inoponibilidad del beneficio de división, no cabe enervar la reclamación dirigida, por la integridad del débito, frente a uno de los cofiadores».

De todas formas, el régimen jurídico de la fianza solidaria está constituido por las normas que regulan la fianza, con ciertas excepciones, contenidas en el título XIV, libro IV del Código civil y por ciertas normas de la sección IV, cap. III, título I, del libro IV, del mismo Código. Respecto al régimen jurídico de la fianza solidaria, véase lo que a tal efecto manifestamos en el capítulo precedente.

<sup>116</sup> No debemos olvidar tal como así también lo expresamos en la fianza solidaria, que la solidaridad pasiva solo se proyecta en las relaciones externas de los obligados, frente al acreedor; no así en las relaciones internas que rigen las reglas de la fianza. Se pronuncia en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.ª, 11 de junio de 1999 (Roj. SAP SS 1220/1999; ECLI:ESI:APSS:1999:1220) en su *Fundamento Jurídico Cuarto*: «El Tribunal acoge la primera pauta de la argumentación, pues: la solidaridad pasiva solo se proyecta en las relaciones externas de los obligados (frente al acreedor) pues en las relaciones internas (entre obligados) se produce la fragmentación de la deuda, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1145 párrafos 2.º y 3.º del Código civil y la antedicha regla es también de aplicación a los cofiadores solidarios, a tenor de lo dispuesto específicamente en el artículo 1844 párrafos 1.º y 2.º del Código civil y por remisión al régimen general en el artículo 1822.2.º del Código civil». Añade, la sentencia además, que «En efecto la fragmentación de la deuda entre los cofiadores se produce exclusivamente dentro del ámbito de la fianza y, por tanto, excluye totalmente al deudor o a los deudores, ya que estos responde artículo 1838 del Código civil de los correspondientes, y, en su caso, los daños y perjuicios ocasionados».



<sup>117</sup> Roj. STS 1645/2016; ECLI:ES:TS:2016:1645.

<sup>118</sup> Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15 de enero de 1931 (*Col. Leg. J.C., T. 198, Madrid 1932, núm. 37, 150-160*) al declarar que, la solidaridad entre cofiadores es incompatible con la excusión de los bienes del deudor principal, porque para ello sería necesario que la responsabilidad de los cofiadores debía haber quedado como subsidiaria.

<sup>119</sup> Tal planteamiento resulta también confirmado por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, así, en Sentencia de 3 de junio de 1968 (*RJ 1968, 3064*) reconoce en el *Considerando Cuarto* que: «partiendo del artículo 1837 del Código, este limita la responsabilidad de cada cofiador, en el caso de que respondieren varios de una misma deuda, a la parte que a cada uno corresponde a satisfacer; a menos que también entre ellos y no solo con relación al deudor principal, se hubiere estipulado la solidaridad, en cuyo caso responderán de la totalidad de la deuda».

<sup>120</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 20.ª, 28 de marzo de 2006 (*JUR 2006, 160092*).

<sup>121</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 de julio de 1998 (Roj. STS 4778/1998; ECLI:ES:TS:1998:4778); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6.ª, 29 de diciembre de 2000 (*JUR 2001, 96286*).

<sup>122</sup> El vínculo de solidaridad entre los cofiadores excluye el *litisconsorcio pasivo necesario*. En este sentido, OCAÑA RODRÍGUEZ, A. (1997). *Partes y terceros en el proceso civil. Perspectiva jurisprudencial y práctica, op. cit.*, 519, señala que «De existir solidaridad pasiva, el acreedor podrá demandar sucesiva o simultáneamente a todos los cofiadores por la totalidad de la obligación»; NAVARRO HERNÁN, M. (1998). *Parte, legitimación y litisconsorcio en el proceso civil*. Estudio jurisprudencial práctico, Madrid: Colex, 222 considera que «en todos los supuestos de fianza solidaria no se da el litisconsorcio pasivo necesario, ya que en esta a tenor de los artículos 1822.2.º y 1831 del Código civil, la acción contra el fiador es autónoma y puede ejercitarse incluso son necesidad de actuar contra el patrimonio del deudor, una vez vencida e impagada la deuda»; MONTERO AROCA, J. *et al.* (2019). *Derecho jurisdiccional II Proceso Civil*, 27.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 90; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V. (2015). *Derecho procesal civil. Parte General*, 8.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 104; BANACLOCHE PALAO, J. y CUBILLO LÓPEZ, I. (2016). *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Civil*, 3.ª ed., Madrid: La Ley, 231.

En el mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de diciembre de 1988 (*RJ 1988,9941*) (Fdo. Drcho. 4.º); de 7 de enero de 1992 (*RJ 1992, 150*) (Fdo. Drcho. 2.º); y, de 7 de febrero de 1994 (*RJ 1994, 914*) señala, al respecto que «dado el carácter de fiadores solidarios de cualquiera de ellos, podía haber sido demandado individualmente, pues el vínculo de la solidaridad entre los obligados excluye el litisconsorcio pasivo necesario cuando se demanda a alguno o algunos de ellos».

<sup>123</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4 de junio de 1984 (*RJ 1984, 3212*) en su *considerando segundo* permite al acreedor dirigir su acción contra el otro cofiador solidario por el importe de la deuda no extinguida por el pago parcial del otro.

<sup>124</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1837 del Código civil, *op. cit.*, 236.

<sup>125</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). *Últ. Lug. Cit.* En esta línea, MILLÁN SALAS, F. (2020). Efectos de la fianza entre el deudor y el acreedor, *op. cit.*, 1841.

<sup>126</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2020). La fianza, *op. cit.*, 348-349.

<sup>127</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1830 del Código civil, *op. cit.*, 159.

<sup>128</sup> DE DIEGO, F.C. (1930). *Instituciones de Derecho Civil español*, T. II, Madrid, 284.

<sup>129</sup> Díez-Picazo, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, *op. cit.*, 435. Para REYES LÓPEZ, M.ªJ. (2016). Comentario al artículo 1830 del Código civil, *op. cit.*, 1120-1121 define dicho beneficio como «la facultad que le corresponde al fiador, por que, una vez haya tenido lugar el incumplimiento de la obligación principal, pueda aplazar el pago que ha garantizado y paralizar la pretensión de cobro del acreedor hasta que este haya intentado, sin éxito, la ejecución forzosa del deudor». Y añade que «es una de las manifestaciones en las que se expresa la condición de garante por parte del fiador, puesto que ello le permite

asegurarse que, si el deudor tiene bienes suficientes para hacer frente a su débito, deberá responder en su calidad de obligado principal y antes que él»; de la misma autora (2016). «La relación fiador acreedor», *op. cit.*, 140, «la facultad que le corresponde al fiador para que, una vez haya tenido lugar el incumplimiento de la obligación principal, pueda aplazar el pago que ha garantizado y paralizar la pretensión de cobro del acreedor hasta que este haya intentado, sin éxito, la ejecución forzosa del deudor». CASTILLA BAREA, M. (2013). «Comentario al artículo 1830 del Código civil», *op. cit.*, 12533, lo conceptúa como «beneficio de excusión como facultad que, por disposición de ley y con carácter general, asiste al fiador para resistirse a pagar al acreedor hasta que este haya intentado infructuosamente realizar el patrimonio del obligado principal, señalándole para ello de forma tempestiva bienes suficientes del deudor para pagar la deuda garantizada».

<sup>130</sup> Así lo exigen, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1919 (*Col. leg. J. C., T. 148, Madrid, 1922, 460-165*); y, de 31 de marzo de 1927 (*Col. Leg., J.C., T. 174, Madrid, 1929, 583-593*).

<sup>131</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, 329-330.

<sup>132</sup> REYES LÓPEZ, M.ªJ. (2016). Comentario al artículo 1830 del Código civil, *op. cit.*, 1122. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de febrero de 2008 (*RJ 2008, 3046*).

<sup>133</sup> Así lo entienden CASTÁN TOBENAS, J. (1993). *Derecho civil español, común y foral*, T. IV, *op. cit.*, 791; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, 345 quien expresamente afirma que los números 3.º y 4.º han de entenderse referidos a los cofiadores; es decir, que es la quiebra o concurso de un cofiador, o el no poder ser el cofiador demandado judicialmente dentro del Reino, el hecho que extiende la responsabilidad de sus compañeros. Es la quiebra o el concurso declarados lo que produce este efecto y no la simple insolvencia, que perjudicará al acreedor; acaso sea esta la fundamental diferencia de fondo con la regulación tradicional; GUILARTE ZAPATERO, V. (1975) Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código civil, *op. cit.*, 909-910; del mismo autor (1990). Comentario al artículo 1836 del Código civil, *op. cit.*, 245; MANRESA Y NAVARRO, J.M.ª. (1973). Comentario al artículo 1837 del Código civil, *op. cit.*, 394-395; SANTAMARÍA, J. (1958). Comentario al artículo 1831 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, T. II, Madrid, 866.

Por el contrario, consideran que cesan por las mismas causas que el de la excusión, entre otros, ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad, op. cit.*, 224-226; ALCAÍN MARTÍNEZ, E. (1996). Consecuencias jurídicas del pago total de la deuda por un cofiador, *Revista de Derecho Privado*, mayo, 377-378.

<sup>134</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2004 (*RJ 2004, 4261*); y, de 15 de abril de 2005 (*RJ 2005, 3242*); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 14.ª, 1 de febrero de 2000 (*AC 2002, 401*); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.ª, 25 de enero de 2019 (*JUR 2019, 110251*).

<sup>135</sup> En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1 de julio de 2019 (Roj. STS 2230/2019; ECLI:ES:TS:2019:2230) no procede la nulidad por error en el consentimiento de las cláusulas de afianzamiento en préstamo hipotecario en el que se renuncia a los beneficios contemplados en el Código civil. El error, en todo caso, resulta inexcusable. Las cláusulas en cuestión, aunque extensa y algo reiterativas, resultan claras y comprensibles sin mayores dificultades para una abogada en ejercicio que, por razón de su profesión, debe conocer el instituto de la fianza y la posible renuncia y sus efectos, de los beneficios concedidos por el Código civil al fiado. Máxime cuando estas cláusulas con renuncia a dichos derechos, suelen ser habituales en las garantías personales que suelen exigirse para la concesión de préstamos.

<sup>136</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, vol. II Las relaciones obligatorias, *op. cit.*, 449.

<sup>137</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 3 de marzo de 2011 (*JUR 2011, 156770*). de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9.ª, 25 de octubre de 2018 (*JUR 2019, 16230*).

<sup>138</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad, op. cit.*, 225.

<sup>139</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, 346. Asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de junio de 1968 (*RJ 1968, 3064*) y 25 de abril de 1969 (*RJ 1969, 2232*) aprecian esta misma situación.



<sup>140</sup> ALVENTOSA DEL RIO, J. (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, *op. cit.*, 227-230.

<sup>141</sup> En este sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *Derecho Civil*, T. II Derecho de obligaciones, vol. II Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales, *op. cit.*, 450; CASTÁN TOBEÑAS, J. (1993). *Derecho Civil español, común y foral*, T. IV Derecho de Obligaciones, *op. cit.*, 791; MANRESA Y NAVARRO, J.M.<sup>a</sup> (1973). Comentario al artículo 1837 del Código civil, *Comentarios al Código civil español*, T. XII, 6.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por Justo J. Gómez Ysabel, Madrid: Reus, 395-396; BORRELL Y SOLER, A. (1955). *Derecho Civil español*, T. III Obligaciones y contratos, Barcelona: Bosch, 533. Todos ellos coinciden en señalar que el momento en que debe usarse el beneficio de división es el de ser requerido para el pago de parte exceda de la correspondiente al cofiador que se trate (art. 1832 CC).

<sup>142</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1975). Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código civil español, *op. cit.*, 908-909; del mismo autor; (1990). Comentario al artículo 1837 del Código civil, *op. cit.*, 243.

<sup>143</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, vol. II Las relaciones obligatorias, *op. cit.*, 448.

<sup>144</sup> En este mismo sentido, GULLÓN BALLESTEROS, A. (2000). Comentario al artículo 1837 del Código civil. En: I. Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona: Bosch, *op. cit.*, 180, al respecto manifiesta que si bien, no existe ninguna norma que determine el momento procesal adecuado para oponer el beneficio de división, no obstante, de su propia naturaleza se deduce que ha de serlo en el periodo expositivo del proceso, no después de contestada la demanda. Si en ella el cofiador no solicita la reducción de la pretensión por el total frente a él formulada, la misma ha de ser dirimida en el fallo con arreglo a lo suplicado en la demanda.

<sup>145</sup> MILLÁN SALAS, F. (2021). Efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor, *op. cit.*, 1843.

<sup>146</sup> No obstante este planteamiento, para GUILARTE ZAPATERO, V. (1975). Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código civil español, *op. cit.*, 912, nota 95; del mismo autor (1990). Comentario al artículo 1837 del Código civil, *op. cit.*, 235 y 249 atendiendo a la naturaleza de la cofianza como garantía conjunta, la reducción parcial de la obligación principal lograda mediante la ejecución de bienes del deudor, debe beneficiar no solo al cofiador que alegó el beneficio sino a todos por igual.

<sup>147</sup> En este sentido, OCAÑA RODRÍGUEZ, A. (1997). *Partes y terceros en el proceso civil. Perspectiva jurisprudencial y práctica*, Madrid: Colex., 518.

<sup>148</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamento de Derecho Civil patrimonial*, vol. II, Derecho de obligaciones, *op. cit.*, 450; MILLÁN SALAS, F. (2021). Efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor, *op. cit.*, 1848.

<sup>149</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Comentario al artículo 1837 del Código civil, *op. cit.*, 248.

<sup>150</sup> Un concepto claro y sistemático de lo que debe entenderse por pago y cumplimiento es el que ofrecen DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1999). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 8.<sup>a</sup> ed. revisada y puesta al día, Madrid: Tecnos, 164 «por pago entendemos, en un sentido general, el acto de realización de la prestación debida en virtud de una relación obligatoria. El pago es, en primer lugar, un acto de cumplimiento del deber jurídico o deuda que pesa sobre el deudor. El pago es, en segundo lugar, la manera normal que el deudor tiene de liberarse de la obligación (*solutio*). El pago es, finalmente, la forma de satisfacer el interés del acreedor.

Es pago toda realización de la prestación debida (entrega de suma de dinero, de cosas específicas, realización de servicios o adopción de simples omisiones). En términos generales, el pago es un comportamiento del deudor que se ajusta al programa o proyecto de prestación establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria».

<sup>151</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, *op. cit.*, 472 define así el concepto de cumplimiento, pero advierte que hace referencia únicamente a lo que puede llamarse «acto-final» del deudor y la prestación que de manera principal constituye el objeto de la relación obligatoria. Sin embargo, esta última comprende además una

serie de deberes instrumentales o accesorios, que deben ser puestos también en juego por el deudor y que han de ser tenidos en cuenta no solo para definir la diligencia que el deudor debe prestar en el cumplimiento, sino también para determinar si este último es o no exacto.

<sup>152</sup> Lo normal es que la prestación a la que se obliga el fiador, se satisfaga en dinero. Ahora bien, es posible que el fiador se obligue en defecto de cumplimiento de la obligación principal, consistente en dinero o en cualquier otra prestación a entregar una cosa distinta de estas. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23 de marzo de 2000 (Roj. STS 2371/2000 (*Fundamento de Derecho Segundo*)).

<sup>153</sup> *Vid.*, en este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de junio de 1984 (*RJ* 1984, 3227); de 16 de mayo de 1995 (Roj. STS 2750/1995 (*Fundamento de Derecho Séptimo*)); de 15 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997, 8817). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5.<sup>a</sup>, 26 de noviembre y 1 de diciembre de 1997 (Roj. SAP Z 310/1997; ECLI:ES:APZ:1997:310; Roj. SAP Z 366/1997; ECLI:ES:APZ:1997:366); y, de la Audiencia Provincial de Girona, 23 de febrero de 1999 (*JUR* 1999, 350).

<sup>154</sup> RUEDA ESTEBAN L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 843. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 6054); y, de 31 de enero de 2012 (*RJ* 2012, 3767); y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 16.<sup>a</sup>, 8 de enero de 2001 (*AC* 2001,1986) intereses moratorios desde que se les hizo saber el pago a los deudores; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, 2 de febrero de 2009 (*JUR* 2009, 276384); y, de la Audiencia Provincial Burgos, secc. 3.<sup>a</sup>, 29 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 141100).

<sup>155</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29 de octubre de 1991 (*RJ* 1991, 7488); y de 24 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 6054); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.<sup>a</sup>, 7 de enero de 2003 (*AC* 2003, 1192); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.<sup>a</sup>, 9 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 189061); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.<sup>a</sup>, 26 de junio de 2000 (*JUR* 2000, 284248); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.<sup>a</sup>, 30 de julio de 2004 (*JUR* 2004, 265183).

<sup>156</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24 de noviembre de 1992 (*RJ* 1992,9370); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.<sup>a</sup>, 28 de mayo de 2007 (*JUR* 2009, 21488).

<sup>157</sup> REYES LÓPEZ, M.<sup>a</sup>J. (2016). Comentario a los artículos 1838 y 1839 del Código civil, *op. cit.*, 1144.

<sup>158</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2015). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 333.

<sup>159</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.<sup>a</sup>, 23 de febrero de 1999 (*AC* 1999, 350); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.<sup>a</sup>, 9 de marzo de 2006 (*JUR* 2006, 231893).

<sup>160</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de noviembre de 2020 (*RJ* 2020, 4565).

<sup>161</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 1988 (Roj. STS 896/1988); de 11 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 3831) subrogación del cofiador que paga la deuda afianzada frente a sus cofiadores en la preferencia que, correspondía al crédito principal sobre el documentado en póliza de fecha posterior, aunque limitada a la parte correspondiente al resto de los cofiadores; y, de 4 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 4327) subrogación en el crédito, pero no en la hipoteca ya extinguida por consolidación en procedimiento anterior y por relación distinta.

<sup>162</sup> REYES LÓPEZ, M.<sup>a</sup>J. (2016). Comentario a los artículos 1838 y 1839 del Código civil, *op. cit.*, 1146.

<sup>163</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2020). La fianza, *op. cit.*, 357. Asimismo, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de noviembre de 1967 (*RJ* 1967/4708) la subrogación confiere título para proceder al reembolso.

<sup>164</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 332; REYES LÓPEZ, M.<sup>a</sup>J. (2016). Comentario a los artículos 1838 y 1839 del Código civil, *op. cit.*, 1147; RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 837-838 y 840-841 precisa que mientras la acción de reembolso surge de forma originaria, la subrogación tiene carácter derivativo. Asimismo, *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de noviembre de 1981 (*RJ* 1981, 4510); y de 29 de mayo de 1984 (*RJ* 1984, 2804).

<sup>165</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., 271.

<sup>166</sup> Como precisan, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., 272 «no es justo que el deudor pague por ese descuido o negligencia». Por su parte, RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, op. cit., 846 señala que el artículo 1840 «sanciona el incumplimiento de un deber que impone al fiador: el de poner en conocimiento del deudor su propósito de pagar el crédito principal».

<sup>167</sup> Para RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, op. cit., 847 «El fiador no solo debe aplazar el ejercicio del reembolso, sino que, además estará privado de reclamar los gastos que se le hayan ocasionado como consecuencia de haber adelantado el pago»; REYES LÓPEZ, M.ª J. (2016). Comentario a los artículos 1838 y 1839 del Código civil, op. cit., 1151, entiende que «no se adelanta ni retrasa el momento del vencimiento, sino que únicamente se retrae al día en que así se dispuso». Vid., asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, 27 de junio de 2007 (AC 2007, 11580); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.ª, 23 de febrero de 2010 (JUR 2011, 55371).

<sup>168</sup> Vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1412). Si bien, precisa LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2015). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., 333 que este precepto «impone al fiador la carga de notificar al deudor el pago por él realizado, de modo que, omitida tal notificación, es un hecho posterior —el pago por el deudor que ignora la extinción de la deuda— lo que priva de reembolso al fiador y le aboca a la repetición frente al acreedor».

<sup>169</sup> Roj. STS 3251/2002. ECLI:ES:TS:2020:3251.

<sup>170</sup> RJ 1997, 1011.

<sup>171</sup> Vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de junio de 2002 (RJ 2002, 4900) no obstante, precisa que, dentro de la configuración de la conducta del acreedor como determinante de la liberación del fiador por hechos del aquel, no es descartable la conducta pasiva del acreedor.

<sup>172</sup> Roj. STS 268/2009; ECLI:ES:TS:2009:268.

<sup>173</sup> Roj. STS 5168/2011; ECLI:ES:TS:2011:5168; y Roj. STS 9274/2011; ECLI:ES:TS:2011:9274.

<sup>174</sup> RJ 2013, 5389.

<sup>175</sup> RJ 2020, 4565. Señalan DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., 272 que «una recta inteligencia del precepto obliga a circunscribirlo a hechos perjudiciales para el fiador, si no tiene por causa los que legítimamente pudiera realizar el acreedor para conseguir la satisfacción de su crédito».

<sup>176</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., 337 y 342; DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., 272.

<sup>177</sup> RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, op. cit., 871.

<sup>178</sup> Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 4.ª, 15 de marzo de 2002 (JUR 2002, 151372); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.ª, 1 de febrero de 2017 (AC 2017, 828).

<sup>179</sup> Para PÉREZ ÁLVAREZ, M.ª Á. (2020). La fianza, op. cit., 359 «con fundamento en el artículo 1201 número 3 del Código civil, cabe entender que el pago hecho por un fiador ocasiona la subrogación *ope legis* a efectos del regreso reconocido por el artículo 1844 del Código civil».

<sup>180</sup> Vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de julio de 1998 (RJ 1998, 5213).

<sup>181</sup> RUEDA ESTEBAN, L. (2017). La fianza, op. cit., 853.

<sup>182</sup> CASTILLA BAREA, M. (2013). Comentario al artículo 1839 del Código civil, op. cit., 12661-12662. Por su parte, COLÁS ESCANDÓN, A.M.ª (2020). Contratos de garantía, op. cit., 5230 entiende que es suficiente para excluirlo la insolvencia del deudor.

De todas formas, entiende MONSERRAT VALERO, A. (2017). *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, op. cit., 843 ante el abono por el deudor a uno de los cofiadores solventes, la cantidad que, entre todos hubieran pagado al acreedor, el resto de los cofiadores pueden, para este autor «si los cofiadores solventes habían notificado al deudor

que habían abonado parte de la deuda, parece que deberá dirigirse contra el deudor (...). En cambio, si no notificaron al deudor que habían pagado parte de la deuda al acreedor, parece que solo les queda la posibilidad de dirigirse contra el cofiador *solvens* a quien el deudor abono toda la cantidad pagada».

<sup>183</sup> *Vid.*, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 de abril de 1996 (*RJ* 1996, 6915); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 3.<sup>a</sup>, 13 de enero de 2000 (*AC* 2000, 633); y de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, 10 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 250210).

<sup>184</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997, 8436).

<sup>185</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 18 de mayo de 2006 (*RJ* 2006, 5878) no se exige que el pago por el cofiador venga precedido por la intimación judicial o extrajudicial del acreedor; las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.<sup>a</sup>, 30 de marzo de 2007 (*JUR* 2007, 271886); y, de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.<sup>a</sup>, 10 de julio de 2012 (*JUR* 2013, 1311623).

<sup>186</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15 de octubre de 2004 (*RJ* 2004, 6834).

<sup>187</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.<sup>a</sup>, 30 de enero de 2012 (*JUR* 2012, 66342).

<sup>188</sup> CASTILLA BAREA, M. (2013). Comentario al artículo 1839 del Código civil, *op. cit.*, 12664; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, 347 entiende que el artículo 1844 del Código civil coincide con el artículo 1145 del mismo cuerpo legal. Asimismo, *vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.<sup>a</sup>, 27 de abril de 1998 (*AC* 1998, 4458); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9.<sup>a</sup>, 10 de junio de 2003 (*JUR* 2003, 211624) tampoco procede la exigencia del artículo 1844.3 del Código civil cuando además de la solidaridad entre fiadores, la hay con el deudor; y, de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife, secc. 4.<sup>a</sup>, 15 de septiembre de 2003 (*JUR* 2004, 25431) no procede ante el carácter solidario de la cofianza la aplicación del artículo 1844.3 del Código civil.

<sup>189</sup> RUBIO GARRIDO, T. (2002). *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y cofianza*, Granada: Comares, 252; GULLON BALLESTEROS, A. (1990). Sobre el artículo 1844 del Código civil, *Centenario del Código civil (1889-1989)*, T. I, Madrid, 1030-1032. En contra, TUR FAÚNDEZ, M.<sup>a</sup>N. (1996). *El derecho de reembolso (en el pago por tercero, regímenes económicos-matrimoniales, solidaridad, responsabilidad civil y otros supuestos): régimen jurídico, jurisprudencia*, Valencia: Editorial General de Derecho, 156

<sup>190</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, 27 de febrero de 2001 (*JUR* 2001, 127065).

<sup>191</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1979). Comentario al artículo 1844 del Código civil, *op. cit.*, 261; CASTILLA BAREA, M. (2017). Comentario al artículo 1844 del Código civil, *op. cit.*, 12667. *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 1982 (*RJ* 1982, 6550); de 11 de junio de 1984 (*RJ* 1984, 3227); y, de 4 de mayo de 1993 (*RJ* 1993, 3493).

<sup>192</sup> No obstante, LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, 348 precisa que «la protección de loa cofiadores ante el pago arbitrario hecho por uno de ellos, se consigue a través de la oposición de las correspondientes excepciones a la acción de regreso; no limitando este a los supuestos enunciados en la ley».

<sup>193</sup> *RJ* 1988, 5581. *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.<sup>a</sup>, 18 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 1907664) pago no imprudente ni precipitado; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.<sup>a</sup>, 6 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 124074); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.<sup>a</sup>, 13 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 28178173) inexistencia de pago prematuro o malicioso por parte de la fiadora demandante; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.<sup>a</sup>, 26 de junio de 2016 (*AC* 2016, 1306) el fiador no pagó de modo arbitrario, sin justificación alguna para hacerlo de «*motu proprio*» o maliciosamente. Pago forzado por las circunstancias.

<sup>194</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 1991 (*RJ* 1991, 4428) ineludible obligación de efectuar el pago ante la insolvencia de la sociedad deudora; de 16 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 6770); y, de 23 de julio de 2015 (*RJ* 2015,

3706) pago de la deuda por los cofiadores demandantes ante el impago de las cuotas del arrendamiento financiero y las reclamaciones extrajudiciales del acreedor, alcanzando entre ellos un acuerdo de cancelación anticipada de ambos contratos mediante una quita del 25% evitando así una reclamación judicial y la aplicación de los intereses moratorios pactados. Asimismo, *vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. Única, 28 de enero de 2002 (*JUR* 2002, 74542); de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. Única, 6 de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 151372); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.<sup>a</sup>, 6 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 250399) la anticipación del pago al requerimiento no puede haber producido más que beneficios al conjunto de los fiadores, quienes de otro modo hubieran tenido que soportar los gastos del requerimiento; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.<sup>a</sup>, 22 de abril de 2010 (*JUR* 2011, 111110) para el caso que la entidad prestataria resulte insolvente; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, 2 de marzo de 2012 (*AC* 2012, 729); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 10.<sup>a</sup>, 28 de noviembre de 2012 (*JUR* 2012, 17681); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.<sup>a</sup>, 27 de febrero de 2013 (*JUR* 2014, 32747); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5.<sup>a</sup>, 23 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 52762); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.<sup>a</sup>, 12 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 120392); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6.<sup>a</sup>, 8 de abril de 2016 (*JUR* 2017, 112759); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5.<sup>a</sup>, 17 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 186078) pago que la resultado beneficioso para el resto, al evitar incurrir en morosidad y entrar en un registro que, le hubiera impedido obtener liquidez a través de terceros; y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.<sup>a</sup>, 6 de julio de 2016 (*JUR* 2016, 255160).

<sup>195</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 18 de septiembre de 1997 (*RJ* 1997, 6705); las Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.<sup>a</sup>, 27 de abril de 1998 (*AC* 1998, 4458) justificado el pago cuando la insolvencia del deudor por el que se responde es evidente y palmaria; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 4.<sup>a</sup>, 23 de marzo de 2011 (*JUR* 2014, 299370); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.<sup>a</sup>, 14 de diciembre de 2011 (*JUR* 2014, 179096); y de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9.<sup>a</sup>, 22 de septiembre de 2016 (*JUR* 2016, 244847). En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.<sup>a</sup>, 29 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005, 101395) no procede el derecho de reintegro o reclamación de cantidad ante la falta de acreditación de la situación de insolvencia del deudor principal; asimismo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.<sup>a</sup>, 27 de marzo de 2017 (*JUR* 2018, 217762) falta de acreditación que el pago realizado lo fuera en beneficio de los demás cofiadores solidarios.

<sup>196</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19 de abril de 2006 (*RJ* 2006, 1848).

<sup>197</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2 de diciembre de 1988 (*RJ* 1988, 9287); de 7 de enero de 1992 (*RJ* 1992, 150); y, de 13 de octubre de 2009 (Roj. STS 6153/2009; ECLI:ES:TS:2009:6153). Asimismo, *vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, 30 de octubre de 1998 (*AC* 1998, 8041); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.<sup>a</sup>, 5 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 160361); de la Audiencia Provincial de Barcelona secc. 16.<sup>a</sup>, 13 de junio de 2008 (*JUR* 2008, 265819); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.<sup>a</sup>, 15 de marzo de 2011 (*JUR* 2011, 20212); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.<sup>a</sup>, 24 de enero de 2018 (*JUR* 2018, 84601). No obstante, para la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.<sup>a</sup>, 3 de marzo de 2000 (*JUR* 2001, 106317) el derecho de repetición contra los demás no surge mientras no se ha producido el pago total de la deuda.

<sup>198</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13 de octubre de 2009 (*RJ* 2009, 5566); y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.<sup>a</sup>, 1 de febrero de 2017 (*AC* 2017, 828) limitación a la cantidad efectivamente abonada por el cofiador al haber hecho un pago parcial de la deuda. No obstante al tratarse de una acción de reembolso entre cofiadores esposos, se permite la compensación con la cantidad derivada del procedimiento de ejecución instado por la esposa contra el esposo por impago de pensiones alimenticias a hijos; y de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 5.<sup>a</sup>, 19 de noviembre de 2015 (*JUR* 2016, 16725) reclamación a los demás de su cuota parte, aunque no haya cubierto la totalidad de la deuda y aunque no se haya alcanzado la totalidad de su cuota.

<sup>199</sup> CASTILLA BAREA, M. (2017). Comentario al artículo 1844 del Código civil, *op. cit.*, 12670-12671; COLÁS ESCANDÓN, A.M.<sup>a</sup> (2020). Contratos de garantía, *op. cit.*, 5231; Díez-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 274; REYES LÓPEZ, M.<sup>o</sup>J. (2016). Comentario al artículo 1844 del Código civil, *op. cit.*, 1161. *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 1982 (*RJ* 1982, 6550) acción contra deudor principal y conjuntamente a los cofiadores; de 3 de julio de 1998 (*RJ* 1998, 5213); de 5 de febrero de y 20 de julio de 2007 (*RJ* 2007, 964; y *RJ* 2007, 5301); y, de 7 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7814); y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.<sup>a</sup>, 14 de diciembre de 1998 (*AC* 1998, 8173) acción contra el deudor principal y conjuntamente a los cofiadores; y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.<sup>a</sup>, 12 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 160587).

En contra GUILARTE ZAPARTERO, V. (1990). Comentario al artículo 1844 del Código civil, *op. cit.*, 1835 exige que el derecho de regreso contra los demás cofiadores tenga carácter subsidiario respecto de una reclamación previa contra el deudor principal.

<sup>200</sup> RUEDA ESTEBÁN, L. (2017). La fianza, *op. cit.*, 857.

<sup>201</sup> REYES LÓPEZ, M.<sup>o</sup>J. (2016). Comentario al artículo 1845 del Código civil, *op. cit.*, 1163.

<sup>202</sup> *JUR* 2021, 99306.

<sup>203</sup> *Roj.* STS 4039/2003. ECLI:ES:TS:2003:4039; y *Roj.* STS 4051/2003. ECLI:ES:TS:2003:4051.

<sup>204</sup> *Roj.* STS 5479/2013. ECLI:ES:TS:2013:5479.

<sup>205</sup> *Roj.* STS 725/2017. ECLI:ES:TS:2017:725.

<sup>206</sup> *Roj.* STS 709/2020. ECLI:ES:TS:2020:709.

<sup>207</sup> *RJ* 2000, 1158.

<sup>208</sup> *Roj.* STS 6046/2011; ECLI:ES:TS:2011:6046.

<sup>209</sup> En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de marzo de 2010 (*Roj.* STS 984/2010; ECLI:ES:TS:2010:984) se destaca, como la jurisprudencia ha establecido que el dolo no solo se manifiesta en la «en la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también en la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe». En esta línea, también se pronuncia la Sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 2 de marzo de 2020 (*Roj.* STS 709/2020; ECLI:ES:TS:2020:709) al afirmar que «la jurisprudencia también ha admitido que el dolo, en cuanto vicio del consentimiento, pueda consistir no solo en la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también en la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, de suerte que habrá dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico».

<sup>210</sup> *RJ* 1961, 351.

<sup>211</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29 de octubre de 2013 (*Roj.* STS 5479/2013; ECLI:ES:TS:2013:5479).

<sup>212</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 26 de marzo de 2009 (*Roj.* STS 1548/2009; ECLI:ES:TS:2009:1548).

<sup>213</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1 de marzo de 2017 (*Roj.* STS 725/2017; ECLI:ES:TS:2017:725), entre otras.

<sup>214</sup> *Roj.* STS 3960/2021; ECLI:ES:TS:2021:3960.

<sup>215</sup> Sobre la esencialidad del error, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2020 (*Roj.* STS 313/2020; ECLI:ES:TS:2020:313) en la que se indica que «la esencialidad se refiere a la gravedad o trascendencia que todo error, por su carácter excepcional, ha de tener para que pueda ser tomado en consideración. Se pretende evitar que alguien quiera liberarse de la obligación contraída alegando la existencia de errores sin verdadera trascendencia en la prestación del consentimiento. Ha de evitarse cualquier planteamiento meramente subjetivista que tienda a hacer recaer la esencialidad del error en la percepción íntima y personal del que lo sufre».

<sup>216</sup> El artículo 281.1 señala que son créditos subordinados: «5.º. *Los créditos que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado en los términos establecidos en esta Ley*». Por su parte, el artículo 282 indica que, se consideran personas



especialmente relacionadas con el concursado persona natural «1.º. *El cónyuge del concursado o quién lo hubiera sido dentro de os dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso*». Asimismo, el artículo 283.1 considera personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: «1.º. *Los socios que conforme a la ley sea personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento de nacimiento del derecho de crédito, sean titulares, directa o indirectamente, de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un die por ciento sino los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada a las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el artículo anterior*».

<sup>217</sup> Así, VEIGA COPO, A.B. (2021). Comentario al artículo 263 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: A. B. Veiga Copo (dir.) y M. Martínez Muñoz (coords.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, T. I, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 1579 precisa al respecto que «si el fiador es ordinario y el acreedor es subordinado, el regreso del fiador será subordinado; si el fiador es subordinado y el acreedor es ordinario, el regreso del fiador será también subordinado»; SACRISTÁN BERGIA, F. (2021). Comentario al artículo 263 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: J. Pulgar Ezquerria (dir.) y Fco. J. Arias Varona; A. Gutiérrez Gilsanz y J. Megías López (coords.), *Comentario a la Ley Concursal*, T. I, 2.ª ed., Madrid: La Ley Wolters Kluwer, 1309-1310.

<sup>218</sup> GARCÍA ESCOBAR, G.A. (2021). Comentario al artículo 310 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: A. B. Veiga Copo (dir.) y M. Martínez Muñoz (coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, T. I, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2039.

<sup>219</sup> Procede señalar que, el artículo 315 del citado Texto Refundido establece como autores de la propuesta de convenio en las condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas en esta Ley, el deudor y los acreedores cuyos créditos superen una quinta parte de la masa pasiva. En todo caso, no podrá presentarse propuesta de convenio, si el concursado hubiera solicitado la liquidación de la masa activa.

Por su parte GUTIÉRREZ GILSANZ, A. (2021). Comentario al artículo 399 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: J. Pulgar Ezquerria (dir.) y Fco. J. Arias Varona; A. Gutiérrez Gilsanz y J. Megías López (coords.), *Comentario a la Ley Concursal*, T. I, 2.ª ed., Madrid: La Ley Wolters Kluwer, 1702 precisa que «al tratarse de una norma dictada en interés de los garantes personales, no se podrá disponer de ella en su perjuicio sin su consentimiento, por lo que no cabría introducir en el convenio una cláusula por la que se prevea que, a pesar de votar a favor el acreedor conservaría íntegros sus derechos frente a tales garantes, aunque no se hubiera llegado a pacto sobre el particular con el garante».



## 1.6. Responsabilidad civil

# Responsabilidad civil de plataformas de mediación electrónica. Dificultades en su determinación \*

## *Civil responsibility of mediation platforms. Difficulties in their determination*

por

PASTORA DE ARTIÑANO MARRA  
*Contratada predoctoral URJC*

**RESUMEN:** El estudio de la responsabilidad civil de plataformas digitales, especialmente las de mediación electrónica, pone de manifiesto las enormes dificultades en la aplicación de la normativa disponible. En el presente trabajo se expondrá un breve análisis de la situación normativa actual y de las resoluciones más relevantes en la materia.

**ABSTRACT:** *The research of civil responsibility of digital platforms, particularly in mediation platforms, reveals major difficulties in the application of available regulations. This work will briefly analyse the current regulatory framework and the most pertinent case law on this matter.*

**PALABRAS CLAVE:** Plataformas de mediación electrónica. Plataformas digitales. Responsabilidad. LSSICE. DCE. LSD.

**KEY WORDS:** *Mediation platforms. Digital platforms. Responsibility. LSSICE. DEC. DSA.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. RÉGIMEN LEGAL APLICABLE: ¿SE HA DISTORSIONADO EL CONCEPTO DE PLATAFORMA INTERMEDIARIA?: 1. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS. 2. EXONERACIONES DE RESPONSABILIDAD CONTENIDAS EN LA DCE Y LA LSSICE. NUEVAS PREVISIONES EN LA LEY DE SERVICIOS DIGITALES (LSD). —III. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS UTILIZADOS POR EL TJUE EN LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE PLATAFORMAS: 1. PAPEL ACTIVO VS PAPEL NEUTRO DE LA PLATAFORMA. 2. PLATA-

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco de un contrato predoctoral financiado por la Universidad Rey Juan Carlos.

Trabajo elaborado en el marco del proyecto de investigación Nuevas perspectivas en la teoría de la responsabilidad civil. Revisión de la imputación objetiva como criterio de delimitación de la causalidad (ref. RTI2018-097418-B-100), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, cuya investigadora principal es la Prof.<sup>a</sup> P. ÁLVAREZ OLALLA.

FORMA INTERMEDIARIA O PRESTADORA DEL SERVICIO SUBYACENTE. EL CRITERIO DE LA «INFLUENCIA DECISIVA».—IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: 1. SENTENCIA 118/2018, DE 8 DE MAYO DE 2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA. UN CASO... SORPRENDENTE. 2. SENTENCIA 923/2019, DE 27 DE JUNIO DE 2019 DEL TRIBUNAL SUPREMO. UN CASO... APARENTEMENTE SENCILLO. 3. SENTENCIA 406/2019, DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2019 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. UN CASO... ¿JUSTO? 4. SENTENCIA 1818/2020, DE 30 DE DICIEMBRE DE 2020 DEL TRIBUNAL SUPREMO. UN CASO... ¿CONFUSO?—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

La existencia de una cantidad incalculable de plataformas digitales, todas ellas distintas entre sí, multifuncionales, polivalentes, multiservicios, así como su incesante uso por la población, hace necesario definir su régimen de responsabilidad. Este estudio, que se centra en las plataformas de mediación electrónica, trata de poner de manifiesto la enorme dificultad existente en torno a su determinación, partiendo del concepto de plataforma intermediaria, y de un régimen legal obsoleto que, evidentemente, no puede pretender que las plataformas que existían hace más de veinte años (destinatarias originales de las normas de aplicación) se comporten de la misma manera que las actuales.

Como es sabido, cuando la norma no da respuesta a las necesidades sociales del momento, son los tribunales los encargados de su interpretación, y a pesar de la inestimable guía de las resoluciones del TJUE, es inevitable, por la propia complejidad de los litigios surgidos en esta materia, que en ocasiones sea difícil —por no decir imposible— establecer cuáles son los criterios de determinación de responsabilidad de las plataformas de mediación electrónica.

En las siguientes líneas se analizará el régimen aplicable a su responsabilidad, algunas de las novedades que introducirá la futura Ley de Servicios Digitales, y por supuesto, algunas de las resoluciones más destacadas del TJUE y nuestros tribunales españoles, no sin antes advertir que, lejos de cumplir con la expectativa de poner orden u ofrecer grandes remedios a los problemas que se nos plantean, es posible que surjan muchos interrogantes cuya resolución, aunque apasionante, es un propósito demasiado ambicioso y poco realista...aunque deseable, sin duda.

## II. RÉGIMEN LEGAL APLICABLE: ¿SE HA DISTORSIONADO EL CONCEPTO DE PLATAFORMA INTERMEDIARIA?

### 1. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Actualmente, la normativa aplicable a la responsabilidad de las plataformas digitales es la Directiva de 2000/31/CE de Comercio Electrónico (en adelante, «DCE») y en nuestro país, la Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y Comercio Electrónico (en adelante, «LSSICE»).

Tanto la DCE<sup>1</sup> como la LSSICE<sup>2</sup> prevén un régimen de exoneración de responsabilidad respecto de aquellos prestadores de servicios de la sociedad de la información o «PSSI» intermediarios consistente, a grandes rasgos, y sin que esto sirva tan siquiera de resumen, en que no se responsabilice a la plataforma por la información que transmite o almacena siempre que dicha información haya sido proporcionada por el usuario que la utiliza, la plataforma no la manipule,

y que en caso de ser ilícita, no tenga conocimiento de dicha ilicitud o actúe con prontitud para eliminarla en cuanto lo tenga.

Una de las principales cuestiones que, desde mi punto de vista, dificultan la aplicación de esta normativa, es la multitud de significados que hoy en día se le dan al término «intermediaria», lo que no hace sino aumentar la confusión. Por este motivo, quizá sea interesante distinguir entre:

- Plataforma *prestadora o proveedora de servicios intermediarios*. Es una plataforma prestadora de servicios de la sociedad de la información consistentes en la transmisión de la información proporcionada por el destinatario del servicio, y su almacenamiento (*hosting*), que también puede ser automático, provisional, y temporal (*caching*). Son las destinatarias originales de la DCE y la LSSICE.
- Plataforma *intermediaria digital o de mediación electrónica*, es aquella que casa la oferta y la demanda de los usuarios que han accedido a ella, favoreciendo la contratación entre ambos<sup>3</sup>. Es frecuente que estas plataformas sean *doblemente intermediarias*, pues prestan servicios de *hosting* o almacenamiento de contenidos, y además, *median* en el sentido «material» de la palabra<sup>4</sup>.

Como se decía, tanto la DCE como la LSSICE prevén exoneraciones de responsabilidad para los prestadores de servicios *intermediarios*. Cabría aquí preguntarse si es correcto, a la vista de la diferenciación expuesta, aplicar dichas exoneraciones de responsabilidad a las plataformas de mediación electrónica. No obstante, como decíamos, no es necesario, pues acabamos de ver que estas últimas son también prestadoras de servicios intermediarios (en concreto, prestadoras de un servicio de almacenamiento de datos) lo que implica que, en principio, y siempre que se den los requisitos para ello, les serán de aplicación.

## 2. EXONERACIONES DE RESPONSABILIDAD CONTENIDAS EN LA DCE Y LA LSSICE. NUEVAS PREVISIONES EN LA LEY DE SERVICIOS DIGITALES (LSD)

A los efectos del presente trabajo se hará únicamente referencia a las exoneraciones de responsabilidad de la DCE y la LSSICE aplicables a las plataformas de mediación electrónica. En este sentido, y dado que, como se indicaba anteriormente, estas plataformas son consideradas prestadoras de servicios de almacenamiento de datos o *hosting*, serán de aplicación los artículos 14 de la DCE y 16 de la LSSICE.

A grandes rasgos, el régimen previsto en ambas normas dispone que las plataformas no sean responsables de la información almacenada a petición del destinatario, siempre que no tengan conocimiento de que dicha información es ilícita, o teniéndolo, actúen a la mayor brevedad para retirarla o imposibilitar su acceso<sup>5</sup>.

Por otro lado, el legislador europeo, consciente de la antigüedad de la DCE, publicó el 15 de diciembre de 2020 la Propuesta de Reglamento conocida como «Ley de Servicios Digitales» (en adelante, «LSD»)<sup>6</sup> que en lo que interesa al presente estudio, es relevante por introducir algunas modificaciones en la DCE relativas a la responsabilidad de plataformas, una vez entre en vigor.

En concreto, el artículo 14 DCE sobre la exoneración de responsabilidad aplicable a plataformas que prestan servicios de *hosting* (art. 5 LSD) se mantiene sustancialmente, pero incorpora un nuevo párrafo que dispone lo siguiente: «en virtud de la legislación de protección al consumidor», la exoneración prevista no

aplicará a las «plataformas en línea que permitan que los consumidores formalicen contratos a distancia con comerciantes, cuando dicha plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio y razonablemente bien informado a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control». Es previsible que esta incorporación legislativa genere problemas, pues parece difícil determinar cuándo o en qué condiciones un «consumidor medio y razonablemente bien informado» puede pensar que realmente la plataforma es la proveedora del servicio<sup>7</sup>.

Por otro lado, destaca la incorporación de una nueva obligación<sup>8</sup> contenida en el artículo 22 de la LSD, aplicable «cuando una plataforma en línea permita a los consumidores formalizar contratos a distancia con comerciantes»<sup>9</sup> (encaja aquí el concepto de plataforma de mediación electrónica) consistente en que la plataforma debe obtener información del comerciante<sup>10</sup> y en especial, «una certificación del propio comerciante por la que se comprometa a ofrecer exclusivamente productos o servicios que cumplan con las disposiciones aplicables del Derecho de la Unión». Esta redacción genera una cierta incertidumbre, pues lo que puede parecer una solución a nuestros problemas (las plataformas de mediación electrónica cumplirían su obligación si obtienen del comerciante sus datos de identificación y una declaración responsabilizándose de los productos y/o servicios que ofrecen a través de ellas) puede convertirse, nuevamente, en una norma necesitada de interpretación.

Finalmente, y sin ánimo de ser exhaustivos en cuanto al régimen legal aplicable, conviene estudiar ahora cómo se ha aplicado esta normativa; primero por el TJUE, y después por nuestros tribunales, con el objetivo de comprender las grandes dificultades que plantea la responsabilidad de plataformas de mediación electrónica.

### III. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS UTILIZADOS POR EL TJUE EN LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE PLATAFORMAS

#### 1. PAPEL ACTIVO VS PAPEL NEUTRO DE LA PLATAFORMA

Han pasado más de diez años desde que el TJUE resolvió algunos asuntos que fueron muy conocidos y estudiados por los expertos en la materia. En uno de ellos<sup>11</sup> resolvió la cuestión prejudicial planteada por la *Cour de cassation* francesa tras suspender varios procedimientos judiciales entre Google y *Vuitton*, y Google y otras empresas (una agencia de viajes y una agencia matrimonial). Al parecer, las marcas afectadas verificaron que, al introducir las palabras clave de algunos de sus productos en el buscador, este redirigía a los potenciales clientes a enlaces de imitadores y otros competidores (a pesar incluso de pagar el servicio *Google Adwords*)<sup>12</sup>.

En esta sentencia, en la que se plantea la posible exoneración de responsabilidad de la plataforma (Google) por los datos almacenados (algunos de ellos ilícitos, como es el caso de los productos de imitación) el TJUE afirma, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 14 DCE que «es necesario examinar si el papel desempeñado por el prestador es neutro, es decir, si su comportamiento es meramente técnico, automático y pasivo, lo que implica que no tiene conocimiento ni control de la información que almacena»<sup>13</sup>.

Posteriormente, en su Sentencia de 12 de julio de 2011<sup>14</sup> insistió nuevamente en la necesidad de valorar si la plataforma ocupa «una posición neutra entre el cliente vendedor correspondiente y los potenciales compradores» o si por el contrario «ha desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas». Asimismo, hizo referencia a algunos servicios prestados por la plataforma, afirmando que «el mero hecho de que el operador de un mercado electrónico almacene en su servidor ofertas de venta, determine las condiciones de su servicio, sea remunerado por el mismo y dé información general a sus clientes no puede implicar que se le excluya de las exenciones de responsabilidad previstas por la Directiva 2000/31. Cuando, por el contrario, este operador presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas, cabe considerar que no ha ocupado una posición neutra entre el cliente vendedor correspondiente y los potenciales compradores, sino que ha desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas. De este modo y por lo que se refiere a esos datos, tal operador no puede acogerse a la excepción en materia de responsabilidad prevista por el artículo 14 de la Directiva 2000/31».

Hasta este punto, parece clara la posición del TJUE consistente en la necesaria neutralidad de la plataforma (si pretende que se le aplique la exoneración de responsabilidad de la DCE) en cuanto a la información que almacena. ¿Se ha mantenido este criterio?

## 2. PLATAFORMA INTERMEDIARIA O PRESTADORA DEL SERVICIO SUBYACENTE. EL CRITERIO DE LA «INFLUENCIA DECISIVA»

El 2 de junio de 2016 la Comisión Europea publicó su Comunicación sobre «Una Agenda Europea para la economía colaborativa»<sup>15</sup>. En lo que aquí interesa, vino a establecer la diferencia entre plataformas prestadoras de servicios de la sociedad de la información, plataformas intermediarias (las que aquí denominamos de mediación electrónica) y plataformas proveedoras del servicio subyacente<sup>16</sup>, centrándose en la distinción entre estas dos últimas.

En este punto estaba claro que, si una plataforma adoptaba un papel neutro, podría beneficiarse de las exoneraciones de responsabilidad anteriormente referidas, pero ¿qué ocurriría con aquellas que tenían un papel activo? Sabíamos entonces que si la plataforma adoptaba un papel «activo» no podría beneficiarse de las exoneraciones mencionadas. Además, la Comisión señaló que «el nivel de control o *influencia* que la plataforma colaborativa<sup>17</sup> ejerce sobre el prestador de dichos servicios tendrá por lo general una importancia significativa», estableciendo que si la plataforma: i) determina el precio final a pagar por el usuario, ii) fija el contenido de la relación contractual entre prestador del servicio y el usuario, y iii) tiene la propiedad de activos clave para prestar el servicio subyacente, podría considerarse prestadora del servicio subyacente<sup>18</sup>, lo que es extraordinariamente relevante, pues si se califica de esta forma, se aplica la normativa sectorial que corresponda (y el régimen de responsabilidad en ella previsto, no el de la DCE).

Estos criterios fueron aplicados por el TJUE en su Sentencia de 20 de diciembre de 2017<sup>19</sup>. En dicha resolución, que dio respuesta al Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona<sup>20</sup>, determinó que la actividad principal de Uber es el transporte y no la intermediación<sup>21</sup>. En concreto, señaló que aunque «un servicio de intermediación consistente en conectar a un conductor no profesional que

utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano constituye, en principio, un servicio distinto del servicio de transporte (...) el servicio de intermediación de Uber se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores (...) Uber, mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de estos (...) Por consiguiente, debe considerarse que este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de “servicio de la sociedad de la información” (...) sino a la de “servicio en el ámbito de los transportes”. Parece evidente que el TJUE aplicó los criterios utilizados por la Comisión Europea para determinar si una plataforma es prestadora del servicio subyacente en el caso Uber, y finalmente así lo decidió, eliminando con ello la posibilidad de aplicación de las exoneraciones de responsabilidad que hemos estudiado.

En la misma línea, el TJUE resolvió la cuestión prejudicial planteada por el *Tribunal de Grande Instance de Paris* (Tribunal de Primera Instancia de París) sobre la plataforma *Airbnb*<sup>22</sup> en su Sentencia de 19 de diciembre de 2019<sup>23</sup>.

En esta resolución hizo referencia nuevamente al criterio de la influencia que la plataforma ejerce sobre la prestación que se realiza<sup>24</sup> afirmando que «un servicio como el prestado por *Airbnb Ireland* en modo alguno resulta indispensable para llevar a cabo la prestación de servicios de alojamiento, ni desde el punto de vista de los arrendatarios ni del de los arrendadores que recurran a él, puesto que ambos disponen de otros muchos cauces, algunos de los cuales existen desde hace mucho tiempo, como las agencias inmobiliarias, los anuncios clasificados en papel o en formato electrónico o incluso los sitios web de alquiler de inmuebles».

Además, en esta resolución, el TJUE valora cuál es el servicio realmente prestado por la plataforma, considerando la intermediación como actividad o servicio principal de *Airbnb*<sup>25</sup> y como accesorias el resto de las prestaciones «dado que no constituyen para los arrendadores un fin en sí mismo, sino el medio de disfrutar del servicio de intermediación prestado por *Airbnb Ireland* o de ofrecer prestaciones de alojamiento en las mejores condiciones».

Sea como fuere, queda claro que la actividad de la plataforma determinará su régimen legal aplicable, lo que tendrá distintas consecuencias; y supondrá la exigencia de distintos tipos de obligaciones, dependiendo del caso<sup>26</sup>.

Finalmente, en respuesta a la pregunta que formulábamos antes, no parece que la distinción entre i) criterio del papel activo o neutro de la plataforma, y ii) criterio de la influencia decisiva, sean excluyentes. Por el contrario, una vez se concluye que la plataforma de mediación electrónica ocupa un papel neutro en la transacción que se realiza entre prestador del servicio y usuario destinatario, no es necesario analizar más cuestiones —desde el punto de vista de la responsabilidad—. Sin embargo, si hay dudas sobre el posible conocimiento (y/o tratamiento) de la información que almacena (y, por tanto, tiene un papel activo

en dicha transacción) será necesario valorar hasta qué punto interviene en la transacción, y será aquí donde aplicaremos el criterio de la influencia decisiva, (o lo que es lo mismo, la aplicación de los criterios que la Comisión Europea utilizó para definir a la plataforma prestadora del servicio subyacente) con el objetivo de determinar el régimen aplicable a su responsabilidad.

#### IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

##### 1. SENTENCIA 118/2018, DE 8 DE MAYO DE 2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA. UN CASO... SORPRENDENTE

En este interesante caso, una usuaria de una plataforma denominada *Yumping*, propiedad de YUMPING ADVENTURE S.L.<sup>27</sup> compró un «bono» para montar a caballo en una hípica de Cabanillas del Campo, con la mala suerte de que sufrió una caída, y en el momento de reclamar a la hípica la indemnización por las lesiones sufridas (al considerar que dicha caída tuvo lugar por una defectuosa prestación del servicio por no estar bien amarradas las riendas de la silla) se puso de manifiesto que esta última no disponía de seguro de responsabilidad civil<sup>28</sup>.

Partiendo de la calificación del contrato celebrado entre la plataforma y la usuaria como «intermediación digital»<sup>29</sup> o «plataforma digital de intermediación», ofrecida por la Audiencia Provincial, y del problema de base que se plantea, sobre si la responsabilidad de la plataforma alcanza «al control de que las empresas cumplan los requisitos administrativos y tengan seguro de responsabilidad civil», analizaremos algunas cuestiones que se ponen de manifiesto en esta resolución, por su gran interés.

En primer lugar, la Audiencia Provincial centra su atención en la página web de *Yumping*, y en concreto, en el apartado denominado «Protección Yumping», a cuyo tenor: «nuestro sistema de opiniones se asegura de que todas nuestras empresas estén sujetas a los más altos estándares de profesionalidad. Las calificaciones están basadas en los comentarios de clientes verificados»<sup>30</sup>. Esta redacción es especialmente importante en la resolución, pues al informar «de que las empresas anunciantes cumplen los más altos estándares de profesionalidad» se determina «una garantía para el consumidor y es la base de la confianza en la contratación».

Por ello, entiende que «la plataforma en su deber de buena fe contractual debe cerciorarse que las empresas que se encuentran alojadas en su web cumplen la normativa básica específica». Además, «no puede obviarse que, confiando el consumidor en la plataforma digital, el contacto con un anunciante prestador de servicios se realiza en dicha confianza, entendiéndose reúne los requisitos legales. Si el consumidor hubiera sabido que el anunciante no tenía legalizada su actividad, no tenía seguro de responsabilidad civil ni de accidentes, se hubiera planteado su suscripción y siendo dicha información de relevancia tal, que su omisión, ha de entenderse negligente»<sup>31</sup>.

Dicho esto, ha de tenerse en cuenta que en aplicación de la LSSICE (aunque en este caso hace referencia al artículo 17 sobre los prestadores que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda) el Código de Comercio (art. 260) el artículo 1709 del Código civil sobre el mandato, y el TRLGDCU (arts. 60 y 97), la Audiencia Provincial aprecia responsabilidad<sup>32</sup> solidaria de la empresa titular de la plataforma y la empresa titular de la hípica, condenándolas a abonar la



cantidad de 22459,19 euros más los intereses legales desde la interposición de la demanda, y las costas de la Primera Instancia.

La lectura de esta resolución genera muchas dudas, siendo una de ellas la aplicación de la normativa de consumo a la relación contractual entre plataforma<sup>33</sup> y usuario, pues de ser así<sup>34</sup>, seguramente el fallo de esta sentencia sería mejor apreciado. Sin embargo, sería interesante analizar si esta aplicación pudiera resultar contradictoria, pues quizá el artículo 16 LSSICE (que exonera de responsabilidad a la plataforma de mediación electrónica por la información almacenada en los términos expuestos en dicho precepto) y el artículo 60 TRLGD-CU<sup>35</sup> no sean compatibles<sup>36</sup>. Además, no es previsible que la entrada en vigor del artículo 22 LSD ayude a eliminar los problemas a los que nos referimos, en caso de aplicarse la normativa de consumo en los términos expuestos.

2. SENTENCIA 923/2019, DE 27 DE JUNIO DE 2019 DEL TRIBUNAL SUPREMO. UN CASO... APARENTEMENTE SENCILLO

El 22 de enero de 2014 la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, dictó una resolución en la que declaró la vulneración del derecho de propiedad intelectual por la mercantil «PC Irudia S.L.», al ser la sociedad titular de la plataforma *www.goeear.com* (en lo sucesivo, «*Goeear*») y prestar esta última un servicio de publicación gratuita en internet de contenidos de audio subidos por los usuarios, ofreciéndose su audición en *streaming*.

PC Irudia S.L. presentó recurso contencioso-administrativo contra esta resolución, resuelto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en sentencia de 14 de junio de 2016.

Disconforme con el fallo de dicha sentencia, la mercantil titular de *Goeear* volvió a recurrir, esta vez en casación, ante el Tribunal Supremo. A continuación, se expondrán simultáneamente, los argumentos de la recurrente, y los fundamentos expuestos por el Tribunal Supremo, para una mejor comprensión del caso.

En primer lugar, PC Irudia S.L. alegó la infracción de la LSSICE, al considerarse una plataforma prestadora de servicios intermediarios que no debía responsabilizarse de los contenidos subidos por sus usuarios (en los términos previstos en el artículo 16 de la citada norma). Respecto a este primer argumento, el Tribunal Supremo señaló que «para determinar si la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información tiene naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, es necesario establecer que la empresa que explota este dominio ni tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada» y en este caso, «el gestor de una página web musical como la descrita es consciente o ha de serlo por ser un hecho notorio, que los éxitos musicales de actualidad están sujetos al pago de los cánones por los derechos de autor o deben contar con la autorización de sus titulares». Además, quedó acreditado que «la empresa filtra que tan solo se puedan subir archivos musicales. El usuario rellena un formulario (que contiene el título de la canción, el artista, el álbum, el género y la descripción) la página trata esa información y genera etiquetas para poder relacionar unos artistas con otros (...) sugiere resultados y realiza autocorrecciones (...) facilita la difusión de los contenidos».

Es ese conocimiento —y tratamiento— de la información, lo que llevó al Tribunal Supremo a afirmar que la empresa titular de la plataforma «no se limita a desarrollar una labor meramente técnica, pasiva y automática de almacenamiento

de los contenidos que terceros suben a la página web, sino que desempeña un papel activo»<sup>37</sup> y que «era concedora de la ilicitud de la actividad».

En segundo lugar, PC Irudia S.L. ante la imposición de «abstenerse de volver a ofrecer sin autorización las obras en el futuro», alegó la vulneración del artículo 15 DCE<sup>38</sup> señalando la imposibilidad de obligar a supervisar y controlar *ex ante* los contenidos subidos por los usuarios del servicio. La respuesta del Tribunal Supremo fue rotunda, al señalar que tal previsión no le es aplicable por no ser prestador de servicios intermediarios<sup>39</sup>. Además, recordó que en la resolución administrativa se habían especificado las concretas obras cuya publicación vulneraba la normativa de propiedad industrial<sup>40</sup>, lo que impedía su calificación como obligación general de supervisión prohibida por la norma.

Por todo ello, el Tribunal Supremo rechazó el recurso formulado por la sociedad titular de la plataforma, confirmando la sentencia dictada por la Audiencia Nacional.

### 3. SENTENCIA 406/2019, DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2019 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. UN CASO... ¿JUSTO?

En este caso tuvo lugar el acontecimiento que más preocupa a cualquiera que utilice una plataforma de mediación electrónica para el alquiler de un alojamiento vacacional: pagar por un alojamiento que no existe, o, dicho de otro modo, sufrir las consecuencias de la publicación de un anuncio falso. Se plantea aquí, nuevamente, si la plataforma tiene responsabilidad al respecto.

En concreto, Dña. Pilar (recurrente) reclama a la sociedad titular de la plataforma *Homeaway* —recordemos que ahora es *Vrbo*— la cantidad que pagó por el alojamiento que no disfrutó, una cantidad similar en concepto de daños morales, y los gastos de la reclamación extrajudicial efectuada.

Con el objetivo de simplificar los antecedentes ocurridos en el caso analizado, conviene anticipar que es determinante el hecho de que *Homeaway* sufrió un ataque de *phishing* o suplantación de identidad, y que la transacción (consistente en el alquiler de una villa situada en Italia) no se hizo con la plataforma, sino con el tercero estafador que suplantó su identidad.

En este sentido, Dña. Pilar se interesó en el anuncio del alojamiento, recibió un primer correo electrónico de contacto, y desde ese momento, las conversaciones entre aquella y la presunta intermediaria<sup>41</sup> nunca más tienen lugar a través de la plataforma —aunque la intención del estafador fuera aparentar lo contrario<sup>42</sup>.

Posteriormente, la víctima (Dña. Pilar) recibe un correo electrónico, esta vez de la plataforma, en el que se le indica la cancelación del anuncio en el que se había interesado por un posible fraude —«creemos que puede ser falso»— y las instrucciones de cómo proceder<sup>43</sup>.

En esta resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, una vez calificada la plataforma como intermediaria<sup>44</sup>, analiza su régimen de responsabilidad. Para ello, afirma, como es sabido, que «solo responde respecto de infracciones que puede derivar del contenido de los datos alojados, cuando tenga efectivo conocimiento de la infracción que conlleva la información alojada, en sí misma, o la actividad de la que deriva. Además, si al momento de recibir la información o dato para su almacenamiento no conocía la infracción que conlleva dicha información o la actividad de la que deriva, pero posteriormente deviene en el conocimiento de esa ilicitud, el prestador de servicios debe actuar con toda diligencia para su retirada e impedir el acceso a los mismos, a partir de tal momento».

Como decíamos anteriormente, al haberse realizado la transacción de forma totalmente ajena a la plataforma, la Audiencia Provincial consideró que no se le puede exigir responsabilidad «por la vigilancia y control de dichas comunicaciones o medio de pago». Asimismo, tampoco aprecia responsabilidad de la plataforma «para evitar un ataque informático, un pirateo, a su plataforma de correo y pasarela de pago (...) ya que el fraude por tercero no se valió de esa mecánica, sino que entabló una comunicación directa con Dña. Pilar; externa a aquellas plataformas, aun simulando encontrarse en ellas».

A mayor abundamiento, la Audiencia Provincial destacó que la plataforma había rebasado la exigencia de diligencia del artículo 16 LSSICE, «donde solo se le impone la retirada de la información del acceso de los usuarios, ya que procede ella misma a determinar la posible falsedad del anuncio, y procede a comunicar personal e individualmente a los usuarios que constan como interesados en dicho anuncio la posibilidad de que se esté ante una estafa».

¿Un caso justo? Desde luego, no lo parece para Dña. Pilar, que perdió el dinero abonado para la reserva del alojamiento que resultó ser un fraude. Sin embargo, parece justa para la plataforma que, a juicio de la Audiencia Provincial, no solo no tiene responsabilidad como intermediaria, sino que rebasa la diligencia que le era exigible al haber identificado el anuncio falso<sup>45</sup>. Queda, al menos, para la víctima, el consuelo de la estimación parcial del recurso<sup>46</sup>.

#### 4. SENTENCIA 1818/2020, DE 30 DE DICIEMBRE DE 2020 DEL TRIBUNAL SUPREMO. UN CASO... ¿CONFUSO?

En este caso, la Generalidad de Cataluña ordenó a la plataforma *Homeaway*<sup>47</sup> que bloquease, suprimiese o eliminase de su página web, en el plazo de quince días, el contenido relativo a empresas y establecimientos turísticos localizados en Cataluña en los que, en virtud de lo dispuesto en la Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña, no constase el número de inscripción en el Registro de Turismo.

En esta sentencia, que ha sido muy criticada por algunos autores<sup>48</sup>, el Tribunal Supremo resuelve un caso muy similar al europeo de *Airbnb* estudiado anteriormente. Similar, pero no idéntico<sup>49</sup>, por los siguientes motivos:

- En el caso *Airbnb* resuelto por el TJUE, se reclamaba que la titular de la plataforma cumpliera con una obligación impuesta por la norma en supuestos de operaciones inmobiliarias de distinto tipo. En concreto, según argumentaba la Asociación demandante, la plataforma llevaba a cabo una «actividad de intermediación y de gestión de inmuebles y de fondos de comercio sin estar en posesión de la tarjeta profesional exigida por la Ley Hoguet». Dicho de otro modo, se pretendía la consideración de *Airbnb* como sujeto obligado por la normativa sectorial, lo que llevó al TJUE a analizar cuál es la actividad principal de dicha plataforma<sup>50</sup> (al objeto de decidir sobre la aplicación de la DCE o de la norma sectorial pretendida de contrario).
- Sin embargo, en el caso que ahora nos ocupa, se reclamaba a la plataforma la retirada o bloqueo de la información relativa a aquellos anunciantes que no cumplieran con la normativa de turismo catalana. En otras palabras, podría entenderse la existencia de dos tipos de incumplimiento: el primero, imputable a los propietarios/anunciantes de los inmuebles en los que no

constaba su inscripción en el Registro de Turismo de Cataluña (incumplimiento de la norma sectorial) y, el segundo, imputable a la plataforma, en su obligación de retirar los contenidos ilícitos desde el momento en que tenga conocimiento de tal ilicitud, esto es, desde que la Administración le informa y le requiere para ello, en aplicación del artículo 16 LSSICE, apartado 1, último párrafo.

A pesar de esto, el Tribunal Supremo dio la razón a *Homeaway*, afirmando que «la actividad desarrollada por *Homeway Spain* es una labor de intermediación propia de la sociedad de la información y queda regulada por la Directiva 2000/31/CE y la Ley nacional 34/2002, ambas normas reguladoras de los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, y no por la legislación sectorial de alojamientos turísticos».

Consecuentemente, basó su decisión en la actividad desarrollada por la plataforma, y, a pesar de afirmar que «un PSSI de almacenamiento de datos estará obligado a suprimir los anuncios, o vedar el acceso a ellos, que incumplan una obligación legal cuando la Administración competente haya declarado dicho incumplimiento y lo comunique al PSSI», señalaba después (en el mismo párrafo) que el prestador (la plataforma) «se encuentra regulado por la normativa propia, lo que se reconoce en la sentencia recurrida, pero no por la sectorial de turismo, lo que solo ocurriría si se tratase de una empresa cuya calificación jurídica —en términos de la sentencia Airbnb— no fuese ya la de un PSSI sino la de una empresa turística, lo que hemos visto que no es el caso, o en supuestos de ilicitud flagrante que tampoco concurre en el presente supuesto».

En este sentido, puede decirse que la resolución es algo confusa, pues el Tribunal Supremo parece apoyar su fallo en el análisis de la actividad de la plataforma, lo que deriva en la inaplicación de la norma de turismo<sup>51</sup>, pero, como decíamos, quizá lo que se pretendía era, desde un principio, la aplicación de la LSSICE a la plataforma, y la aplicación de la norma de turismo a los anunciantes.

Finalmente, no podemos omitir la referencia a la reciente sentencia del pasado 7 de enero de 2022, del Tribunal Supremo<sup>52</sup>, en la que resuelve un supuesto idéntico, aunque esta vez relativo a la plataforma *Airbnb*<sup>53</sup> —en España— en el que la Generalidad de Cataluña ordenó el bloqueo, supresión o eliminación «de la página web *airbnb.es* o cualquier otra web que pueda utilizar en iguales términos, todo el contenido relativo a la publicidad de las empresas y de los establecimientos de alojamiento turístico localizados en Cataluña, en el que no conste el número de inscripción en el Registro de Cataluña».

Como era de esperar, el Tribunal Supremo ha resuelto de la misma forma que en el caso anteriormente analizado, anulando y casando la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, anulando las resoluciones de la Directora General de Turismo y del Secretario de Empresa y Competitividad que originaron el recurso de casación.

## V. CONCLUSIONES

I. Se planteaba al inicio de este estudio si se ha distorsionado el concepto de plataforma intermediaria, pues en ocasiones, el término *plataformas intermediarias* se utiliza, indistintamente, para hacer referencia a plataformas proveedoras de servicios intermediarios (que prestan servicios de transmisión y almacena-

miento de datos o información proporcionada por el destinatario del servicio) y plataformas de mediación electrónica (que favorecen la transacción entre el prestador del servicio que en ellas se anuncia, y el usuario destinatario que accede en búsqueda de un determinado producto o servicio). En principio, podría parecer confuso, pues cierto es que originariamente las intermediarias eran las primeras, las prestadoras de servicios intermediarios que aparecen en la DCE. Sin embargo, debemos ser prácticos y tener en cuenta que, en cualquier caso, a las de mediación electrónica les aplica la DCE —y la LSSICE—, al menos en materia de responsabilidad, pues como decíamos, son *doblemente intermediarias* (mediadoras y prestadoras de servicios de almacenamiento de datos o hosting).

II. La DCE y la LSSICE prevén, para las plataformas prestadoras de servicios intermediarios (en sus tres modalidades de transmisión, *caching*, y *hosting* de la información proporcionada por los usuarios del servicio) exoneraciones de responsabilidad que se regulan en los artículos 12 a 15 de la primera, y 13 a 17 de la segunda, respectivamente.

En lo que interesa a este estudio, las plataformas de mediación electrónica son consideradas prestadoras de un servicio de alojamiento de datos (*hosting*), y podrán ser exoneradas de responsabilidad (según el art. 14 DCE y 16 LSSICE) cuando no tengan conocimiento de la ilicitud de la información que almacenan, o teniéndolo, actúen a la mayor brevedad para retirarlo o bloquear su acceso.

III. El 15 de diciembre de 2020 se publicó la Propuesta de Reglamento conocida como «Ley de Servicios Digitales» (LSD) o *Digital Services Act* (DSA), que viene a mantener el régimen de exoneración de responsabilidad que se ha estudiado, aunque incorpora como novedad para las plataformas de almacenamiento de datos la regulación de una excepción, consistente en que aquella plataforma que induzca a un «consumidor medio y razonablemente bien informado» a pensar que es ella la prestadora del servicio subyacente, no podrá beneficiarse de la exoneración de responsabilidad contenida en dicho precepto.

Además, la nueva ley establece, en su artículo 22, una nueva obligación para las plataformas de mediación electrónica (no aplicable a aquellas que sean microempresas o pequeñas empresas) consistente en obtener cierta información del comerciante, entre la que destaca la certificación de este último comprometiéndose a ofrecer «productos o servicios que cumplan con las disposiciones aplicables del Derecho de la Unión».

IV. Resulta trascendental identificar si verdaderamente la plataforma es de mediación electrónica (la jurisprudencia suele referirse a estas como intermediarias o de intermediación digital, por ello la posible confusión a la que nos referíamos al principio) pues en caso contrario, aplicará la norma sectorial que corresponda.

En concreto, para la aplicación de la exoneración de responsabilidad analizada, se exige que la plataforma no tenga control o conocimiento de la información que almacena. La cuestión es que muchas plataformas que inicialmente pueden ser consideradas de mediación electrónica, juegan un papel bastante más activo de lo que parece, lo que llevó al TJUE a distinguir entre el papel activo o pasivo (neutro) de las plataformas, y, entre la intermediación (de mediación electrónica) o la «influencia decisiva» (posible prestación del servicio subyacente) de aquellas.

Como se ha estudiado en el presente trabajo, estos criterios, que inicialmente pueden parecer distintos entre sí, y pueden generar dudas en su aplicación, no son excluyentes. Cuando se analiza la actividad de la plataforma, y se concluye que tiene un papel neutro, pasivo, no es necesario analizar más cuestiones —desde el punto de vista de la responsabilidad—. Sin embargo, si hay dudas sobre el

posible conocimiento (y/o tratamiento) de la información que almacena (y, por tanto, tiene un papel activo en dicha transacción) será necesario valorar hasta qué punto interviene en la transacción, y será aquí donde aplicaremos el criterio de la influencia decisiva (o lo que es lo mismo, la aplicación de los criterios que la Comisión Europea utilizó para definir a la plataforma prestadora del servicio subyacente), con el objetivo de determinar el régimen aplicable a su responsabilidad.

V. El análisis de la jurisprudencia española expuesto revela la gran dificultad que plantea esta materia, aunque es posible que, al menos en parte, la nueva LSD ofrezca algunas soluciones, pero ¿determinará el artículo 22 el fin de la responsabilidad de plataformas de mediación electrónica? ¿Será la certificación del comerciante la vía de exoneración absoluta de las plataformas de mediación electrónica? Nótese que este artículo no aplicará a las plataformas consideradas microempresas o pequeñas empresas, ni tampoco, a las transacciones (en las que haya mediado una plataforma) entre particulares. ¿Cuándo se considera que la plataforma induce al consumidor medio y razonablemente bien informado a creer que presta el servicio subyacente? Como puede verse, los interrogantes son (siguen siendo) demasiados.

VI. Aunque, conscientes de la dificultad de adaptar las normas —que tienen, y deben tener, una cierta vocación de permanencia en el tiempo— a las nuevas tecnologías, que avanzan incontrolablemente, es necesario ofrecer una solución que permita abarcar estos conflictos de una forma más accesible, o al menos, un poco más liviana. Arduo proyecto, aunque, como dijo VOLTAIRE, «la ilusión es el primero de todos los placeres».

## VI. ÍNDICE RESOLUCIONES

### SENTENCIAS TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- Sentencia de 23 de marzo de 2010. Asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08.
- Sentencia de 12 de julio de 2011. Asunto C-324/09.
- Sentencia de 20 de diciembre de 2017. Asunto C-434/15.
- Sentencia de 19 de diciembre de 2019. Asunto C-390/18.

### SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia número 923/2019, de 27 de junio de 2019.
- Sentencia número 1818/2020, de 30 de diciembre de 2020.
- Sentencia número 2/2022, de 7 de enero de 2022.

### SENTENCIAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia número 118/2018, de 8 de mayo de 2018 de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1.<sup>ª</sup>).
- Sentencia número 406/2019, de 13 de septiembre de 2019 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.<sup>ª</sup>).

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁVAREZ MORENO, T. (2021). *La contratación electrónica mediante plataformas en línea. Modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*. Madrid: Reus.
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2021). El derecho de las plataformas en la Unión Europea. En J. Esteve Pardo (dir.), *Servicios en plataforma. Estrategias regulatorias*. Madrid: Marcial Pons. 21-69.
- CUENA CASAS, M. (2019). *Las Fintech de préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea*. Madrid: Reus.
- (2020). La contratación a través de plataformas intermediarias en línea. *Cuadernos de derecho transaccional*, vol. 12, núm. 2, 283-348.
- MARTÍNEZ NADAL, A. (2021). COVID-19, alquiler turístico y políticas de cancelación ¿emergencia en tiempos de pandemia de la oculta(da) naturaleza de las plataformas digitales? *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 32, 1-13.
- MONTERROSO CASADO, E. (2019). Responsabilidad civil por daños derivados del alojamiento colaborativo. En: M. Goñi Rodríguez de Almeida (dir.) *Conflictos y retos jurídicos del alojamiento colaborativo (a través de plataformas electrónicas)*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 181-219.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. (2006). *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces)*. Madrid: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I. (2017). El servicio de mediación electrónica y las plataformas de economía colaborativa. *Revista de Derecho mercantil*, núm. 305/2017, 181-216.

## NOTAS

<sup>1</sup> Artículos 12 a 15 de la DCE.

<sup>2</sup> Artículos 13 a 17 de la LSSICE.

<sup>3</sup> Se plantea por la doctrina que estas plataformas celebran un contrato de mediación, aunque comparto la opinión de CUENA CASAS, M. (2020). La contratación con plataformas intermediarias en línea. *Cuadernos de derecho transaccional*, vol. 12, núm. 2, 318 sobre que se celebran dos contratos de mediación, uno con el prestador del servicio y otro con el usuario destinatario del mismo. No obstante, no es posible abordar esta cuestión en este trabajo por su extensión.

<sup>4</sup> Como dice CUENA CASAS, M. (2019). *Las Fintech de préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea*. Madrid: Reus, 30: La clave es que la plataforma actúa como intermediaria, siendo prestador de servicios de la sociedad de la información, pero, como veremos también en sentido material, como intermediario de contenidos facilitando la interacción entre los usuarios. Cita a su vez a RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. (2006). *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces)*. Madrid: Marcial Pons. 149.

<sup>5</sup> Además, el artículo 16 de la LSSICE (aplicable a los PSSI de alojamiento de datos, y con ello, a nuestras plataformas de mediación electrónica) señala que, se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.



Asimismo, se establece en el artículo 16 apartado 2, que esta exoneración no aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador (la plataforma).

<sup>6</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2020 relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE. [SEC (2020) 432 final] - [SWD (2020) 348 final] - [SWD (2020) 349 final].

<sup>7</sup> Estoy de acuerdo con ARROYO AMAYUELAS, E. (2021). El derecho de las plataformas en la Unión Europea. En: J. Esteve Pardo (dir.), *Servicios en plataforma. Estrategias regulatorias*. Madrid: Marcial Pons. 54 cuando señala que esta regulación «no ahorrará litigios» y que la LSD (DSA en su traducción al inglés) «nada resuelve, pues, y serán los tribunales, y en particular, el TJUE quienes, de nuevo, caso por caso, analizarán el modo de operar de las plataformas». Cita, en esta opinión, el Considerando 23 de la LSD, que desde luego no puede ser menos resolutivo, cuando dice que, deberá determinarse de manera objetiva, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes, si la presentación podría inducir a un consumidor medio y razonablemente bien informado a creerlo así.

<sup>8</sup> Que no aplicará a plataformas consideradas microempresas (menos de 10 empleados o menos de 2 millones de euros de facturación) o pequeñas empresas (menos de 50 empleados o menos de 10 millones de euros de facturación) conforme a la definición contenida en la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.

<sup>9</sup> Lo que parece eliminar la aplicación de esta obligación a los supuestos en que la transacción que se produce a través de la plataforma de mediación electrónica tenga lugar entre particulares (P2P o C2C).

<sup>10</sup> En concreto: datos de contacto, registrales, bancarios, e identificativos.

<sup>11</sup> Sentencia de 23 de marzo de 2010. Asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08.

<sup>12</sup> Servicio de pago de Google que permite obtener un mejor posicionamiento frente a la competencia, mediante la clasificación de los productos por «palabras clave» que previsiblemente introducirán los usuarios y potenciales clientes cuando buscan tales productos.

<sup>13</sup> Es interesante destacar que, en esta resolución, el TJUE señala que, las exenciones de responsabilidad establecidas en la presente Directiva solo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada.

<sup>14</sup> Asunto C-324/09, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por la *High Court* de Reino Unido tras suspender el procedimiento iniciado por *L'Oreal* contra *Ebay* por vulneración de sus derechos de marca.

<sup>15</sup> COM (2016) 356 final.

<sup>16</sup> Puede haber casos en los que puede considerarse que las plataformas colaborativas ofrecen otros servicios además de los servicios de la sociedad de la información, actuando como intermediarios entre los prestadores de los servicios subyacentes y sus usuarios. En particular, en determinadas circunstancias, una plataforma puede ser también un proveedor del servicio subyacente, 6.

<sup>17</sup> Nótese que se está refiriendo a las plataformas de mediación electrónica que estudiamos aquí, en las que tiene lugar una relación triangular plataforma-prestador del servicio-usuario destinatario.

<sup>18</sup> Literalmente, concluía la Comisión que, cuando se cumplen estos tres criterios, hay indicios claros de que la plataforma colaborativa ejerce una influencia o control significativos sobre el prestador del servicio subyacente, lo que puede indicar a su vez que debe considerarse que presta también el servicio subyacente (además de un servicio de la sociedad de la información).

<sup>19</sup> Asunto C-434/15.

<sup>20</sup> Este juzgado suspendió el procedimiento iniciado por Asociación Élite Taxi contra Uber Systems Spain S.L planteando en esta cuestión prejudicial al TJUE si Uber debía considerarse servicio de transporte, servicio electrónico de intermediación, o un servicio propio de la sociedad de la información.

<sup>21</sup> Lo que supuso, como se exponía antes, la imposibilidad de aplicar las exoneraciones de responsabilidad estudiadas y la aplicación al caso de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres o «LOTT».

<sup>22</sup> En este caso AHTOP, *Association pour un hébergement et un tourisme professionnels* (Asociación para la defensa del alojamiento y el turismo profesionales) solicitaba que Airbnb dispusiera de la tarjeta profesional que la *Ley Hoguet* exige a determinados agentes.

<sup>23</sup> Asunto C-390/18.

<sup>24</sup> Quizá deba entenderse la «influencia decisiva» como la forma de sintetizar los tres criterios de la Comisión Europea expuestos anteriormente.

<sup>25</sup> Son muchos los autores que se han pronunciado en contra de que Airbnb deba considerarse una plataforma intermediaria. En este sentido, MARTÍNEZ NADAL, A. (2021). COVID-19, alquiler turístico y políticas de cancelación ¿emergencia en tiempos de pandemia de la oculta(da) naturaleza de las plataformas digitales? *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 32, 9 y CUENA CASAS, M. (2020). «La contratación a través de ...» *cit.* 318.

<sup>26</sup> Se recomienda la lectura de RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I. (2017). El servicio de mediación electrónica y las plataformas de economía colaborativa. *Revista de Derecho mercantil*, núm. 305/2017, 181-216.

<sup>27</sup> Que media entre aquellos que desean acceder a deportes de aventura y aquellos que ofrecen este tipo de servicios.

<sup>28</sup> Además, se puso de manifiesto que no estaba inscrita en el Registro de empresas y establecimientos turísticos de Castilla-La Mancha ni disponía de licencia de actividad.

<sup>29</sup> Con elementos propios y otros análogos a la mediación, corretaje o mandato, en cuya regulación serían aplicables lo dispuesto en el código de comercio y lo dispuesto en el artículos 1709 del código civil.

<sup>30</sup> Esto es, la posibilidad de que los usuarios que ya han usado el servicio opinen sobre el mismo, para que otros usuarios interesados en él, tomen una decisión al respecto (es lo que se denomina sistemas de reputación).

<sup>31</sup> En este sentido, es cierto que quizá debería valorarse, como dice MONTERROSO CASADO, E. (2019). Responsabilidad civil por daños derivados del alojamiento colaborativo. En: M. Goñi Rodríguez de Almeida (dir.) *Conflictos y retos jurídicos del alojamiento colaborativo (a través de plataformas electrónicas)*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. 216, la imagen de apariencia de garantía del servicio (...) es decir, que el usuario contrata con una percepción de que el alojamiento cumplirá con los requisitos y las condiciones anunciadas.

<sup>32</sup> Entiende aquí la Audiencia Provincial que la responsabilidad es contractual: «la acción aquí ejercitada es de naturaleza contractual de intermediación digital» (Fundamento de Derecho Cuarto).

<sup>33</sup> No puede perderse de vista que normalmente una plataforma es desarrollada, explotada y administrada por una sociedad mercantil, cuya actividad, fácilmente podría encajar en el concepto de empresario regulado en el artículo 4 TRLGDCU.

<sup>34</sup> Debe recordarse que la Comisión Europea en su Comunicación sobre una «Agenda Europea para la economía colaborativa» anteriormente referida, señaló, expresamente lo siguiente: «la legislación de la UE sobre consumidores se aplica a cualquier plataforma colaborativa que reúna las condiciones para ser considerada un «comerciante» y que participe en «prácticas comerciales» frente a los consumidores».

<sup>35</sup> Su apartado 1 dispone lo siguiente: «antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato y oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas».

<sup>36</sup> En esta resolución se aplica el citado precepto del TRLGDCU y el artículo 17 LSSICE.

<sup>37</sup> Además, añade a su conclusión que, su actividad no se puede subsumir bajo el concepto de intermediario, en su modalidad de alojamiento de contenidos de terceros, que le exima de responsabilidad por la ilicitud de tales contenidos.

<sup>38</sup> Artículo 15 de la DCE, a cuyo tenor: Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.

<sup>39</sup> No estamos seguros de que analizar si esta plataforma es o no intermediaria (que, conforme los conceptos que hemos visto pareciera que sí) sea el criterio más acertado, pues aun considerándola intermediaria, el resultado hubiera sido el mismo: al tener conocimiento de la información que almacena, no aplica la exoneración de responsabilidad de la LSSICE (y la DCE).

<sup>40</sup> Además, sostiene que «este requerimiento se puede cumplir bloqueando el acceso al sistema de dichos artistas u obras en cuestión, dado que el formulario de acceso y la base de datos permite tener constancia de los artistas de cada fichero sin necesidad de realizar un rastreo general».

<sup>41</sup> El estafador, en este caso, no se hacía pasar por el propietario de la vivienda, sino por la propia plataforma intermediaria.

<sup>42</sup> Los correos electrónicos se enviaban desde direcciones como support@supporthomeaway.co.uk, payments@support-homeaway.co.uk.

<sup>43</sup> Llama la atención que la plataforma disponga de una «Garantía de Alquiler Básica» en la que se ofrece el reembolso «a las personas afectadas por propiedades no legítimas a través de nuestro portal o *phishing*, hasta un máximo de 700 GBP u 800 EUR del precio del alquiler de los inmuebles que se anuncian en nuestros sitios web».

<sup>44</sup> Finalmente, destaca en esta sentencia la afirmación de que «la actividad de HOMEAWAY SPAIN SL, no es de intermediación inmobiliaria (...) sino que se dedica a la publicidad de ofertas de contratos de arrendamiento temporal de inmuebles».

<sup>45</sup> Lo cierto es que podría haber sido aún peor: llegada la fecha del viaje, Dña. Pilar hace el viaje a Italia y se encuentra con la inexistencia de tal vivienda.

<sup>46</sup> Esto es porque se declaró la abusividad de algunas condiciones generales del servicio de *Homeaway*, conforme había solicitado la recurrente. En concreto, se declaró abusiva, y con ello, nula, la cláusula 6.2. que pretendía la exoneración de responsabilidad de la plataforma por «cualquier información o datos fraudulentos que puedan aparecer en el portal (...) cualquier reclamación por parte del Viajero relativa a toda la información o dato fraudulento debe remitirse al propietario y no al Proveedor», lo que, a juicio de la Audiencia Provincial «supone una limitación de los derechos de reclamación e indemnización de los usuarios, respecto de los recogidos en la ley».

Adicionalmente, se declara la nulidad de la cláusula 14, que establecía que *Homeaway* «no puede ser considerado responsable de ningún daño resultante de la relación entre el Propietario y el Viajero (...) incluso si el Proveedor fue avisado por la eventualidad de tal perjuicio», lo que, según la Audiencia Provincial, «supone una exoneración de responsabilidad incluso en los supuestos en los que el artículo 16.1 LSSI impone la responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan las funciones que se identifican con HOMEAWAY SPAIN S.L.», lo que «implica una restricción de los derechos del usuario», siendo calificada finalmente como abusiva, y con ello, nula. Como es de suponer, no hubo condena en costas para ninguna de las partes.

<sup>47</sup> Actualmente es «*Vrbo*», plataforma que según su propia página web se dedica a «conectar» a propietarios de inmuebles con «familias que buscan alojamiento», motivo por el que podría encajar en nuestra definición de plataforma de mediación electrónica.

<sup>48</sup> Se recomienda encarecidamente la lectura de ÁLVAREZ MORENO, T. (2021). *La contratación electrónica mediante plataformas en línea. Modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*. Madrid. Reus. 256 y siguientes.

<sup>49</sup> Quizá el matiz que aquí se expondrá fue el motivo que llevó al TSJ de Cataluña (cuya sentencia anula el TS) a afirmar que el caso *Airbnb* era de «escasa relevancia para el presente litigio».

<sup>50</sup> Que como sabemos, identificó como intermediación.

<sup>51</sup> En palabras de ÁLVAREZ MORENO, T. La contratación electrónica mediante..., *cit.* 263: Esta confusión del Tribunal Supremo en la distinción entre la existencia o no de un papel activo en la gestión de ofertas, que hace perder la neutralidad tecnológica a la plataforma, y por lo tanto responder por los contenidos que gestiona, y que la plataforma tenga influencia dominante (...) lleva al Tribunal Supremo a estimar el recurso de *Homeaway* y equivocarse en su fallo.

<sup>52</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) número 2/2022, de 7 de enero de 2022.

<sup>53</sup> En concreto, *Airbnb Ireland* y *Airbnb Online Services Spain* S.L. (hoy *Airbnb Marketing Services* SLU).

## 1.7. Concursal

# La institución del concurso de acreedores y la realización de la justicia. Un análisis histórico-jurisprudencial

## *The Institution of Insolvency and the enforcement of the justice. A historical analysis of judgments*

por

JUAN PALAO UCEDA  
*Doctor en Derecho*  
*Universidad Francisco de Vitoria*

**RESUMEN:** El presente artículo se adentra en las funciones mediadora y de justicia entre los acreedores propias de las instituciones concursales, ofreciendo un trato paritario a los mismos en similares circunstancias ante la concurrencia crediticia adherente a toda situación de insolvencia. Se estudia en particular cómo dicho ideal se realizaba en el anterior y en el actual régimen concursal. En dicho análisis se puede entrever la parcial cesión de dicha primacía de la *par condicio creditorum* a nuevos condicionantes introducidos por el actual sistema concursal. El artículo cierra con una firme exhortación a perpetuar la justicia entre los acreedores como el utillaje y la herramienta más a propósito para apuntalar la protección del crédito y el fortalecimiento de la inversión en nuestro sistema legal.

**ABSTRACT:** *This article focuses on the role of legal bankruptcy institution to promote the enforcement of both, mediation and justice among creditors. It tries to achieve an equal treatment to creditors in similar. In particular, this piece of work deals with both former and current Spanish insolvency procedure. In this analysis, it is possible the loss of primacy of the par condicio creditorum towards new values introduced by the new insolvency act. The article concludes with a strong call to preserve a just treatment among creditors as tool to strength both the uphold of the credit and the protection of investments.*

**PALABRAS CLAVE:** Concurso. Suspensión de pagos. Quiebra. Justicia. Protección de los acreedores.

**KEY WORDS:** *Insolvency procedure. Bankruptcy. Justice. Creditor protection.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN Y DEFINICIÓN DE INSTITUCIÓN.—II. EL SISTEMA CONCURSAL DEL ANTIGUO RÉGIMEN: 1. LA DUALIDAD DE INSTITUCIONES

CONCURSALES. 2. LA JUSTICIA Y LAS CUESTIONES SUSTANTIVAS DE LA QUIEBRA: A) *Par condicio creditorum*. B) *Las acciones de retroacción*. C) *El expediente de Suspensión de Pagos para los casos necesarios*. 3. LA JUSTICIA CONCURSAL Y SUS EFECTOS ECONÓMICOS: A) *La protección del crédito comercial*. B) *La desinversión transitoria y los efectos de la reasignación de recursos*.—III. RÉGIMEN CONCURSAL ACTUAL: 1. LA UNIFICACIÓN DE TRÁMITES EN UN PROCESO ÚNICO. 2. LA JUSTICIA Y LAS CUESTIONES SUSTANTIVAS DEL CONCURSO DE ACREEDORES: A) *Limitación de la «par condicio creditorum»*: a) La restricción de la rescisión de actos del deudor común. b) Las devoluciones contra la masa por el ejercicio de acciones rescisorias. c) Los nuevos créditos nacidos con la continuación empresarial. 3. LA JUSTICIA Y LAS CUESTIONES PROCESALES DEL CONCURSO DE ACREEDORES: A) *El fin transaccional del proceso*. B) *Supresión del principio de prueba en la inclusión de créditos*. C) *Supresión del principio de justicia rogada*.—IV. LA JUSTICIA ENTRE LOS ACREEDORES COMO PRINCIPAL PILAR DEL CONCURSO.—V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN Y DEFINICIÓN DE INSTITUCIÓN

El advenimiento de continuas, recientes y serias reformas de la institución del concurso de acreedores en España ha venido a traer de actualidad el análisis de los pilares de la misma. Como propedéutica previa de esta modesta contribución a dicho proceso de repensamiento y reflexión concursal es conveniente recapitular sobre el concepto mismo de institución.

La exégesis etimológica más plausible del término institución parte de identificar su prefijo *in* con el significando de hacia, para y *sto, stare, statum* en el sentido de lo establecido o erigido. De la unión de ambas partículas resulta una definición etimológica tocante a aquello que está establecido hacia un fin o a lo erigido en función de un meditado propósito.

Esta definición etimológica hace inteligible la gran versatilidad del término y cómo ofrece un extenso terruño donde diversidad de conceptos puedan estrechar sus raíces. Así, a lo instituido para el cuidado, educación y protección de las nuevas generaciones se nombró institución familiar, aquello que nació para vehicular y dar próspero cauce a las relaciones jurídicas de intercambio tomó el distintivo de institución civil o mercantil (contratos de compraventa, permuta,...), etc. Por último, dentro de las mismas encuentra singular relevancia la institución del Estado ideada para prevenir un agente ordenador bajo cuya tutela se diera traza a la paz y a la colaboración entre los hombres.

La institución del concurso de acreedores también tiene su causa genésica. Ha sido erigida como compleja y entretrejida urdimbre de reglas sustantivas y procesales a través de una gran aparato de artículos y disposiciones, que casi demandan para sí una especialización singular y exclusiva del jurista, de ahí su ardua exégesis.

Invitados por este tiempo de reformas y mudanzas, encontramos coyuntura propicia para remontarnos jurisprudencialmente al fin y a los propósitos que impulsaron su irrupción en el horizonte institucional jurídico de suerte que, teniendo ante la vista este norte y lucero, barruntar si en el presente tales principios ordenadores siguen animando y gobernando su marcha o, más bien, han podido separarse de su prístino puerto para conducirse a nuevos e ignotos horizontes. En este segundo caso se nos apresta una segunda consideración y es la que toca a la conveniencia de este nuevo y emprendido rumbo.

Consideramos todo ello no sea que, habiéndose alterado la finalidad de esta institución y demudado su primera faz, la propia funcionalidad a la que estaba convocada haya quedado desatendida.

Nuestra pregunta es clara ¿puede todavía, este complejo aparato normativo, fecundado de múltiples especialidades jurídicas dentro del derecho común y en constante proceso de revisión de horizontes, enriquecerse más en la diacrítica función encomendada con la instrucción de la experiencia?

## II. EL SISTEMA CONCURSAL DEL ANTIGUO RÉGIMEN

Sucinto y preciso es el fin cuya persecución se reputaba lícito y digno para el ordenamiento de quiebras previo a la actual regulación como es el pago de los acreedores<sup>1</sup>.

Su aparato, sin embargo, divergía en determinados puntos del actual régimen, los cuales a continuación se relacionan.

### 1. LA DISPARIDAD DE INSTITUCIONES CONCURSALES

El antiguo régimen de quiebra estaba dotado principalmente de dos instituciones para los comerciantes: El proceso de quiebra y el expediente de suspensión de pagos.

En primer lugar, la quiebra vertebraba un verdadero proceso de ejecución universal<sup>2</sup> abocado, únicamente, al pago de los acreedores<sup>3</sup>, flameante y conspicuo gallardete bajo el cual militaba el conjunto de sus decimonónicas disposiciones.

En segundo término, la suspensión de pagos que, como expediente<sup>4</sup>, no terminaba en sentencia o ejecución sino en un convenio aunque tenía el mismo sentido de pago de los acreedores<sup>5</sup>. Esta última fórmula era pues apta para ser despojada del garantismo, adherente a todo cauce procesal y, aliviada de trámites, vadeaba rigorismos y permitía una más flexible adecuación al cauce de conciliación y transacción para aquellos deudores comunes que, atendiendo a su dimensión, capitalidad o especial situación, era necesario o ágil que continuaran su actividad o se acogieran a ese trámite sin más<sup>6</sup>.

Por ello, tras la declaración de suspensión de pagos, se permitía seguir aceptando acciones singulares contra el suspenso<sup>7</sup> (únicamente se suspendía su ejecutoriedad<sup>8</sup>) algo que no procedía en el juicio de quiebra que tenía *vis atrativa* de todas las demandas o procesos ulteriores como verdadero proceso universal<sup>9</sup>.

Esta diversidad de institutos<sup>10</sup> se traducían en un tratamiento más casuístico, personalizado y acomodado a la particular idiosincrasia empresarial y financiera del deudor común pero que, en muchas ocasiones, le empujaba a una forzosa peregrinación entre los dos trámites establecidos<sup>11</sup>.

### 2. JUSTICIA Y LAS CUESTIONES SUSTANTIVAS EN LA QUIEBRA

#### A) *Par condicio creditorum*

Queriendo pues amparar al juzgador en una distribución equitativa y proporcional del haber entre los acreedores, alejándose de injustos y excluyentes repartos entre los mismos, el amplio alcance de las antiguas acciones de retroacción



propendía a recrear un prístino escenario en donde, retornando todos los bienes al deudor común que salieron de su patrimonio con posterioridad al momento de la concurrencia real de la quiebra<sup>12</sup>, se permitía una verdadera aplicación ulterior de la «par condicio creditorum» sobre todo lo recobrado.

Era pues el imperativo de justicia el que con más veras postulaba esta retroacción agravada de suerte que no se abrigaran tratos preferenciales espurios en función de la rapidez, propincuidad, amistad, tiempo, industrias, etcétera esgrimidos por acreedores particulares.

#### *B) Acciones de retroacción*

Entendía el legislador decimonónico que había de reintegrarse a la masa activa de la quiebra todo aquello que había salido de su órbita y se encontraba en manos extrañas desde el momento en el que la quiebra ya había afligido el ánimo del deudor común y aturcido su discernimiento, moviéndole a desterrar todo comedimiento y medida en sus actos en forma de préstamos usurarios, negocios torpes, liquidaciones precipitadas e, incluso, en operaciones de dudosa legalidad.

De ahí que se escogía de forma discrecional por el órgano juzgador una fecha de retracción correspondiente al momento reputado como el inicio de su quiebra económica que bien se podía remontar varios años e incluso décadas atrás de la efectiva declaración jurídica de la misma. A partir de ese momento escogido eran nulos de pleno derecho «todos los actos de dominio y administración» realizados por el quebrado<sup>13</sup>.

Deshaciéndose así las operaciones habidas durante ese estado de quiebra económica, se deshacían todas las disposiciones patrimoniales de ese periodo para conformar una única e indivisa bolsa común de la cual, atendiendo a la singularidad de sus créditos<sup>14</sup>, todos los acreedores percibieran, conforme a los fueros de la proporcionalidad y la justicia, cierta refacción para paliar la inanición financiera causada por el quebrado.

Estos trámites y diligencias dispensaban un trato ecuánime y justo a todos y cada uno de los acreedores de fecha muy anterior a la efectiva declaración jurídica de la quiebra. Ciertamente entendía el legislador que el estado financiero mórbido que sufría ya el cuerpo empresarial, había sido ocasión de tratos, arreglos y negocios torpes y descomedidos ultimándose así negocios ruinosos, obteniéndose créditos usurarios, despachándose pagos selectivos en atención a la propincuidad con el deudor común, la insistencia o astucia del acreedor, etc. y eso siempre que el fraude y el engaño no hubieran aconsejado los actos del quebrado.

#### *C) Expediente para los casos necesarios*

Si bien el proceso de quiebra estaba naturalmente inclinado a la liquidación del patrimonio del deudor al objeto de satisfacer las deudas, templaba esta rigurosidad ejecutiva, como dijimos, un expediente, en el sentido de no procesal y no encaminado a la realización de esta justicia pretendida, en el que se daban cita deudor común y acreedores para tratar de llegar a un acuerdo amistoso que impidiera la desinversión momentánea adherente a toda quiebra o liquidación de patrimonio activo generador de riqueza.

En ocasiones, por la envergadura de las sociedades o por puntuales causas de interés público, no se avenía a la conveniencia una directa disolución y liqui-

dación de la sociedad y sus activos sino que, más bien, sin preterir ni posponer las lícitas pretensiones de los acreedores, se abría una estancia intermedia que pudiera acoger inteligencias entre los acreedores y el deudor común para un pago mediando tan solo una suspensión de pagos, la cual informaba y daba ser al trámite homónimo preconcursal. Posteriormente el expediente también amparó la introducción de quitas en el plan de cumplimiento<sup>15</sup>. Todo ello, en gran medida, encaminado a la continuación de la actividad del deudor común.

Siempre se evaluaba si la insolvencia era provisional o definitiva a efectos de permitir a los acreedores desembarazarse del expediente pertrechando el trámite de reparto del activo con la solemnidad y el garantismo procesal de la quiebra.

Pero también en la quiebra, como en todo proceso, se daban convenios supuesta la eliminación de trabas, gastos y trámites anejas a toda composición de pareceres y ejecución voluntaria de lo pactado, facilitando con ello un más temprano cierre del proceso<sup>16</sup>.

### 3. JUSTICIA ECONÓMICA: EFECTOS ECONÓMICOS

#### A) *La protección del crédito comercial*

Ciertamente estos pagos arbitrados por la justicia eran oriundos de la defensa del crédito en el sentido de confianza (del latín *credere*), que los acreedores habían concedido al deudor común (otorgando moratorias, créditos, aplazamientos, etc.), la cual, tras la exteriorización de su situación de quiebra, se había visto frustrada.

De este «crédito» depende la segura y adecuada marcha del sistema económico, en tanto la inseguridad, los recelos, las sospechas e incertidumbres de los inversores y acreedores mal se avienen con un sistema económico dinámico, próspero y saludable, de ahí el interés público en su sostenimiento<sup>17</sup>.

El entendimiento entre oferta y demanda se obstaculiza y frena en todo momento ante los impagos generalizados e injustos sin una oportuna, rápida y justa liquidación de bienes para el pago de las deudas así como ante la ausencia de un sistema jurídico que atienda las más básicas y fundamentales aspiraciones de los acreedores.

Es así que mostrar una firme resolución y determinación en la defensa de los acreedores, carente de fisuras y ambages, es el más solícito y eficaz fautor de la inversión y la negociación en un ordenamiento jurídico, los cuales, a su vez, son los verdaderos artifices de su producto interior bruto.

#### B) *Desinversión momentánea y efectos de reasignación de recursos*

Se interponía en este normal juego del proceso de quiebra el argumento de que la liquidación de la explotación del deudor común arrastraba necesariamente recursos materiales y personas fuera del juego productivo, restándole fuerzas y medios al sistema económico.

En un sistema jurídico justo y seguro, hecha la excepción de grandes empresas o empresas con singularidades (financieras, sectoriales, etc.), los recursos que excusa el sistema económico de su corriente pronto volverán a ser acogidos en su dinámico cauce por vía del incesante dinamismo creador de otras actividades o iniciativas.

Sería locura disponer el escudo concursal sobre empresas que atan trabajadores y recursos materiales a inusitadas prestaciones u obsoletos productos (v.gr. La producción de bombillas convencionales o discos de vinilo) de suerte que estorban e impiden su pronta y adecuada reasignación a actividades o sectores con más halagüeña y próspera ventura por su adaptación tecnológica o humana<sup>18</sup>.

Y pues la frontera de posibilidades de producción meridianamente nos instruye acerca de la imposibilidad de dilatar y extender los recursos presentes en una economía sin límite ni coto, aconseja la prudencia un oportuno y rápido tránsito de los mismos de unas actividades a otras.

Especialmente significativa es esta reasignación de recursos en los tiempos presentes, por el constante y exponencial avance tecnológico, que anima una paulatina reestructuración y adecuación de sectores enteros de la economía. Por ello la liquidación de proyectos empresariales quebrados ha considerarse inevitable y salubre para la competitividad de una economía.

Durante estos constantes momentos de reasignación, sin embargo, tendremos recursos desocupados y un paro flotante o por fricción<sup>19</sup> que será reabsorbido cíclicamente si se observan los principios de justicia y ecuanimidad en el tráfico comercial. En esos lapsos temporales las personas deben ser sostenidas por políticas públicas de subsidios en tanto aguardan una nueva ocupación que no se dilatará en exceso constantes una estabilidad y seguridad jurídicas adecuadas.

Fijar puestos de trabajo de forma indefinida en actividades que no auguran esa competitividad futura, es ahondar más en la sima inadaptable de la economía y el mercado.

### III. RÉGIMEN CONCURSAL ACTUAL

#### 1. PROCESO ÚNICO

El nuevo proyecto concursal abanderó la priorización de un cauce procesal único apto para la canalización de todas las situaciones de insolvencia confiando a una diversidad de presupuestos de apertura la moderación o acrecentamiento del rigor, las diligencias y las garantías que habrían de jalonar el proceso.

Esta medida permitía la unificación de procesos y, si fuera suficientemente versátil, un único cauce que pusiera trabas y obstáculos a la anterior coreografía entre suspensiones de pagos infructuosas y ulteriores quiebras.

#### 2. LA JUSTICIA Y LAS CUESTIONES SUSTANTIVAS DEL CONCURSO DE ACREEDORES

##### A) *Limitación de la «par condicio creditorum»*

##### a) Restricción de la rescisión de actos del deudor común

La impronta del nuevo principio configurador del concurso como es la continuación de la actividad del deudor ejerce un compartido gobierno con el invertido principio de la *par conditio creditorum*, despojándole de su anterior solio y del indiviso y omnicompreensivo imperio que hasta entonces ejercía.

Permeando pues el principio de mantenimiento de la actividad del concursado la configuración del actual procedimiento de concurrencia crediticia, este pone trabas y obstáculos ciertos a los mentados trabajos de reintegración a los cuales

la anterior regulación señalaba tan expeditos y allanados caminos. Es laudable este conato en tanto la continuación de la actividad es un fin loable aunque vedado para la gran mayoría de casos.

Así, el mantenimiento de la actividad del deudor común (que demanda el respeto de actos que dieron vado a su continuación) y la *par condicio creditorum*, (que pugna por reintegrar y congelar el activo patrimonial para predisponerlo a una pronta enajenación) son los protagonistas de un encendido y vivo antagonismo en el actual sistema concursal.

Por ello, en virtud de la actual conformación del instituto de la rescisión concursal quedan ajenas a la misma dos tipos de actos del deudor común.

a) En primer lugar los actos de administración hechos en condiciones de mercado anteriores a la declaración de concurso que son la práctica totalidad de los que integran su objeto social<sup>20</sup> como son los suministros. Sin embargo, hemos hecho la experiencia de que tal excepción termina suponiendo que algunos suministradores hayan visto satisfechos sus créditos al momento de la declaración del concurso y otros, desatendidas sus pretensiones por una menor consideración del deudor, deban concurrir al procedimiento y ser pagados en moneda del concurso<sup>21</sup>. También se da el caso de que un acreedor haya podido recibir un pago con exclusión del resto por el mero hecho de haber instado el concurso necesario (que por ello fue archivado) sin posibilidad de ser rescindido en el ulterior concurso<sup>22</sup>, etc.

b) En segundo lugar nos referimos a aquellos negocios jurídicos anteriores a la declaración que, no cayendo bajo la estricta categoría de su objeto social, si que fueron coadyuvantes al mismo permitiéndole continuar con la explotación por un tiempo. En especial estos serían los actos de financiación, y ello aunque v.gr. por mediación y salvoconducto de los mismos algunos acreedores que no tenían deudas garantizadas con créditos territoriales obtuvieran esas garantías para parte de sus créditos anteriores, anteponiéndose así al resto de acreedores<sup>23</sup>. También se ha llegado a permitir que un socio mayoritario y el administrador único de la deudora consiguieran el reembolso no rescindible de los préstamos concedidos durante el periodo de rescisión por haber subvenido con los mismos la prolongación de la actividad de la compañía y ello a pesar de que, en el concurso, hubieran sido créditos subordinados al resto<sup>24</sup>.

La divergencia que dichos principios representan se puede ver muy a las claras en que los dos últimos supuestos mentados están contemplados en las presunciones de lesividad recogidas por la propia Ley Concursal<sup>25</sup>. Sin embargo, su contribución a la prolongación de la actividad, les otorga un nuevo estatuto ante el cual decae toda acción o conato de rescisión.

Queda pues la petición de justicia adherente a todo proceso atada y imposibilitada de desempeñar con total desembarazo su natural cometido por este nuevo principio conformador y conductor del procedimiento.

b) Las devoluciones contra la masa por el ejercicio de acciones rescisorias

A diferencia de las rescisiones del antiguo sistema en donde la devolución al acreedor afectado se hacía en moneda del concurso junto a los demás acreedores, en la actualidad la devolución adherente a la rescisión se entrega al afectado fuera del concurso y con preferencia al resto de acreedores<sup>26</sup>. El legislador trata pues de normalizar aún más el periodo aledaño a la declaración de concurso para no espantar el crédito concedido al futuro insolvente. No obstante consideramos que este privilegio puede restar parte del efecto igualador propio de la generación de

una masa activa única ante la cual todos los acreedores accedan con orden y en idénticas condiciones conforme a su prelación.

De esta forma se otorga una preferencia a los acreedores afectados por los negocios rescindidos pese a encontrarse en el periodo sospechoso y a que muchos acreedores, en idénticas o similares circunstancias y en ese mismo periodo, no hayan recibido una mínima compensación por sus créditos.

Ante esta compleja ponderación de los principios mentados (principio de continuación vs. «par condicio creditorum»), la jurisprudencia gravita sin anclaje firme apoyándose alternativamente en estos dos cimientos que asocia y disocia consecutivamente en atención a las particularidades del caso para rechazar o conceder las acciones rescisorias planteadas. Se adentra así en una casuística continuada favorecida por esta ambivalencia legal.

Al verse imposibilitado de establecer una clara primacía entre ambos principios la jurisprudencia hace descansar la causa de la rescisión o daño a la masa activa sobre la «par condicio creditorum» pero sin acabar de identificarlos<sup>27</sup> pues también subsume bajo la apariencia de inocuidad las bondades de la continuación empresarial, de suerte que la rescisión pueda llegar en algunos casos a lesionar esta pretendida igualdad de trato y a favorecerla en otros.

### c) Los nuevos créditos nacidos con la continuación

Aunque la simplificación en la prelación de créditos del nuevo concurso obrada por el legislador comporta un verdadero avance en la causa de la *par condicio creditorum*, la continuación empresarial del deudor mina desde un flanco distinto sus inveteradas aspiraciones de igualdad de condiciones.

Ciertamente la nueva generación de deudas por efecto y virtud de la continuación empresarial del deudor pueden menguar y menoscabar la más cuidada y valorada prenda del concurso, la masa activa, como en efecto no en pocas ocasiones sucede.

Esta anteposición de nuevos acreedores por créditos generados tras la declaración de concurso que no se sujetan al pago en moneda del mismo si no fueran estrictamente necesarios para la conservación de la masa, atentaría igualmente contra el fuero de la justicia que con tanta prodigalidad en este opúsculo se trata de abanderar.

Por tal hecho la jurisprudencia afirma que dicha continuación es posible brinde ganancias que favorezcan el partido de los acreedores insatisfechos<sup>28</sup>. La continuación empresarial plena es una preciosa y rara perla en el ámbito concursal, por lo que habría que plantearse, en cada caso, si ofrece un verdadero provecho y ventaja a los mismos.

La quiebra pretérita, por su parte, disponía la disolución de la sociedad tras la declaración de la misma por el decoro y la precaución debidos a los acreedores respecto al objeto garantía de su cobro que conducía necesariamente a un paralización y término de la actividad del deudor<sup>29</sup>.

Sin embargo, en muchos casos, aunque no sea ágil la continuación completa de la actividad en su totalidad es necesaria una administración provisora para el mantenimiento del valor y la obtención de los frutos del patrimonio del deudor común, incluso suspendida su actividad normal<sup>30</sup>.

Sería difícil decidir cual de las dos vías es la que presenta una más coherente conciliación de los intereses involucrados pero, ante las situaciones habidas, la discreta experiencia nos aconseja, para favorecer con más veras un buen tér-

mino del concurso, apostar por la integridad y protección de la masa sometida a una desposesión civilísima para el pago de las deudas pendientes<sup>31</sup> más que arriesgarse a una continuación sin verdaderas garantías y acometida siempre en posible mengua de los acreedores. De ahí que el legislador con buen juicio haya ido facilitado paulatinamente los trámites liquidatorios en el concurso en las sucesivas modificaciones legales.

### 3. LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA EN LAS CUESTIONES PROCESALES

#### A) *El fin transaccional del proceso*

La Ley Concursal asumió como propias las aspiraciones del antiguo expediente de suspensión de pagos ante la existencia de un solo cauce procedimental<sup>32</sup>. En efecto la agilidad y su versatilidad para resolver con prontitud (y en ocasiones permitiendo el mantenimiento de la actividad del deudor común) el trámite de concurrencia crediticia avalaba tal inclinación.

La naturaleza no procesal de este ya quedó referida y mentada, circunstancia esta que condicionaba su ulterior desenvolvimiento pues en este expediente la encomienda dirigida al juez en manera alguna se ceñía a su acostumbrado cometido de juzgar<sup>33</sup> o hacer ejecutar lo juzgado sobre los haberes del deudor.

Su peculiar fisonomía le movía con su autoridad más bien a una supervisión para permitir una relación de acreedores, presupuesto y base de la lista votantes (frente a lista de prelación al pago de la quiebra) en la que algunos tenían derecho de abstención y otros eran arrastrados por el parecer de la mayoría<sup>34</sup>. En efecto esta lista se creaba para concitar a todas las partes a un conato de entendimiento en ausencia del cual la quiebra siempre era una vía expedita en donde, ahora sí, al tratarse de un proceso, algunos tenían derecho de ejecución separada y otros no.

En el actual proceso el derecho de abstención y ejecución separada parece se unen por la unificación de los trámites de la actual institución concursal<sup>35</sup> aunque con diferentes matices y posibilidades.

El nuevo proceso concursal, obviando la naturaleza no procesal de la suspensión de pagos que permitía una flexibilización de los trámites y finalidades pretendidos, se acoge al convenio o transacción entre acreedores y deudor como primer y prioritario fin<sup>36</sup>, término ajeno a un proceso judicial cuyo teleología descansa en la impartición de justicia y su ejecución.

De este modo se auspicia frecuentemente la continuación de la sociedad frente a cualquier otro término o conclusión, sujetando el normal proceder judicial en pos de una aspiración que, aún laudable, no le es propia y tampoco puede llevarse a término por la elevada tasa de liquidaciones habidas<sup>37</sup>.

Dotado el proceso concursal inicialmente con un sin número de ropajes transaccionales que frenaban la liquidación perentoria y rápida del haber del deudor, paulatinamente se han ido despojando de los mismos en las sucesivas modificaciones<sup>38</sup>. Muestra así, en su actual desnudez, la esencia procesal que los ornatos y aditamentos convencionales antes hurtaban a la vista.

#### B) *La supresión del principio de la prueba en la inclusión de los créditos*

Para la impartición de la justicia y la ejecución de la misma se requiere una revisión de los títulos de aquellos que demandan su amparo y tutela. En efecto

todo proceso universal requiere un declarativo inicial que no solo establezca la concurrencia del presupuesto de apertura sino que, más allá, prevenidos por una correcta ponderación y análisis de los títulos justificativos de deuda, declare los importes debidos a cada uno de los acreedores como se haría en cualquier proceso singular de reclamación de deuda.

De ser estos títulos torpes, fraudulentos o espurios y no conceder acción al demandante, ha de ser rechazada la acción y desestimado su derecho no solo en beneficio del concursado sino de toda la comunidad de acreedores<sup>39</sup>.

Pues bien, la desafección del concurso a determinadas garantías procesales en pos de una mayor flexibilidad tal como se permitía en la suspensión de pagos, en la que era el propio deudor común el que elaboraba la lista de acreedores<sup>40</sup>, maguer aprovecha en una mayor agilidad para el reconocimiento de créditos, igualmente, inclina inclusiones crediticias sin soporte documental alguno, en tanto estén presentes en la contabilidad del deudor<sup>41</sup>.

Un proceso, en rectos principios, repugna cualquier amparo innmercido y hay que tener en cuenta que la anatomía del proceso concursal consta de un proceso declarativo previo cimiento imprescindible sobre el que ha de descansar una ulterior y cabal ejecución universal.

La experiencia nos ha mostrado que cualquier inclusión indebida de acreedores perjudica al resto en sus propias pretensiones. Así basta con que haya un asiento contable que advere una partida pasiva para que la administración concursal se vea forzada a su inclusión en la lista de prelación al pago cuando puede haber erratas en dicha contabilidad o incluso mediar una manipulación fraudulenta de la misma<sup>42</sup>.

### *C) La supresión del principio de justicia rogada*

Otro elemento que también desdibuja la naturaleza procesal de estos trámites, en muchos casos, en perjuicio de la comunidad de acreedores y del propio deudor común, es la desatención del principio de justicia rogada.

Si la inclusión de créditos se produce de oficio, apoyándose en la contabilidad del deudor como la ley ordena, se ha dejado también una vía expedita a la inclusión indiscriminada de créditos cuyos titulares, en manera alguna habían insinuado sus reclamaciones al proceso quizá por desinterés, pagos no registrados, falta de acción o por otra causa.

Así se abre un vado por donde podría inferirse una merma o menoscabo a los intereses de aquellos que, con la debida solicitud y diligencia, haciendo acopio de la documentación justificativa de sus créditos, habían instado en tiempo y forma a la administración del concurso a contabilizar sus créditos.

## IV. LA JUSTICIA ENTRE LOS ACREEDORES COMO PRINCIPAL PILAR DEL CONCURSO

Es propio del Poder Judicial como nuestra carta magna establece, «en todo tipo de procesos, juzga[r] y hac[er] ejecutar lo juzgado» declinando en el siguiente apartado otras funciones a excepción de aquellas dispuestas para la salvaguarda «de cualquier derecho»<sup>43</sup>. Y pues es inherente a la función de juzgar la apreciación de lo justo y la justicia, son estas las prendas que con más esplendor y lucimiento adornan el ejercicio jurisdiccional.



Ciertamente es el primer y principal cometido del juez contribuir a la realización de la justicia, determinando, ante diferencias y desavenencias, el cauce por el que han de conducirse las mismas.

En lo que toca a la insolvencia, su exteriorización manifiesta un verdadero desaguasado económico así como una compleja urdimbre de intereses y derechos entretreídos, merced a los cuales se pone a prueba casi hasta la extenuación los resortes del ordenamiento jurídico, debiendo el legislador primero y el juez después componer diferencias y ponderar circunstancias de tan difícil estimación y jerarquización, que se antoja ingenuo pensar en un cabal despacho de todos los derechos o pretensiones de las partes implicadas.

Sin embargo, a pesar de las denegridas bardas y celajes que nos imponen las enmarañadas circunstancias y la pluralidad de partes, justo es que se imponga la luz de la justicia entre el mayor número de acreedores como verdadero fanal y lucero para la circunnavegación de las causas por el proceloso y confuso mar de los concursos.

En efecto, cuando el deudor común es alcanzado por el infortunio financiero, es frecuente que precipite tras de sí a un sin número de operadores y compañías que le circuyen en el convulso y estertóreo tránsito empresarial hacia su desaparición, aquejado el cuerpo empresarial por incontables padecimientos y zozobras financieras.

Esa pluralidad de lesiones de intereses ajenos demanda un justo y ecuánime tratamiento conforme a la calidad de los créditos y reclamaciones en ocasiones desentendiéndose de lícitos intereses y demandas particulares en pro de una igualdad y equiparación generalizada de todos los acreedores conforme a unos cauces de prelación establecidos. Aquí es preferible que hagan manida el menor número posible de excepciones y cobros fuera del concurso o contra la masa.

En primer lugar, frente a la ordenada y ecuánime distribución del haber del insolvente, la continuación solo puede abrirse paso cuando razones de interés público lo aconsejen (por la capitalidad de la compañía, su tamaño, etc.) o cuando de las halagüeñas circunstancias dadas, se derivan serias y fundadas expectativas de mayores beneficios para los acreedores siempre y cuando estos así lo concedan.

Todo lo que trascienda esta prudencial apreciación, trasciende el ámbito de la justicia puesto que la inviabilidad o viabilidad de una sociedad es más un hecho económico que jurídico y, por desgracia, no está bajo la potestad ni discrecionalidad de la ley o del juez asegurar el mantenimiento y continuación de la actividad del deudor común fuera de un temporal alivio financiero.

Más bien es en este punto la propia realidad la que nos alecciona acerca de la marginalidad de esta continuación y como el sistema económico, en sus continuas, repentinas e inveteradas mudanzas, acendra y acrisola el mercado de explotaciones ineficientes, obsoletas, etc.

Sin embargo, un sistema legal, serio y confiable será el almo y acogedor suelo donde puedan arraigar y prosperar la multiformes y variadas iniciativas empresariales, absorbiendo en su constante proliferación a aquellas personas y recursos sin empleo que los previos fenecimientos empresariales abandonaron a su paso.

Ante esta cambiante realidad debe existir un procedimiento de ejecución universal como verdadero monumento y representación de la responsabilidad adherente a los impagos generalizados.

No obstante lo cual entendemos con el legislador que, en ocasiones, es ágil y preferible negociar con el insolvente por las causas antes descritas. Por ello sería bueno como en el anterior sistema otro vehículo no procesal ni abocado a una sentencia y su ejecución, que, salvando el lastre de rigor, inflexibilidad y

coste procesal, se arrogará este papel de forma más ágil y rápida, tal y como ya postulaba el anteproyecto de Ley Concursal de 1995<sup>44</sup>.

Atendiendo a la experiencia hecha en este campo, tal y como el mentado anteproyecto hacía, dicho remedio debería estar fiscalizado por unos presupuestos de apertura mucho más exigentes y rigurosos financieramente hablando para que no se introdujeran a socapa deudores comunes con explotaciones realmente deficitarias y sin prospectiva halagüeña en merma de las garantías procesales de los acreedores.

Esta circunstancia aprovecharía más como una nueva e injustificada dilación en la satisfacción de los intereses de los acreedores y un sobrecoste añadido que caería injustamente sobre los mismos.

Sujetar a la masa activa del concurso, en muchos casos impotente para despachar un pago íntegro a los acreedores, a la rigurosidad de nuevas deudas y exacciones generadas por la continuación de la actividad tras el concurso, resulta a todas luces una quiebra de los legítimos derechos de los acreedores a cobrar proporcionalmente del haber del deudor.

De forma intemporal los autores clásicos han ensalzado la justicia particular del gobernante como incalculable prenda de las naciones bien ordenadas, verdadera garante del orden y la paz en las sociedades humanas. Sin esta, presto están los hombres a levantar revueltas y sediciones<sup>45</sup> y, en materia económica, a desentenderse del orden que le desampara su posición y su derecho dirigiéndose hacia otros países y entornos más apacibles y favorables para él<sup>46</sup>.

Y si la justicia es según ULPIANO «la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho»<sup>47</sup>, en nada ha de estorbar el ordenamiento al despojar al deudor de lo debido y entregárselo a los acreedores, conservando aquí también cierta equivalencia entre ellos. Todo ello cuando otros valores de mayor justicia otra cosa no aconsejen (interés conocido en la continuación empresarial, mejor pago ante la espera, etc.).

Por ello debe ser el primer conato del ordenamiento la defensa del crédito, en sentido de seguridad jurídica comercial, que siempre se ha hecho gravitar sobre la comunidad de acreedores y no sobre acreedores singulares que, hasta la oficialización de la situación concursal, han podido verse beneficiados indebidamente del trance que el concursado atravesaba.

Por imperativos también de Justicia, debe dejarse fuera de esta ecuación a las personas físicas pues su dignidad sobrepuja y trasciende con mucho estos intereses de seguridad jurídica por dos razones esencialmente.

En primer lugar por tratarse la dignidad humana de un incontrastable valor que sobrepuja con mucho los derechos de cobro de los acreedores y, en segundo lugar, por no constituir el crédito comercial, en sentido estricto, el móvil de los acreedores para conceder crédito a una persona física sino, más bien, otro género de condicionantes.

En estos casos la propia justicia, ponderando dichos valores, ha aconsejado que se abra un vado por donde el deudor común, persona física, pueda transitar por el procedimiento de ejecución universal hacia una vida digna ulterior sin cargas que asfixien y yugulen cualquier traza de recuperación futura<sup>48</sup>.

## V. CONCLUSIONES

I. Entendiendo que toda institución es una creación para un concreto fin, es capital recapacitar de tiempo en tiempo acerca de los fines que dieron origen a las mismas al objeto de determinar su actualidad u obsolescencia.

II. La experiencia parece habernos insinuado que el antiguo sistema concursal patrio con sus dos institutos diferenciados, uno procesal (Quiebra) y otro convencional (Suspensión de Pagos) con sus limitaciones y errores, presentaba un rango de fórmulas más adaptado al particular tratamiento de la insolvencia que en cada caso se demanda por las situaciones financieras y empresariales del deudor, tal y como postulaba el anteproyecto de Ley Concursal de 1995.

Esto ha sido puesto muy a las claras por la paulatina dotación y aderezo, a través de las sucesivas modificaciones de la Ley Concursal, de un zaguán o antesala al procedimiento concursal para flexibilizar y agilizar las transacciones y entendimientos preconcursoales.

III. Sustantivamente la anterior regulación permitía, a través de una dilatada reintegración, la reconstrucción de un marco más igualitario y ecuánime para todos los acreedores.

En este sentido, la comunidad de acreedores siempre ha representado el crédito comercial, el cual ha sido la flámula y el gallardete que animaron la génesis de la institución de concurrencia crediticia y su justicia.

IV. Coincidimos en que toda desaparición empresarial, fruto de una liquidación, implica una desinversión momentánea de recursos de toda índole en el sistema que ha de prevenirse si es posible. Sin embargo esta desinversión no es sino el natural fruto de la catarsis económica cíclica que expele de su seno actividades ineficientes u obsoletas. Sin ella la vida de las economías, en un ininterrumpido dinamismo de adaptación y avance, se vería seriamente lastrada y obstaculizada.

V. El intento de favorecer la continuación empresarial del deudor común en todo tiempo, parece indicarnos la experiencia, ha devenido en un óbice para la realización de esta justicia entre deudor y acreedores y entre los mismos acreedores.

En efecto, la causa de la continuación cuando no es medida ni ponderada en cabal forma, ha obstaculizado en muchos casos el libre desenvolvimiento del instituto de la rescisión concursal impidiendo un más igualitario y ecuánime tratamiento de los acreedores.

Así todos los actos previos a la declaración de concurso de administración realizados en condiciones de mercado o aquellos que fueron fautores de la continuación empresarial, son excluidos y eximidos del rigor rescisorio.

Por ende, la eficacia de dicha institución rescisoria concursal mengua y pierde su eficacia ante la compensación debida al acreedor afectado por la rescisión. Ciertamente su crédito deberá ser satisfecho contra la masa, situándose nuevamente a la parte afectada por la rescisión en una órbita de preferencia y primacía frente al resto de acreedores, circunstancia esta que, afortunadamente y por equidad, la propia jurisprudencia se ha ocupado en atemperar mediante diversas vías y fórmulas<sup>49</sup>.

Además tras la declaración de concurso nuevos créditos van a satisfacerse contra esta misma masa activa, única garantía de los acreedores, minando la integridad de la misma aún a costa de los intereses de aquellos.

Aquí pues se puede ver a la justicia reducida e impedida para despachar el tratamiento igualitario que está llamada a abanderar.

VI. Procesalmente el concurso debe asentarse en los principios fundantes de un proceso como es la consideración de la liquidación como su fin natural, la adecuada fiscalización de los títulos de los acreedores que han de reconocerse en el concurso y la introducción del principio de justicia rogada para que los

acreedores puedan ser incluidos en las listas de prelación al pago con todas las garantías cuando la situación financiera del deudor es acuitada.

De otra forma el proceso de concurrencia crediticia daría una ventaja inmerecida a aquellas personas que no podían justificar sus créditos o que no mostraron la suficiente solicitud a tal término, todo ello, nuevamente, en menoscabo de la comunidad de acreedores.

VII. Debido a todo lo expuesto el rumbo del concurso debería apostar aún más por la protección de la igualdad entre acreedores como verdadera muestra de respaldo y ecuanimidad frente a los inversores que un día concedieron crédito al concursado que finalmente se vio desatendido.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- STS de 26 de abril de 2017.
- STS de 18 de enero de 2017.
- STS de 26 de octubre de 2016.
- STS de 12 de mayo de 2016.
- STS de 17 de marzo de 2015.
- STS de 10 de julio de 2013.
- STS de 26 de octubre de 2012.
- STS de 17 de julio de 2006.
- STS de 9 de junio de 2006.
- STS de 31 de mayo de 2006.
- STS de 3 de abril de 2002.
- STS de 11 de julio de 2001.
- STS de 4 de diciembre de 1999.
- STS de 19 de diciembre de 1991.
- STS de 9 de mayo de 1989.
- STS de 22 de abril de 1987.
- STS de 4 de diciembre de 1987.
- STS de 5 de julio de 1985.
- STS de 9 de abril de 1985.
- STS de 9 de enero de 1984.
- STS de 28 de mayo de 1979.
- STS de 9 de julio de 1962.
- STS de 25 de diciembre de 1961.
- STS de 23 de septiembre de 1954.
- STS de 31 de marzo de 1930.
- STS de 1 de marzo de 1929.
- STS de 4 de mayo de 1928.
- STS de 26 de septiembre de 1910.
- STS de 18 de febrero de 1899.
- STS de 25 de agosto de 1887.
- STS de 25 de setiembre de 1877.
- SAP de Valladolid de 7 de mayo de 2009.
- AAP de Barcelona (15.ª) de 16 de marzo de 2009.
- AAP de Lugo de 28 de enero de 1998.
- AAP de Sevilla de 25 de octubre de 1996.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- APODACA Y OSUNA, F. (1945). *Presupuestos de la quiebra*. Mexico D.F.: Editorial Stylo.
- BLASCO GASCÓ, F. (2004). En Sagrera Tizón, J.M. (coord.), Sala Rexachs, A. (coord.) y Ferrer Barriendos, A. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal: Con concordancias, Jurisprudencia y Formularios*. Tomo I. Barcelona: Bosch.
- CABRILLO, F. (1989). *Quiebra y Liquidación de Empresas. Un análisis económico del Derecho Español*. Madrid: Unión editorial.
- CENDEJAS BUENO, J.L. (2020). *Francisco de Vitoria sobre justicia, dominio y economía*. Madrid: Universidad Francisco de Vitoria.
- CERDÁ ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, I. (2000). *Curso de Derecho Concursal*. Madrid: Editorial Colex.
- DILLARD, D. (1973). *La teoría económica de John Maynard Keynes*. Díaz García, J. (dir.) Madrid: Aguilar Ediciones, S.A.
- GARNICA MARTÍN, J. (2004). En Sagrera Tizón, J.M. (coord.) Sala Reixachs, A. (coord.) y Ferrer Barriendos, A. (coord.) *Comentarios a la Ley Concursal: Con concordancias, Jurisprudencia y Formularios*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 210-225.
- PALAO UCEDA, J. (2021). El principio de continuación de la actividad del concursado vs. la «par condicio creditorum» en la apreciación del daño en las acciones de reintegración concursal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 783, 665-678.
- TORRES DE CRUELLES, J. (1957). *La suspensión de pagos*. Barcelona: Ed. Bosch.

NOTAS

- <sup>1</sup> STS de 1 de marzo de 1929 y STS de 26 de septiembre de 1910.
- <sup>2</sup> STS de 23 de septiembre de 1954, STS de 28 de mayo de 1979 y STS de 9 enero de 1984.
- <sup>3</sup> STS de 9 de enero de 1984.
- <sup>4</sup> Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1922. Norma 12.<sup>a</sup>. «[...] era un estado en que voluntariamente se colocaba el deudor; no un verdadero juicio». De ahí que se nominara expediente por toda la jurisprudencia (Entre otras STS de 31 de mayo de 2006, STS de 25 de agosto de 1887, STS de 11 de julio de 2001 y STS de 4 de diciembre de 1999).
- <sup>5</sup> STS de 1 de marzo de 1929.
- <sup>6</sup> Finalmente se permitían los convenios de liquidación en el expediente de suspensión de pagos considerada su escasa prospectiva de continuación.
- <sup>7</sup> STS de 9 de abril de 1985, STS de 22 de abril de 1987, STS de 4 de diciembre de 1987, STS de 18 de febrero de 1899 y STS de 9 de mayo de 1989.
- <sup>8</sup> STS de 12 de mayo de 2016.
- <sup>9</sup> STS de 25 de septiembre de 1877.
- <sup>10</sup> La jurisprudencia hacía hincapié sobre esta diversa naturaleza. AAP de Lugo de 28 de enero de 1998, AAP de Sevilla de 25 de octubre de 1996 y STS de 5 de julio de 1985.
- <sup>11</sup> La falta de márgenes taxativos y claros de la figura de la Suspensión en muchas ocasiones permitía la entrada de explotaciones claramente descapitalizadas y sin visos de continuidad ni acuerdo alguno.
- <sup>12</sup> STS de 3 de abril de 2002. Resulta interesante ver que el concurso de acreedores también sigue esta línea en tanto son rescindibles los actos realizados por el deudor común si en ese momento ya era insolvente (STS de 18 de enero de 2017 y STS de 26 de octubre de 2012).

<sup>13</sup> STS de 19 de diciembre de 1991 y STS de 28 de enero de 1985. Hacer notar que esta retroacción también operaba en los expedientes de suspensión de pagos.

<sup>14</sup> *Credere* viene de confianza. La confianza que movió al acreedor (en inglés *creditor*) es diversa y diversa debe ser el tratamiento dispensado. Así el que no concedió crédito debe ser restituido.

<sup>15</sup> CERDÁ ALBERO & SANCHO GARGALLO 2000, 38.

<sup>16</sup> STS de 31 de marzo de 1930.

<sup>17</sup> En ausencia del mismo se ha creado confianza artificial basada en la persona del deudor (crédito personal), en los bienes del mismo (crédito real, hipotecario, etc.) o en documentos indubitados que atestigüen la correcta dispensación de las obligaciones a cargo de una de las partes (crédito documentario), sin los cuales muchas operaciones no llegarían a sazón y se frustrarían. TORRES DE CRUELLES 1957, 13 «Esta disciplina [derecho concursal] protege intereses públicos y colectivos del crédito, de la economía y del comercio y los particulares de las Empresas y los acreedores», APODACA Y OSUNA, 1945, 23 «[el crédito constituye] un vastísimo sistema complejo y simétrico, que sirve de potente fuerza motriz para el desarrollo económico, adquiriendo una importancia decisiva en la producción social»

<sup>18</sup> DILLARD, D. 1973, 19 «Si se emplean más medios de producción en una industria, suponen que los extraen de otras industrias. Si se emplean más medios de producción por una empresa, suponen que los extrae de otras empresas». CABRILLO, 1989, 140 «El objetivo principal del derecho concursal es, como ya se ha apuntado, ofrecer un marco legal que permita, con los menores costes sociales posibles, la reestructuración o desaparición de empresas ineficientes y el desplazamiento de factores de producción a empleos de mayor rentabilidad».

<sup>19</sup> DILLARD, D. 1973, 23 «En una sociedad dinámica en la que unas industrias decaen y otras se elevan, y en la que la gente tiene libertad para trabajar donde quiera (siempre que puedan encontrar colocación), el volumen del paro por fricción puede ser bastante grande en algún momento...».

<sup>20</sup> STS de 10 de julio de 2013 «[...] para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocio extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan el características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional [...] Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social [...]».

<sup>21</sup> SAP de Valladolid de 7 de mayo de 2009. En esta sentencia se dio el caso que de setenta y cinco proveedores tan solo dos fueran pagados íntegramente. El resto tuvo que concurrir a los trámites concursales.

<sup>22</sup> STS de 26 de abril de 2017.

<sup>23</sup> STS de 17 de marzo de 2015 «En el caso enjuiciado, debemos concluir que no se ha producido un perjuicio patrimonial injustificado para la masa activa del concurso, por las siguientes razones: No se constituye la garantía hipotecaria sobre un préstamo por importe de 2.000.000 euros tan solo para sustituir y cancelar obligaciones preexistentes, sino que dio liquidez, por importe de 650.000 euros que le permitió continuar su actividad casi dos años.

<sup>24</sup> STS de 26 de abril de 2017

<sup>25</sup> Artículo 228 Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante LC).

<sup>26</sup> Artículo 236.1 LC.

<sup>27</sup> STS de 26 de octubre de 2016. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la *par condicio creditorum* [...].

<sup>28</sup> STS de 26 de octubre de 2016.

<sup>29</sup> Esta «intervención patrimonial [...] hace precisa una gestión administrativa encomendada a los órganos de la quiebra para la conservación de los bienes, obtención de sus frutos, la continuación de las operaciones mercantiles o industriales cuya cesación pudiera

producir perjuicios a intereses comunes» (STS de 25 de diciembre de 1961 y STS de 9 de julio de 1962).

<sup>30</sup> Incluso el antiguo sistema de quiebras abandera esta necesidad de una administración peculiar que puede demandar un patrimonio sujeto a una explotación (STS de 25 de diciembre de 1961).

<sup>31</sup> GARNICA MARTÍN, J. 2004, 219 «...más que auténticas medidas cautelares, se parecen a las medidas de garantía de la traba que se pueden adoptar en el proceso de ejecución singular respecto a los bienes embargados».

<sup>32</sup> Exposición de motivos de la LC. Durante la gestación de la que habría de ser la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se había debatido sobre la conveniencia de incorporar al entonces derecho proyectado las instituciones propias del denominado derecho preconcursal, aprovechando para ello algunas experiencias de otros ordenamientos jurídicos; se habían identificado los riesgos que comportaba la rígida estructura del procedimiento, dividido en fases, y los derivados de un exceso en la atribución de competencias al juez del concurso, en detrimento del imprescindible ámbito de autonomía de la administración concursal; y, en fin, se había advertido de los costes, de tiempo y económico, del diseño en que se trabajaba.

<sup>33</sup> No hay que olvidar que, tratándose el concurso en su esencia de un procedimiento de ejecución universal, está precedido por un procedimiento declarativo en el cual se fija la existencia de un estado de insolvencia por concurrencia crediticia así como la calidad y cuantía de todas y cada una de los créditos de los acreedores, paso previo para la vía ejecutiva. Así el AAP de Barcelona (15.º) de 16 de marzo de 2009 rechaza una comparación total entre un declarativo ordinario y el concursal asumiendo cierta identidad de naturaleza.

<sup>34</sup> STS de 17 de julio de 2006 y TORRES DE CRUELLES 1957, 352.

<sup>35</sup> BLASCO GASCÓ 2004, 1497.

<sup>36</sup> Exposición de motivos de Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y artículo 111 LC.

<sup>37</sup> 94,3% acabaron en liquidación en 2018. [www.registradores.org](http://www.registradores.org).

<sup>38</sup> Una de las modificaciones fundamentales fue «el reconocimiento del derecho del deudor a solicitar en cualquier momento la apertura de la liquidación». Exposición de motivos de la LC.

<sup>39</sup> Hay que tener en cuenta que el deudor ha podido incluir en su contabilidad créditos o partidas apócrifas para beneficiar a personas relacionadas directa o indirectamente con él.

<sup>40</sup> No olvidemos que en la suspensión de pagos era el propio suspenso el que hacía la relación de acreedores para la posterior junta.

<sup>41</sup> Artículo 259.2 LC, antes el artículo 86.1 en la Ley 22/2003. En el expediente de suspensión de pagos corría a cargo del deudor el redactar la lista de votantes para mayor celeridad. (art. 11 de la Ley de 26 de julio de 1922 de Suspensión de Pagos) ya que teóricamente en la suspensión debía haber un equilibrio entre partidas activas y pasivas sopena de declararse insolvencia definitiva (STS de 9 de junio de 2006).

<sup>42</sup> La sindicatura de la quiebra antes, representaba a acreedores y fiscalizaba puntualmente las reclamaciones de los mismos por propio interés de los acreedores. El reconocimiento y graduación de créditos se realizaba en una Junta (STS de 4 de mayo de 1928).

<sup>43</sup> Artículo 117 Constitución española.

<sup>44</sup> La falta de dos trámites diferenciados a causado, a nuestro juicio, que el legislador se haya prodigado en las diversas reformas de la normativa sectorial de la creación de recursos y herramientas preconcursales que permitan soslayar el rigor del procedimiento concursal.

<sup>45</sup> CENDEJAS BUENO, *et. al.* 2020, 49.

<sup>46</sup> Exposición de motivos de la LC.

<sup>47</sup> Digesto 1, 2, 10.

<sup>48</sup> Consistente en la «introducción del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho del que, en ciertas condiciones, puede gozar el deudor persona natural». Exposición de motivos de la LC. Convendría, sin embargo, abundar más en esta vía.

<sup>49</sup> PALAO UCEDA, 2021, 665 y sigs.



## 2. MERCANTIL

# Legitimación activa y titulización. ¿Cotitularidad fiduciaria?

## *Active legitimation and Securitization. Fiduciary joint ownership?*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Profesor de Derecho civil y abogado*

**RESUMEN:** La legitimación activa en las participaciones hipotecarias tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2021 y el Real Decreto Ley 24/2021, de 2 de noviembre.

**ABSTRACT:** *Active legitimation in mortgage bonds in the judgment of the Spanish Supreme Court of 20 October 2021 and the Royal Decree Law num. 2472021 of 2 November 2021.*

**PALABRAS CLAVE:** Legitimación activa. Participaciones hipotecarias. Fiducia. Cesión de créditos.

**KEY WORDS:** *Active legitimation. Mortgage bonds. Trust. Assignment of receivables.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. LA SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL LEGISLADOR.—II. LA NECESARIA ADAPTACIÓN LEGISLATIVA.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

### I. INTRODUCCIÓN

El debate en torno a la legitimación activa del banco emisor de participaciones hipotecarias ha sido arduo en estos últimos años propiciado, entre otras razones, no solo por la dificultad en clarificar la naturaleza jurídica de las relaciones derivadas del proceso de titulización que implica la emisión de las participaciones hipotecarias, sino también por la falta de precisión sobre el estado de la cuestión en la legislación financiera existente y la inexistente coherencia de la misma con la legislación procesal aplicable.

La reproducción del mismo en estos momentos no es la tarea que nos ocupa remitiéndonos a la abundante literatura jurídica existente así como a las múltiples

sentencias de nuestras Audiencias Provinciales que ciertamente y con carácter mayoritario han venido a sostener que la legitimación activa en el proceso de ejecución hipotecaria corresponde a la entidad de crédito emisora de las participaciones hipotecarias y no al Fondo de Titulación a través de su Sociedad Gestora o a los partícipes, principalmente sobre el argumento de la inexistencia de una plena cesión de créditos en el proceso titulizador<sup>1</sup>.

No obstante lo anterior, sí que merece la pena recordar que la discusión sobre el particular se vio enormemente incrementada tras el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada (Provincia de Madrid) de 6 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 95777), que negó la legitimación activa en la ejecución hipotecaria a la entidad emisora en el caso del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando ha existido emisión de participaciones hipotecarias, tras una exposición de las diferentes teorías acerca de la naturaleza del negocio jurídico instrumentado en las participaciones hipotecarias decantándose por la tesis de la cesión ordinaria de créditos.

Dicho auto ya nos llamó la atención en su momento<sup>2</sup> y mostrábamos nuestra opinión sobre el particular afirmando que en los casos de participaciones hipotecarias donde efectivamente cada valor se referirá a una participación en un determinado préstamo o crédito hipotecario, en las que el emisor conserva la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario se produce una auténtica cesión de la parte del crédito hipotecario que se participa, siendo donde se nos muestra con claridad el debate que se está suscitando en la práctica acerca de la legitimación activa del Fondo de Titulación o de la entidad de crédito originariamente acreedora hipotecaria ante la cesión del crédito hipotecario operada tras la emisión de las participaciones hipotecarias y sobre el acceso de la emisión y negociación de dichas participaciones hipotecarias al Registro de la Propiedad.

Dichas teorías sobre la naturaleza jurídica discutida, que nos sirven para entender la toma de postura de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2021 número 708/2021, fueron bien sintetizadas en aquel auto de la siguiente forma:

*a) El análisis tradicional apreciaría la relación entre la entidad emisora de una participación hipotecaria y el titular de la participación como una adquisición constitutiva (v.g. de un derecho de usufructo de valores o de un derecho sui generis del partícipe). Bajo este entendimiento, la distribución de la legitimación estaría en función de la normativa aplicable o de lo pactado. Apoyan la postura de la adquisición constitutiva (1.º) que la LMH solo denomina «acreedor hipotecario» a la entidad emisora, aunque quizá quiera referirse a acreedor hipotecario «originario». (2.º) También se destaca que la Ley parece no contemplar la cesión del crédito mismo sino un derecho de contenido inferior, cuando prescribe que «el plazo de la participación no podrá ser superior al que reste por transcurrir para el vencimiento del crédito hipotecario ni el interés superior al establecido para este» (art. 15 III LMH), si bien la inferioridad del derecho constituido sería solo cuantitativa. (3.º) El desarrollo reglamentario inicial amparaba la tesis de la adquisición constitutiva. Efectivamente, el artículo 61.3 II init. del RMH 1982 original disponía que «el emisor conservará la titularidad del crédito participado». Lógicamente, «la Entidad emisora es [era] la única legitimada para ejecutar el crédito hipotecario participado» (art. 65.1 RMH 1982 en redacc. original).*

*b) En países con mercados financieros punteros, la entidad emisora de la participación hipotecaria es un titular fiduciario que coexiste con la titularidad material*

del partícipe. Se trata del modelo del fideicomiso (trust) anglosajón según la doctrina de la propiedad desdoblada entre la formal o legal del fiduciario (*dominium non prope*) y la material o real del partícipe beneficiario, donde el partícipe es un propietario útil (en equidad) de los créditos hipotecarios. Si la relación entre emisor y partícipe fuera fiduciaria, el emisor ostentaría la legitimación procesal frente al deudor (si bien su actuación se sujeta al pacto interno del que nace la fiducia convencional), el partícipe también podría hacer valer en juicio su interés en determinadas circunstancias y el reparto del producto de la acción sería una cuestión interna entre emisor y partícipe. Sin embargo, la emisión de las participaciones o certificados de transmisión hipotecarios, aquí no se ha sometido a ningún Derecho de los que tradicional y habitualmente admiten las propiedades fiduciarias. La posibilidad de una titularidad fiduciaria no goza de reconocimiento general en Derecho español. No obstante, la mejor doctrina inglesa ve posible una aproximación a esquemas civilísticos, valorada la fiducia como la facultad real del beneficiario de alterar el status de las atribuciones patrimoniales recibidas por el fiduciario.

En nuestra doctrina especializada, también se intentan construcciones que, reconociendo o no la cesión del crédito al partícipe, califican a la entidad emisora de mandatario legal, especial y oneroso. Justamente, una fase intermedia de nuestra reglamentación de las participaciones hipotecarias podría adscribirse a la teoría de la titularidad fiduciaria: «El emisor conservará la custodia y administración del crédito hipotecario, así como la titularidad parcial del mismo» (art. 65.3 II init. RMH 1982 redacc. RD 1289/1991). Su trasunto en materia de legitimación dispone: «La ejecución del crédito hipotecario participado corresponde a la Entidad emisora y al titular de la participación» (art. 65.1 RMH 1982 redacc. RD 1289/1991). (c) En la tercera tesis general, la figura de la participación supone, sencillamente, una transmisión o cesión del crédito, total o parcial. En esta línea, el titular de la participación indisputablemente tendría acción contra el deudor hipotecario y también contra el fiador porque «la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio» (art. 1528 CC). «El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente» (art. 149 III LH). Ahora bien, si la cesión fuera total y no solo parcial, entonces el transmitente o cedente perdería su legitimación, quedando como único legitimado ordinario el partícipe adquirente o cesionario».

Pues bien, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2021 se adscribe a la teoría fiduciaria para sostener la legitimación activa de la entidad de crédito emisora en función de los siguientes razonamientos que destacamos y que integran la *ratio decidendi*:

— (FJ Tercero núm. 5): «la emisión de participaciones hipotecarias se articula mediante una regulación jurídica, de difícil encaje en las categorías de negocios jurídicos existentes con anterioridad en nuestro Derecho, que configura una cesión no ordinaria de cuotas de los créditos derivados de esos préstamos o créditos hipotecarios, de naturaleza *sui generis* y con un claro componente fiduciario».

— (FJ Tercero núm. 6): «La entidad financiera que emite esas participaciones, que representan cuotas del préstamo o crédito hipotecario (que pueden alcanzar la totalidad del crédito), no desaparece del préstamo o crédito respecto del que emite las participaciones, sino que permanece como titular, lo que determina que sobre el crédito o préstamo hipotecario participado exista, desde el lado activo, una cotitularidad, que no está sujeta al régimen ordinario de las obligaciones mancomunadas o parciarias sino al régimen especial que resulta de la Ley y, en su caso, de lo pactado en la escritura de emisión».

Así pues, «cotitularidad con un claro componente fiduciario» es para el Tribunal Supremo la naturaleza jurídica que merece las relaciones jurídicas entre la entidad emisora de la participación y el partícipe de la misma, lo que le lleva a decidir que la legitimación activa en el proceso de ejecución hipotecaria la ostenta la entidad emisora de las participaciones hipotecarias pese, a su juicio, inexistente cesión del crédito hipotecario.

Si como decíamos anteriormente, el debate sobre el particular ha sido arduo con reproche a la falta de claridad y precisión en la legislación aplicable, nos sorprende que tales discusiones que han desembocado en numerosas ocasiones en la práctica de nuestros Tribunales al enjuiciamiento del titular de la legitimación activa en estos supuestos de titulación no hayan tenido eco en el legislador quien pese a derogar expresamente la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario con efectos de 4 de noviembre de 2021, por la disposición derogatoria única a) del Real Decreto Ley 24/2021, de 2 de noviembre de 2021, nos sigue ofreciendo una redacción de la norma jurídica especial, sobre el problema propuesto, prácticamente en idénticos términos a la derogada.

3. *El titular de la participación hipotecaria tendrá acción ejecutiva contra la entidad emisora, siempre que el incumplimiento de sus obligaciones no sea consecuencia de la falta de pago del deudor en cuyo préstamo participa dicha persona. En este caso, el titular de la participación concurrirá, en igualdad de derechos con el acreedor hipotecario, en la ejecución que se siga contra el mencionado deudor, cobrando a prorrata de su respectiva participación en la operación y sin perjuicio de que la entidad emisora perciba la posible diferencia entre el interés pactado en el préstamo y el cedido en la participación, cuando este fuera inferior. El titular de la participación podrá compeler al acreedor hipotecario para que inste la ejecución.*

4. *Si el acreedor hipotecario no instare la ejecución judicial dentro de los sesenta días desde que fuera compelido a ello, el titular de la participación podrá subrogarse en dicha ejecución, por la cuantía de su respectiva participación. Las notificaciones pertinentes se harán fehacientemente.*

5. *En caso de concurso de la entidad emisora de la participación, el negocio de emisión de la participación solo será impugnabile en caso de existencia de fraude en la constitución de gravamen, quedando en todo caso a salvo los derechos de terceros de buena fe.*

6. *El titular de la participación gozará de un derecho absoluto de separación en caso de concurso de la entidad emisora de la participación.*

Es decir, tras varios años de resoluciones judiciales contradictorias donde la falta de claridad y precisión del legislador ha venido siendo la constante en los razonamientos de las mismas, volvemos a encontrarnos con una redacción normativa que sigue sin arrojar la luz que hubiéramos deseado y lo que es aún más grave, si cabe, sin coonestar esta legislación financiera del proceso titulizador con los preceptos reguladores de la ejecución hipotecaria previstos en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, tal y como expondremos con mayor detalle a continuación.

En el ámbito registral, también esperamos la reacción del Centro Directivo tras la meritada Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2021.

Decimos lo anterior porque la DGSJFP, en Resolución núm. 8915/2020 de 12 de junio (RJ 2020, 3022) se decantaba claramente por la tesis de la cesión ordinaria de créditos en los supuestos de emisión de participaciones hipotecarias, razonando al respecto lo siguiente: «En cambio, las participaciones hipotecarias y los certificados de transmisión de hipoteca son títulos valores que transmiten o ceden todo o una parte de uno o de varios de los préstamos o créditos hipotecarios

de la cartera de la entidad emisora a terceros, y podrá hacerse a lo largo de toda la vida del préstamo a que se refieran, siempre que el plazo de la participación no exceda del vencimiento de dicho préstamo. Esta transmisión no necesita de inscripción registral pues ni el artículo 15 de la Ley 2/1981, que regula la emisión de participaciones hipotecarias, ni los artículos 17 y 22 de la Ley 5/2015, que regula la transmisión de activos (participaciones hipotecarias o certificados de transmisión de hipoteca, entre otros) a los fondos de titulización, la exigen; pero, hoy en día, nada impide su inscripción, aunque la cesión sea en favor de fondos de titulización sin personalidad jurídica, ya que según el artículo 16.3 de la citada Ley 5/2015, «se podrá inscribir en el Registro de la Propiedad el dominio y los demás derechos reales sobre los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización».

## II. LA NECESARIA ADAPTACIÓN LEGISLATIVA

A nuestro juicio, la propuesta que nos realiza el Tribunal Supremo de «*cotitularidad con un claro componente fiduciario*» no resuelve la cuestión.

Sobre este punto, GÓMEZ GÁLLIGO reconociendo la legitimación activa en la entidad emisora<sup>3</sup> razona que: «En realidad, la titulización implica un negocio jurídico distinto a la cesión ordinaria del crédito hipotecario, pues lo que se traslada al fondo de titulización no es el pleno dominio del derecho —como ocurre en la cesión propia— sino alguna de las facultades inherentes a la titularidad, como la facultad de disposición (que faculta para emitir títulos sobre la cartera cedida), así como el rendimiento económico, el riesgo de impago, e incluso —si así se pacta— la gestión, acercándose más bien a figuras de gestión fiduciaria, como ocurre en los fideicomisos de influencia anglosajona. De hecho, muchos de los problemas de interpretación y aplicación práctica de la normativa sobre titulización es que está basada en estructuras fiduciarias no plenamente acordes con la tradición jurídica española. Y esto produce incoherencias a veces de difícil resolución».

O sea, vemos como efectivamente se acepta y compartimos que se transmite el «*rendimiento económico*», lo que nos lleva necesariamente a plantearnos en realidad y más allá de precisiones terminológicas y conceptuales, quién es realmente el acreedor, puesto que ya lo adelantamos no podemos olvidar (lo que por otro lado, sí hace la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2021, que ni siquiera lo menciona) es que en el proceso de ejecución hipotecaria hemos de tener muy presente el artículo 685.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que literalmente prevé lo siguiente:

2. *A la demanda se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución, así como los demás documentos a que se refieren el artículo 550 y, en sus respectivos casos, los artículos 573 y 574 de la presente Ley.*

En palabras de GIMENO SENDRA, con quien coincidimos, la referida norma procesal especial implica que: «En la ejecución sobre bienes hipotecados hay que acreditar ser titular del crédito»<sup>4</sup>. O sea, la titularidad del crédito es esencial en el proceso de ejecución hipotecaria, lo que obviamente cobra singular importancia si lo que se quiere es legitimar activamente a la entidad emisora, *ex* artículo 10.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal y como hace la sentencia del Tribunal Supremo analizada, negando la posibilidad de una legitimación extraordinaria, *ex* artículo 10.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (FJ. Tercero, apdo. núm. 15).

Volviendo sobre la transmisión del rendimiento económico, ello tiene su expresión en el propio artículo 26 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, que aparte de mostrarnos la tan recurrida expresión por parte de la resoluciones judiciales habidas para justificar la inexistencia de la cesión ordinaria de que efectivamente el emisor conserva la «custodia y administración» también regula lo anterior, de la siguiente forma: «*El emisor conservará la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, así como, en su caso, la titularidad parcial del mismo y vendrá obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo, abonando a los partícipes, incluso en caso de pago anticipado, el porcentaje que les corresponda en lo percibido del deudor hipotecario por concepto de capital e intereses de acuerdo con las condiciones de la emisión.*».

Pero, a los efectos que nos ocupa, ¿qué implica esa transmisión del rendimiento económico? ¿Quién es el titular del crédito y por tanto acreedor?

La DGSJFP, en Resolución núm. 8915\2020 de 12 junio, lo tiene claro y afirma sin ambages lo siguiente: «*Por tanto, la aportación de derechos de crédito a un fondo de titulación supone que la entidad que concedió el mismo deja de ser la acreedora del préstamo o crédito, pero conserva por Ley la titularidad registral y sigue manteniendo, salvo pacto en contrario, su administración; siendo el fondo de inversión el nuevo acreedor, en todo o en parte, el cual se subroga en la misma posición jurídica que tenía de la entidad cesionaria concedente del crédito, ocupando su lugar en las relaciones con el deudor o prestatario, en lo referente al pago de la deuda.*».

O sea a juicio del Centro Directivo, la entidad emisora «deja de ser la acreedora del préstamo o crédito» y esta toma de postura tiene a nuestro juicio una gran trascendencia a valorar en relación con el requisito relativo a la acreditación de la titularidad del crédito que exige el artículo 685.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal y como hemos visto.

Sin embargo, el Tribunal Supremo en esta Sentencia de 20 de octubre de 2021 afirma lo contrario que la DGSJFP, manteniendo el carácter de «acreedor hipotecario» en la entidad emisora de las participaciones hipotecarias para llegar (aunque sin mencionar el artículo 685.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) a sostener por tanto la legitimación procesal activa de la entidad emisora afirmando (FJ. Tercero. núm. 7) lo siguiente: «*Esto se traduce [«cotitularidad con un claro componente fiduciario»] en que el emisor de las participaciones hipotecarias sigue percibiendo los pagos del deudor hipotecario y, en lo que respecta a la legitimación, sigue siendo considerado como «acreedor hipotecario» (así lo denomina el artículo 15 LHM, en contraposición con el «titular de la participación», que cuenta con la garantía hipotecaria para la efectividad del crédito).*».

Esto es, como vemos esta denominada «cotitularidad con un claro componente fiduciario» es lo que lleva al Tribunal Supremo a afirmar previamente a lo anterior (FJ. Tercero. núm. 6) lo siguiente: «*La entidad financiera emisora de las participaciones tiene atribuida la custodia (por ejemplo, ejercicio de la acción de devastación del art. 117 LH) y administración del préstamo o crédito hipotecario (lo que incluye la gestión del cobro ordinario de las cuotas de amortización periódicas) y está obligada a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo.*».

Es decir, y en lo que ahora nos interesa califica a la entidad emisora como un gestor de cobro («gestión del cobro ordinario») y pese a ello sostiene que este gestor de cobro es el acreedor del préstamo hipotecario titulado. Realmente y



en nuestra opinión, creemos que lo anterior no es posible, ¿cómo puede resultar un gestor de cobros un verdadero titular jurídico del cobro cuya gestión tiene encomendada? A nuestro juicio, inexplicable, por mucho que quiere verse dicha posibilidad en el componente fiduciario y en una cotitularidad que sostiene el Tribunal Supremo que no se comprende con la calificación gestora anterior.

GIMENO SENDRA (*vid. op. cit.*) interpretando el dictado del artículo 10.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «*serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*», nos dice con razón lo siguiente: «Del enunciado concepto legal («*parte legítima*», que actúa en el proceso como «*titular de la relación jurídica*») claramente se infiere que la legitimación viene establecida por una norma de Derecho material, que otorga a quién interpone la pretensión o se opone a ella la titularidad del derecho subjetivo u obligación jurídica material, del bien jurídico o del interés legítimo que se discute en el proceso y que ejercita frente a quien reclama su titularidad o impide su disfrute, habilitándole para obtener la tutela jurisdiccional de dicho derecho, bien o interés legítimo».

Por tanto y como no podía ser de otra forma, conjugando los artículos 10.1 y 685.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tenemos que el «*título de crédito*» conlleva la consideración de «*parte legítima*» a quien es titular material del derecho subjetivo, o lo que es lo mismo y en esta materia a quien resulte acreedor y según lo expuesto, ¿puede serlo el gestor de un cobro?, evidentemente, creemos que no. Volviendo sobre lo anterior, el propio Tribunal Supremo nos dice en el (FJ Tercero núm. 6) que: «*el emisor percibe los pagos del deudor y tiene obligación de transferir al titular de la participación los flujos económicos estipulados en la emisión de la participación, que no pueden ser superiores a los que el banco emisor tiene derecho a percibir del deudor hipotecario ni tener un plazo superior al que reste por transcurrir para el vencimiento del crédito hipotecario*»,

Es decir, si el emisor tiene «*la obligación*» de transferir los flujos económicos al titular de la participación, efectivamente, entendemos que el titular de «*los flujos económicos*» y por tanto verdadero acreedor no puede ser el emisor lo que le impide la legitimación activa discutida.

Las consideraciones y conclusiones anteriores, evidentemente, quedan fácilmente desvirtuadas para los partidarios de la efectiva transmisión de propiedad en lo que se denomina fiducia-gestión, o bien, negocio fiduciario «*cum amico*».

En este sentido, MATEO Y VILLA<sup>5</sup> muestra con rotundidad su opinión sobre la transmisión dominical en la fiducia gestión o fiducia «*cum amico*», afirmando que: «Entendemos —como veremos más adelante al hacer referencia al principio de causalidad de nuestro ordenamiento jurídico— que la administración de un bien es causa suficiente para la transmisión dominical del mismo bien. Por tanto, el fiduciario se convierte en verdadero propietario a todos los efectos, aunque con un dominio condicionado temporal y teleológicamente (iii) En cuanto a la ii) fiducia cum amico, no existe ningún precepto similar al artículo 1859 del Código civil que impida que las partes puedan transmitir el dominio a los efectos de administración. Esto hace que al no existir una norma de derecho público que impida a las partes transmitir el dominio, si las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tenga por conveniente derivados de su propia voluntad (80), no se entiende que se declare que la administración de un bien no faculta la transmisión dominical del mismo bien en favor del administrador-fiduciario. Los artículos 1274 y siguientes del Código civil son lo suficientemente amplios como para incardinar dentro de ellos una transmisión de la propiedad en la que el fiduciante pierda dicha titularidad a favor del fiduciario y este se



vea obligado a gestionar el patrimonio única y exclusivamente al fin propuesto y de acuerdo con los pactos de las partes.

En nuestra opinión, entendemos que las partes desearon la transmisión del dominio a los efectos de que el bien sirviera para la realización de un fin lícito, querido por las partes con conocimiento del negocio realizado, que no disimula ningún otro acto y que, por tanto, es merecedor de la tutela jurídica.

Por ello, entendemos que la propiedad ha salido del fiduciante a favor del fiduciario, por lo que interpretar lo contrario es establecer un aserto apriorístico respecto del negocio expresado y contrario a la voluntad manifestada de las partes».

No podemos compartir la anterior opinión, realmente la «custodia y administración» a la que hace referencia la norma jurídica como facultades de la entidad emisora no puede servir como presupuesto para la transmisión de la propiedad, *ex artículo 609 del Código civil*, no sirviendo como cobertura a estos efectos la pretendida amplitud del artículo 1274 del Código civil.

Con acierto, DÍEZ-PICAZO<sup>6</sup> afrontaba y solventaba el problema con base en el artículo 609 del Código civil, del siguiente modo: «Sin embargo, el problema grave no consiste en articular la causa como “causa del contrato”, en el sentido de los artículos 1261 y 1274 del Código civil, sino en articularla como causa de una especial transmisión de la propiedad. En nuestro Derecho Positivo, la propiedad se transmite, según dice el artículo 609 del Código civil «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». Entre estos contratos que justifican una transmisión de la propiedad no se encuentra la fiducia. La fiducia pura solo es posible en aquellos sistemas jurídicos que admiten medios abstractos de transmisión del dominio. Así ocurría en el Derecho alemán. En estos sistemas es posible la transmisión de la propiedad por medio de un mecanismo abstracto, que dé cauce al negocio fiduciario. Esto no es posible en el Derecho español, donde hay que recurrir a alguno de los contratos típicos, señaladamente al contrato de compraventa, lo cual plantea el arduo problema de las relaciones entre simulación y negocio fiduciario».

En análogos términos, PANTALEÓN PRIETO<sup>7</sup> razonaba que el efecto jurídico de la transmisión de la propiedad no depende de la voluntad, sino cuando concurre una justa causa para ello *ex artículo 609 del Código civil*, y «ni la causa de garantía, ni la de administración de una cosa o gestión del ejercicio de un derecho son causas bastantes para transmitir la propiedad de las cosas o la titularidad de los derechos».

Trasladando el esquema de la fiducia-gestión a la relación negocial que nos ofrece la emisión de las participaciones y según la «cotitularidad con un claro componente fiduciario» afirmada por el Tribunal Supremo, necesariamente tendríamos que partir de una fiducia *ex lege* en que el titular de las participaciones hipotecarias asumiría el papel de fiduciante reconociendo el dominio con facultades gestoras en la entidad emisora para poder sostener por tanto la legitimación activa ordinaria, *ex artículos 10.1 y 685.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, pero a la vez existiendo una «cotitularidad». Ello nos trae a la memoria la famosa Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de junio de 1922, que presenta al fiduciario como un propietario formal y al fiduciante como un propietario material, ya que entendemos que la cotitularidad a la que se refiere es precisamente esta, es decir, la del desdoblamiento de propiedades al residir la expresión tras la calificación fiduciaria del negocio jurídico.

¿De nuevo nos preguntamos, es esta cotitularidad posible, incluso en este esquema de la fiducia gestión? Creemos que no, no es posible esa «cotitularidad»

que nos recuerda al propietario formal y al propietario material. En este sentido, MATEO Y VILLA en coherencia con su postura a favor de la transmisión dominical razona que: «En nuestra opinión se ha propuesto históricamente un desdoblamiento forzado y artificioso de la propiedad que, si bien inicialmente puede basarse en determinados preceptos del Código civil —*vid.* artículos 596, 1605 y 1628 y sigs.— de un estudio más profundo debemos considerar estos mismos preceptos como una adaptación literal y errónea en cuanto que no atiende a la naturaleza jurídica de propiedad expuesta en nuestra legislación. Por tanto, entendemos que nuestro ordenamiento propugna un concepto unitario de la propiedad que no permite divisiones entre un aspecto material y otro formal de la misma, lo que implica la imposibilidad de crear en nuestro ordenamiento jurídico una nueva suerte de derecho real que parta de la idea del desdoblamiento del derecho de propiedad. Entendemos —como veremos más adelante al hacer referencia al principio de causalidad de nuestro ordenamiento jurídico— que la administración de un bien es causa suficiente para la transmisión dominical del mismo bien. Por tanto, el fiduciario se convierte en verdadero propietario a todos los efectos, aunque con un dominio condicionado temporal y teleológicamente. Por tanto, el recurso al desdoblamiento de la propiedad resulta innecesario además de inadmisibile en nuestro ordenamiento jurídico».

Con anterioridad, DE CASTRO<sup>8</sup> se hacía eco de la crítica de la propiedad formal (que, por otro lado, han defendido, entre otros, autores de la talla de GONZÁLEZ MARTÍNEZ<sup>9</sup>, CÁMARA LAPUENTE, DíEZ-PICAZO y GULLÓN, GÓMEZ GÁLLIGO, HERNÁNDEZ-GIL, JORDANO BAREA, LACRUZ) afirmando que: «La teoría de la propiedad formal del fiduciario, sin embargo, ha sido repetidamente criticada. Se le censura especialmente por el desdoblamiento que supone de la propiedad en material y formal, con la consiguiente creación de derechos reales extraños al ordenamiento».

Pero nuestra postura no solo es la inadmisión de dicha cotitularidad, sino también de la transmisión dominical del fiduciante al fiduciario en la fiducia-gestión. Como acertadamente razonó y expuso DE CASTRO<sup>10</sup>, «la determinación de la titularidad del fiduciario en la «fiducia cum amico» es la que ofrece menos dificultades. Basada en una relación de mandato o en un poder representativo, la dependencia del fiduciario hacia el fiduciante se manifestó de modo tan evidente, que ella motivó las primeras dudas y objeciones contra la teoría del doble efecto».

Como, por otro lado, afirma reiteradamente el propio Tribunal Supremo, (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) en la Sentencia núm. 518/2009 de 13 de julio de 2009 (*RJ* 2009, 4466) la «fiducia cum amico» cuyo precedente histórico se halla en las Instituciones de Gayo (II, 60, «sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint») y cuya posibilidad y validez, salvo finalidad fraudulenta, ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Sala [entre las más recientes Sentencias cabe citar las de 15 de marzo de 2000 (*RJ* 2000, 1837); 5 de marzo y 16 de julio de 2001 (*RJ* 2001, 5226); 17 de septiembre de 2002; 10 y 13 de febrero (*RJ* 2003, 1046) y 31 de octubre de 2003; 30 de marzo de 2004; 23 de junio y 27 de julio de 2006 y 7 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3559)]. En esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica. El dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza».

Luego, ¿cambia el Tribunal Supremo en esta Sentencia de 20 de octubre de 2021 su reiterado criterio para sostener que la fiducia transmite la propiedad?

No estimo que haya sido esa la intención ni el fin de la sentencia, sino intentar resolver un problema de legitimación activa procesal, con argumentos desacertados, en nuestra opinión.

A lo anterior, claramente se podrá objetar que ya existen regulaciones recientes de la fiducia en otros ordenamientos, como es el ejemplo de la introducción de la fiducia en el Código civil francés en 2007 (arts. 2011 y 2016) y que empieza a ser un clamor la necesidad de que exista una regulación expresa de la fiducia en nuestro ordenamiento jurídico. A título de ejemplo, citamos a SALVADOR CORDECH<sup>11</sup> quien, recientemente, ha afirmado y sostenido que: «Sí se admite en derecho español la figura del negocio fiduciario, con *causa fiduciae*, pero al no exigirse constitución formal y expresa, la figura misma no acaba de desembarazarse del entorno de los negocios jurídicos anómalos, simulados e indirectos, ni, por lo tanto, de la sombra del posible fraude de derechos de terceros y, en particular, de la Hacienda Pública. En estas páginas se propone la regulación formal de la fiducia expresa: para su validez, las fiducias deberán ser expresas y formalmente constituidas en escritura pública, forma *ad solemnitatem*».

Realmente, no sabemos cuánto tiempo resistirán las objeciones causalistas que hiciera DE CASTRO a esta transmisión dominical así como al riesgo existente que de admitir la misma pudiera haber en cuanto a la enajenación por el fiduciario de la cosa dada en fiducia a terceros de buena fe, puesto que ya contamos también en el ámbito financiero con la admisión de la *fiducia cum creditore* en el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la improductividad y para la mejora de la contratación pública, de lo que en su momento también nos hicimos eco<sup>12</sup>. En esa ocasión, se reconoció la transmisión de la propiedad en la *fiducia cum creditore* a través de un Real Decreto Ley sin necesidad para ello ya que el artículo 4.3 de la Directiva 2002/47/CE prescribe literalmente lo siguiente: «Los Estados miembros que no permitan la apropiación el 27 de junio de 2002 no estarán obligados a reconocerla».

En una primera lectura de la literalidad del artículo 4.3 de la Directiva 2002/47/CE, se puede deducir que solo se está refiriendo a la apropiación del objeto de la garantía a favor del garante en el supuesto de ejecución de la obligación garantizada, lo que nos llevaría a analizar si en España se admitía a dicha fecha el pacto comisorio (la respuesta adelantada es no) o bien el pacto marciano (en nuestra opinión sí, aunque con ciertas cautelas que no se han considerado por completo en el texto del Real Decreto Ley 5/2005). Aunque una lectura más atenta, nos hace colegir que dicha apropiación, también se está refiriendo, en nuestra opinión, a la venta en garantía que se admite ahora de *«lege data»*, y que implica la existencia de un negocio jurídico fiduciario *«cum creditore»*, respecto del cual y como mínimo se afirma, y así creemos, la inexistencia de transmisión de propiedad derivada del mismo, y la existencia de una garantía subyacente, prohibida con carácter general por el artículo 1859 del Código civil.

Si en aquella ocasión fue un Real Decreto Ley, en esta ocasión parece ser el Tribunal Supremo quien parece apuntar argumentos para la cotitularidad fiduciaria en esta especie de fiducia gestión en este campo de las titulaciones con emisión de participaciones hipotecarias.

De esta forma, si estamos en lo cierto y efectivamente la relación entre la entidad emisora y el fondo aunque pueda reconocérsele un componente fiduciario, no es menos cierto que esta titularidad fiduciaria no puede suponer una cotitularidad o desdoblamiento de propiedades al modo material y formal que implique reconocer titularidad alguna del crédito en la entidad emisora de las participaciones hipotecarias, lo que habría de suponer por tanto la denegación

de la legitimación activa ordinaria a la entidad emisora, *ex* artículo 10.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resultando que la titularidad fiduciaria reside en realidad en el mandato o comisión mercantil (gestión) que los partícipes hipotecarios realizan con encomienda de las labores de custodia y administración a la sociedad emisora de las participaciones hipotecarias (actos de administración, en los términos del art. 1713 CC), y dado que hasta en la representación indirecta para adquirir se mantiene sin discusión la existencia de una única transmisión de propiedad directa desde el mandatario al principal, o sea, con cierto paralelismo podemos sostener que la gestión de cobro que efectúa la emisora en nombre propio (ya que como legislativamente se reconoce, no es necesario informar a los deudores hipotecarios de la titulación habida) y por cuenta de los partícipes respecto de los rendimientos económicos, no puede suponer más que la titularidad de los mismos se haya de reconocer explícitamente en los propietarios de las participaciones hipotecarias<sup>13</sup>.

Por lo tanto, si pese a los sólidos argumentos que se han ofrecido (aunque minoritariamente, en nuestra doctrina y jurisprudencia, a los que nos remitimos) no se acepta la tesis de la cesión ordinaria en la titulación de las participaciones hipotecarias que con mucha mayor claridad supondrían la denegación de la legitimación activa de la entidad emisora en el proceso ejecutivo, tampoco estimamos que con la tesis de la cotitularidad fiduciaria que nos ofrece esta Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2021 pueda sostenerse la legitimación activa ordinaria de la entidad emisora, por las razones expuestas, no tanto por negar la existencia de una titularidad fiduciaria sino por negar la transmisión dominical como consecuencia de dicha titularidad fiduciaria expresada en las facultades de custodia y administración de la entidad emisora.

Llegados a este punto tenemos un importante problema procesal que ya apuntaran con acierto CABRERA MERCADO y QUESADA LÓPEZ<sup>14</sup>, a la hora de postularse para poder ofrecer una solución al problema.

Si efectivamente se considera que ha existido una cesión del crédito en el proceso de emisión de las participaciones hipotecarias, los titulares de las participaciones hipotecarias no serían quienes aparecerían en el título ejecutivo como acreedores del mismo, pese a que materialmente pudiera sostenerse tal naturaleza en función de la relación jurídica material subyacente y debido al rigorismo procesal ejecutivo hipotecario, el reconocimiento de la legitimación activa ordinaria procesal en el proceso de ejecución hipotecario (pese a la titularidad material, *ex* artículo 10.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que pudiera defenderse al entenderse la cesión existente) no sería posible en función de la aplicación de los artículos 538.1 2, 682 y 685.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CABRERA MERCADO y QUESADA LÓPEZ, opinaban al respecto: «Interpretemos que el título ejecutivo del procedimiento de ejecución hipotecaria es solo la escritura de préstamo hipotecario, como dimana de los artículos 682 y 685.2 LEC, y si bien puede esgrimirse que la escritura pública de constitución de la hipoteca puede complementarse con otra escritura de cesión permaneciendo incólume el título (517.2.4.º de la LEC), no puede atribuirse tal carácter complementador a un documento que, si bien revestido con la forma de título nominativo, en modo alguno forma parte del título ejecutivo, ni constituye título fehaciente otorgado ante fedatario público, ni lo complementa al no clarificar quién es realmente la persona del acreedor. Similares conclusiones pueden arrojararse si se trata de un negocio fiduciario».

Ante lo anterior y dado que a nuestro juicio la titularidad material de la relación jurídica la ostentan los partícipes hipotecarios, la legitimación de la entidad emisora no podría venir dada por la legitimación ordinaria *ex* artículo 10.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y tendríamos que buscarla mediante la atribución de una legitimación extraordinaria *ex* artículo 10.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que expresamente prevé lo siguiente: «*Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular*», pese a que como hemos visto el Tribunal Supremo en la reciente Sentencia de 20 de octubre de 2020 haya negado la posibilidad de la legitimación extraordinaria sobre su postura negativa a la cesión ordinaria de créditos.

La atribución de la legitimación extraordinaria al emisor de las participaciones hipotecarias fue reconocida por el cuestionado Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada (Provincia de Madrid) de 6 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 95777) en contra de lo que una lectura no atenta del mismo pudiera ofrecer, ya que solo se limita por cuestiones procesales al despacho de ejecución complementaria (falta perpetuación de la legitimación extraordinaria para reconocer la legitimación activa para el despacho de ejecución complementaria, *ex* art. 579.1 LEC), cuando se pronunció, de nuevo con sumo acierto a nuestro juicio, del siguiente modo:

*b) El partícipe puede compeler a la ejecución del deudor por la entidad emisora (art. 15 IV fin. LMH), entendiéndose que es la ejecución hipotecaria (art. 31 a), c] y d] RMH 2009). En consecuencia, la entidad emisora ostenta legitimación extraordinaria para la acción hipotecaria en la cuantía de la participación, previa compulsión del partícipe. En sentido restrictivo, la legitimación extraordinaria de la entidad emisora no se extiende a la ejecución complementaria (art. 579.1 LEC) porque la ejecución complementaria es una novedad procesal posterior en el tiempo a la legislación especial (aunque es discutible, interpretamos el término «ejecución» como definición estática y no dinámica, porque está en juego una imposición a la entidad emisora [ in dubio minus ]) y, menos dudosamente, por interpretación contextual de otros enunciados del artículo reglamentario»<sup>15</sup>.*

La atribución legal de legitimación extraordinaria a la entidad emisora *ex* artículo 10.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil viene dada por los párrafos 3 y 4 de la citada disposición adicional primera del Real Decreto Ley 24/2021, de 2 de noviembre, que vienen a integrar el derogado artículo 15 IV de la Ley del Mercado Hipotecario.

CABRERA MERCADO y QUESADA LÓPEZ (*vid. op. cit.*) sin embargo también negaban la legitimación extraordinaria a la entidad emisora sobre la base de considerar que: «De este modo aplicando el principio restrictivo doblemente consolidado tanto por la especialidad ejecutiva hipotecaria como por la propia de la legitimación por sustitución, los artículos 538.1 y 2 y 682 y 685.2 LEC no reconocerían legitimación al emisor al carecer de su condición de acreedor como leyes especiales rectoras del proceso de ejecución, aunque pueda considerarse sustituto del titular de la participación».

No coincidimos con lo anterior, ya que precisamente la legitimación extraordinaria precisamente es atribuida a quien no es titular de la relación jurídica, *ex* artículo 10.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como porque ha sido la voluntad actual del legislador en 2021 el mantenimiento de la legitimación extraordinaria en la mencionada adicional primera del Real Decreto Ley 24/2021, de 2 de noviembre, que vienen a integrar el derogado artículo 15 IV de la Ley del Mercado Hipotecario. Precisamente si es cierto que el proceso de ejecución hipotecario goza de especialidad respecto del proceso ejecutivo ordinario, no es

menos cierto que el refrendo legislativo actual a la legitimación extraordinaria expuesta entendemos que implica una especialidad dentro de la especialidad que debería ser por tanto procesalmente respetada.

Entre otros motivos, con esta integración normativa efectuada tan recientemente vía Real Decreto Ley consideramos que se puede vencer la objeción que a dicha legitimación extraordinaria que hicieran Cabrera Mercado y Quesada López (*vid. op. cit*) quienes entendían que la Ley de Enjuiciamiento Civil había derogado tácitamente esta legitimación extraordinaria regulada en la Ley del Mercado Hipotecario, cuando afirmaban lo siguiente: «En tal caso, habría que interpretar que la legitimación extraordinaria establecida en la Ley del Mercado Hipotecario de 1981 en sus párrafos 4.º y 5.º del artículo 15 son tácitamente derogados por la disposición derogatoria única párrafo 3.º de la LEC del año 2000 (atendiendo al criterio de *lex posterior derogat prior* dado el conflicto con los comentados enunciados normativos respecto a la LEC, oponiéndose y resultando incompatibles)».

Entendemos que una modificación legislativa del artículo 685.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para incluir en el ámbito de aplicación del mismo a las participaciones hipotecarias junto a las cédulas y bonos con el objeto de que baste como documento a acompañar a la demanda ejecutiva en vez del título de crédito (*ex art. 685.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*) una certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca, complementándose dicha certificación con cualquier copia autorizada de la escritura de hipoteca, que podrá ser parcial comprendiendo tan solo la finca o fincas objeto de la ejecución, facilitaría la legitimación procesal de la entidad emisora de las participaciones hipotecarias.

### III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia 72/2021, del Tribunal Constitucional de 18 de marzo de 2021.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2021.
- Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada (Provincia de Madrid) de 6 de marzo de 2015.
- Resolución de la DGSJFP de 12 de junio de 2002.

### IV. BIBLIOGRAFÍA

CABRERA MERCADO y QUESADA LÓPEZ. *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 125, 2017.

CÁMARA LAPUENTE. Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1999.

CARO GÁNDARA. La transmisión de propiedad en garantía o fiducia cum creditore en el comercio internacional: su validez y eficacia en España. *AEDIpr*, t. XVII, 2017.

DE CASTRO. *El Negocio Jurídico*. Civitas, 1985, 422.

DÍEZ-PICAZO. Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios. *Dictámenes Jurídicos*, Civitas, 1987.

GIMENO SENDRA. ¿Puede un Juez inadmitir de oficio una demanda por falta de legitimación de las partes? *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2004.



- GONZÁLEZ MARTÍNEZ. El titular, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1928.
- GÓMEZ-GALLIGO. Aspectos notariales y registrales de la aportación de préstamos y créditos hipotecarios a los fondos de titulación. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 26, Sección Estudios, Primer semestre de 2020, Wolters Kluwer.
- HERNÁNDEZ-GIL. Notas a las SSTs de 10 de marzo y 25 de mayo de 1944, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.
- JORDANO BAREA. Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria [Notas sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1983 a la luz de la doctrina del Prof. Castro], *Anuario de Derecho Civil*, 1983.
- LACRUZ. *Elementos de Derecho civil*, II-1.º, Madrid, 2000.
- MATEO Y VILLA. De la fiducia gestión. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 704, 2007.
- MOYA FERNÁNDEZ, PÉREZ-PUJAZÓN y TRIGO SIERRA. Cesión de créditos y cuestiones prácticas de interés: Retracto de crédito litigioso y Titulación. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 44-2016.
- PANTALEÓN PRIETO. Negocio fiduciario, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995.
- REDONDO TRIGO. El pacto marciano, el pacto ex intervalo y la fiducia cum creditore en las garantías financieras del Real Decreto Ley 5/2005, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2007.
- REDONDO TRIGO. Algunos problemas de la titulación ante los procesos de ejecución hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753.
- SALVADOR CORDECH. Por una regulación general del fideicomiso *inter vivos* y de la fiducia expresa en el derecho español. *Indret*, 2.2021.

## NOTAS

<sup>1</sup> Con abundantes referencias, *vid.* recientemente, GÓMEZ-GALLIGO. Aspectos notariales y registrales de la aportación de préstamos y créditos hipotecarios a los fondos de titulación. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 26, Sección Estudios, Primer semestre de 2020, Wolters Kluwer.

<sup>2</sup> REDONDO TRIGO. Algunos problemas de la titulación ante los procesos de ejecución hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 604.

<sup>3</sup> *Vid., op. cit.*, 6.

<sup>4</sup> GIMENO SENDRA ¿Puede un Juez inadmitir de oficio una demanda por falta de legitimación de las partes? *La Ley*: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 5, 2004, págs. 1377-1385.

<sup>5</sup> MATEO Y VILLA. De la fiducia gestión. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 704, 2007, págs. 2630 y 2633.

<sup>6</sup> Díez-PICAZO. Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios. *Dictámenes Jurídicos*, Civitas, 1987, 32.

<sup>7</sup> PANTALEÓN PRIETO. Negocio fiduciario, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995, 4408.

<sup>8</sup> DE CASTRO. *El Negocio Jurídico*. Civitas, 1985, 422.

<sup>9</sup> GONZÁLEZ MARTÍNEZ, El titular, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1928, 272 y sigs.; CÁMARA LAPUENTE, Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 1999 1795-1799 y 1810-1813; HERNÁNDEZ-GIL, Notas a las SSTs de 10 de marzo y 25 de mayo de 1944, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1945-I, págs. 695-696; JORDANO BAREA, Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria [Notas sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1983 a la luz de la doc-



trina del Prof. Castro], *Anuario de Derecho Civil*, 1983, 1435 sigs.); LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-1.º, Madrid, 2000.

<sup>10</sup> DE CASTRO, *vid. op. cit.*, 424.

<sup>11</sup> SALVADOR CORDECH. Por una regulación general del fideicomiso *inter vivos* y de la fiducia expresa en el derecho español. *Indret*, 2. 2021.

<sup>12</sup> REDONDO TRIGO. El pacto marciano, el pacto ex intervalo y la fiducia cum creditore en las garantías financieras del Real Decreto Ley 5/2005, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2007, 355 sigs.

*Vid.*, también, CARO GÁNDARA. La transmisión de propiedad en garantía o fiducia cum creditore en el comercio internacional: su validez y eficacia en España. *AEDIpr*, t. XVII, 2017, 249-302.

<sup>13</sup> Expresamente el apartado 7 de la disposición adicional tercera del Real Decreto Ley 24/2021, de 2 de noviembre establece que: «*Tampoco será necesaria notificación al deudor de la emisión de la participación hipotecaria o del certificado de transmisión de activos*».

El legislador a buen seguro tuvo en cuenta la reciente Sentencia 72/2021, de 18 de marzo de 2021 del Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad 6835-2019. Dicha sentencia ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad, del artículo 29 de la Ley 6/2019, de 20 de febrero, del Estatuto de las personas consumidoras de Extremadura, disponía lo que sigue:

1. Se consideran créditos titulizados aquellos préstamos hipotecarios concertados por personas consumidoras, dentro del territorio de la comunidad autónoma de Extremadura, con una entidad financiera que se halle sujeta a la supervisión del Banco de España, que con posterioridad hayan sido cedidos por cualquier título a un fondo de titulización de acuerdo con lo establecido en la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y en la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondo de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria, así como la normativa que la desarrolla.

2. Las entidades financieras descritas en el apartado anterior que pretendan realizar una cesión a un fondo de titulización deberán informar con carácter previo, por escrito y de manera fehaciente a la persona deudora del crédito hipotecario. [...]

<sup>14</sup> CABRERA MERCADO y QUESADA LÓPEZ. *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 125, 2017.

<sup>15</sup> A nuestro juicio, carece obviamente de fundamento alguno la crítica a la concesión de la legitimación extraordinaria que se ha realizado el tan debatido Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada (Provincia de Madrid) de 6 de marzo de 2015 al calificar dicha aplicación de «doctrina exótica». *Vid.* MOYA FERNÁNDEZ, PÉREZ-PUJAZÓN y TRIGO SIERRA. Cesión de créditos y cuestiones prácticas de interés: Retracto de crédito litigioso y Titulización. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 44-2016, pág. 63, quienes se han pronunciado del siguiente tenor sobre el particular: Se han dictado también algunas resoluciones con doctrinas más exóticas —si se nos admite el término—, como la que resulta del auto dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Fuenlabrada de 6 de marzo de 2015, que, entendiendo que la titulización determina una cesión del crédito titulizado, mantiene que la legitimación de la entidad crediticia es un caso de legitimación extraordinaria que deriva de una expresa previsión legal y no de la titularidad de la relación jurídica controvertida, para sostener que, en consecuencia, la entidad de crédito tendría legitimación en el procedimiento de ejecución hipotecaria, pero no en el proceso de ejecución ordinaria que siguiese al anterior en caso de que no se lograra la satisfacción íntegra del crédito.

### 3. URBANISMO

## Definición de la unidad de ejecución y de las fincas de origen y de resultado en los proyectos de reparcelación tras la Ley 13/2015

### *Definition by plot-redivision files of the original and new plots and of the implementation unit after the 13/2015 Act*

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

*Abogado*

*RESUMEN:* Se analizan en este comentario los requisitos aplicables a la representación gráfica de las fincas de origen, las fincas de resultado y la delimitación de la unidad de ejecución por parte de los proyectos de reparcelación a la vista de la regulación contenida en la Ley 13/2015.

*ABSTRACT:* This comment analyzes the requirements of the 13/2015 Act regarding the definition by plot-redivision files of the original and new plots and of the implementation unit.

**PALABRAS CLAVE:** Georreferenciación. Identificación de fincas. Coordinación. Catastro. Registro de la Propiedad. Reparcelación. Fincas de origen. Fincas de resultado. Delimitación de la unidad de ejecución.

**KEY WORDS:** Georeferencing. Geocoding. Identification of estates. Coordination. Cadastre. Property Registry. Plot-redivision. Original plots. New plots. Implementation unit perimeters.

Resolución de 27 de enero de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

**SUMARIO:** I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA LEY 13/2015. 2. LA DEFINICIÓN DEL PERÍMETRO DE LA UNIDAD DE EJECUCIÓN. 3. LA DEFINICIÓN DE LAS FINCAS DE ORIGEN: A) *Reglas generales*. B) *Reglas especiales*. 4. LA DEFINICIÓN DE LAS FINCAS DE RESULTADO.

## I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Se presenta la certificación administrativa aprobatoria de un proyecto de reparcelación cuya inscripción se suspende por diversos motivos, de los cuales seleccionamos los siguientes a los efectos de este comentario:

a) En relación con la definición de las fincas de origen, se opone por la registradora la discordancia entre las superficies de las fincas de origen que constan en sus respectivos historiales registrales, la que resulta del Catastro y la superficie del ámbito incluido en el proyecto de equidistribución.

b) Respecto de las fincas de resultado, la calificación registral negativa se funda en que los archivos GML que contienen la representación gráfica de las mismas fueron enviados por correo electrónico, no existiendo forma de autenticar su contenido con relación al documento inscribible y en que el número de archivos GML es superior a las fincas resultantes del proyecto, existiendo problemas de identificación que no permiten alcanzar una correcta vinculación entre el archivo GML comprensivo de la representación gráfica y la concreta finca a que se refiere.

c) Finalmente, la calificación también se refiere a la definición del perímetro de la unidad de ejecución objeto del expediente, señalando que se aprecian discrepancias entre las superficies que arrojan las representaciones gráficas y las que resultan de su descripción literaria en el título inscribible, entendiéndose la registradora que ambas deben coincidir; sumando la superficie de las fincas resultantes del proyecto, esta resulta ser inferior a la superficie del ámbito, superficie esta última que también difiere de la que arroja la suma de los archivos GML.

## II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

Interpuesto recurso gubernativo contra la calificación registral, la Resolución de 27 de enero de 2021 estimó parcialmente el recurso. Reproducimos a continuación la argumentación empleada por ella tan solo en relación con los defectos reflejados en el apartado precedente.

«4. Pasando al análisis de los defectos señalados en la nota de calificación, la registradora objeta, en primer lugar, que la superficie de las fincas de origen consignadas en sus respectivos historiales registrales, la de la parcela catastral comprensiva de las tres fincas de origen, así como la superficie atribuida al Sector S-49 en el proyecto aprobado difieren entre sí.

La recurrente alega que ello se debe a que respecto de dos de las fincas de origen, solo se encuentran parcialmente incluidas en el ámbito del Sector (...).

No puede compartirse la interpretación que realiza la recurrente de la redacción contenida en el proyecto; de haberla seguido resultaría evidente que si solo se aportara al proyecto parte de una finca registral, sería preciso constatar tal modificación de la entidad hipotecaria, como operación previa.

(...) Delimitada la unidad de transformación urbanística, la reparcelación afecta solamente a los terrenos físicamente incluidos en su ámbito (arts. 71 y 77 del Reglamento de Gestión Urbanística), salvo que se trate de suelos exteriores adscritos (art. 4 del Real Decreto 1093/1197).

De ello resulta que, cuando solo una parte de la finca aportada está situada dentro del Sector, sea indispensable una operación previa de formación de la finca que debe integrarse en dicha unidad de ejecución, mediante la segregación

de la porción a aportar al sistema de ejecución, operación que será objeto de inscripción en el folio de la finca de origen con carácter previo a la inscripción del Proyecto de Compensación, conforme al artículo 18.1 del Real Decreto 1093/1997.

En el caso que nos ocupa, como resulta del propio proyecto aprobado, se ha realizado una medición topográfica en la que se ha determinado la superficie de las fincas de origen, de tal manera que como resulta de los artículos 68.5 del texto refundido de la Ley del Suelo y 8.1 del Real Decreto 1093/1997, «la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución será título suficiente para: (...) la rectificación de su extensión superficial o de sus linderos o de cualquiera otra circunstancia descriptiva, sin necesidad de otro requisito», lo que concuerda con el contenido del artículo 103 del Reglamento de Gestión Urbanística, que en su apartado 3 resuelve la discordancia entre los títulos y la realidad física de las fincas, otorgando prevalencia a esta sobre aquellos.

No obstante, el defecto, tal y como ha sido formulado, no puede ser confirmado, ya que del proyecto presentado resulta que estamos ante una rectificación de la extensión superficial atribuida a las fincas de origen, que no precisaría de ningún otro requisito para su constancia registral por ser este —la rectificación de los datos descriptivos de las fincas de origen, entre ellos su superficie— un efecto de la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación (...).

Todo ello sin perjuicio de lo que seguidamente se dirá.

5. Relacionado con lo anterior, indica la registradora en su calificación la existencia de unos terrenos libres ubicados al Norte y Sur de la parcela catastral, señalando la recurrente que tales terrenos son el resto de las fincas que son objeto de aportación parcial al proyecto de equidistribución, pero ya se ha indicado en el anterior fundamento que no resulta del proyecto aprobado la existencia de operación previa de modificación hipotecaria alguna.

En cuanto a la forma de proceder en tales casos, la Resolución Conjunta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y de la Dirección General de Catastro de 7 de octubre de 2020, publicada con posterioridad a la calificación, pero cuyos postulados son de interés por aclarar las normas aplicables al caso en su apartado decimocuarto señala que:

«a) En los expedientes administrativos que impliquen una reordenación de la propiedad, o supuestos análogos, en los ámbitos de ejecución previamente determinados conforme a la normativa aplicable, es requisito esencial que la delimitación perimetral externa de dichas unidades o ámbitos de ejecución, que se corresponde con el perímetro exterior de las fincas resultantes, sean privativas o demaniales, se defina previamente de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9, letra b), de la Ley Hipotecaria, de modo que dicha delimitación respete a su vez la configuración perimetral externa de las parcelas catastrales afectadas.

b) Las identificaciones cartográficas y descriptivas del ámbito o Unidad de ejecución así como de todas las fincas resultantes, podrán ser realizadas con anterioridad al inicio del expediente administrativo o como un trámite más dentro del mismo, al objeto de hacer posible la asignación de la referencia catastral a cada una de las fincas resultantes del procedimiento administrativo de reordenación de la propiedad (...).

En el supuesto de este expediente tal delimitación perimetral externa se ha llevado a cabo como un trámite más del expediente administrativo correspondiéndose con el perímetro exterior de las fincas resultantes, a través de la correspondiente representación gráfica alternativa, que será comunicada al Catastro a efectos de la asignación por este de las correspondientes referencias catastrales (art. 48 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario).

Sin embargo, las incoherencias que plantea la registradora sobre estos terrenos ponen de manifiesto dudas sobre la existencia de operaciones de modificación de entidad hipotecaria para delimitar la unidad de actuación que no están expresamente documentadas, operaciones que en ningún caso pueden entenderse implícitas en la redacción del proyecto.

Lo cual corrobora la recurrente al referirse al resto de la finca registral 1388, y al resto de la finca 1369, al afirmar que las rectificaciones superficiales en realidad suponen una aportación parcial de fincas al proyecto de reparcelación. Es por ello que, no constando dicha formalización de la operación previa de segregación, debe confirmarse la calificación de la registradora en este punto.

6. Respecto de la aportación de los archivos GML correspondientes a las fincas de resultado mediante la remisión de correo electrónico dirigido al Registro de la Propiedad (...), no encaja en ninguno de los «medios de presentación» contemplados en el artículo 248 de la Ley Hipotecaria, pues aunque en sentido amplio se pueda considerar que es una modalidad de «remisión telemática», esta concreta modalidad no es la que contempla el número 3 de dicho artículo, ya que no cumple los requisitos establecidos en dicho número y en el artículo 112.5.2.<sup>ª</sup> de la Ley 24/2001, ni respeta el principio de titulación pública (cfr. arts. 3 de la Ley Hipotecaria y 420 del Reglamento Hipotecario), por lo que no debe entenderse admisible.

(...) Descartada la posibilidad de presentación de documentos por medio de correo electrónico, aunque sean complementarios del título inscribible, no existe por otra parte obstáculo para que las representaciones gráficas correspondientes a las fincas de resultado acompañen al título inscribible, superando así el defecto de su autenticación en relación con el título aducido por la registradora, siempre que pueda determinarse la correspondencia de cada finca con su respectiva representación gráfica lo que, en el caso de este expediente, viene enormemente facilitado por constar en la propia certificación la ficha o cédula de cada una de las fincas resultantes con constancia de sus coordenadas georreferenciadas.

Igualmente, nada obsta a que la propia certificación administrativa haga referencia a los distintos archivos o soporte en que consten las representaciones gráficas como documento complementario de la misma.

7. Alega también la registradora que 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.

En concreto, señala que la superficie de las fincas resultantes del proyecto (según se afirma en la calificación, 205 526,93 metros cuadrados), esta resulta ser inferior a la superficie del ámbito (217 200 metros cuadrados), superficie esta última que también difiere de la superficie que arroja la suma de los archivos GML, resultando esta ser de 217 242,42 metros cuadrados (según afirma la calificación).

La recurrente, por su parte aduce que ello se debe a un error en la suma realizada en la calificación, al no tener en cuenta una parcela de 11 675 metros cuadrados destinada a aparcamiento, existiendo además otra pequeña diferencia de 1,93 metros cuadrados, la cual corresponde a una de las pequeñas parcelas de servicios. Sumando, por tanto, las parcelas resultantes 217 201,93 metros cuadrados.

En la mayor parte de las fincas de resultado se observan diferencias de superficie de escasa entidad, de tal forma que, de conformidad con el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, «una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación».

Ahora bien, respecto de algunas de las fincas de resultado, conforme al análisis de contraste entre las fincas de resultado y sus respectivas representaciones gráficas que realiza la registradora y que se tratará más adelante, se aprecian diferencias de cabida significativas entre la que consta en el título calificado y la que resulta de su representación gráfica georreferenciada, resultando una exigencia para la incorporación al folio registral de su representación gráfica que se aprecie una correspondencia entre la descripción de la finca que conste en el título y la que resulte de la representación gráfica de la misma que se pretende inscribir (Resolución de 27 de julio de 2017); sin que por otra parte constituya impedimento alguno que más de un archivo GML se corresponda con una sola finca de resultado, pues ello podría ocurrir respecto de fincas discontinuas (piénsese, por ejemplo, en las fincas destinadas a viales).

8. En este punto, alega la recurrente que, por contener el proyecto las cédulas urbanísticas de las fincas resultantes con sus coordenadas de ubicación geográfica, debería entenderse cumplido el requisito de aportación de la representación gráfica de las fincas, toda vez que la Ley Hipotecaria no concreta un determinado tipo de archivo o soporte en que deban estar contenidas.

Debe indicarse que como ya ha señalado este Centro Directivo, la Resolución Conjunta de esta Dirección General y la Dirección General del Catastro de fecha 26 de octubre de 2015, publicada por Resolución de la Subsecretaría de Justicia de 29 de octubre de 2015 fijó unos requisitos pormenorizados aplicables a las representaciones gráficas que pretenden tener acceso al Registro (...). Los archivos GML remitidos por correo electrónico no reúnen todos los requisitos técnicos expuestos.

Ahora bien, dicha deficiencia será fácilmente subsanable, ya que el punto 4 del repetido apartado séptimo de la Resolución Conjunta prevé que «cuando se aporte una representación gráfica que se derive de la digitalización sobre la cartografía catastral, que deberá especificar en su caso la documentación cartográfica de apoyo utilizada, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el número 1 de este apartado se podrá acreditar aportando el informe de validación técnica del Catastro, previsto en el número 4 del apartado segundo de esta resolución. A tal efecto cualquier interesado, siempre que se encuentre debidamente identificado, podrá utilizar los servicios, que estarán disponibles en la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro, de descarga de la geometría de las parcelas catastrales y de validación técnica de las parcelas resultantes de la modificación realizada» (...).

9. Sobre esta cuestión objeta también la registradora que existen problemas para relacionar cada una de las fincas resultantes del proyecto con su respectiva representación gráfica, entendiendo que deberían nombrarse cada uno de los archivos GML de tal forma que, de manera inequívoca, permitan realizar tal identificación. La registradora, en su calificación realiza tal labor de identificación en algunos casos por «suposición», según resulta literalmente del contenido del Anexo A de la nota de calificación.

(...) Resulta evidente que, dados los trascendentales efectos que implica la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca no puede dejarse a una mera suposición del registrador la correspondencia entre cada finca de resultado y su respectiva representación gráfica, siendo preciso que los archivos GML se encuentren nombrados de tal forma que permitan realizar de forma totalmente inequívoca la labor de análisis de dicha correspondencia.

Y ello, aunque en el caso de este expediente el título contenga la ficha o cédula de cada finca resultante de los datos relativos a su superficie y coordenadas de

ubicación geográfica, pues dichas cédulas que contienen el plano de las fincas de resultado no constituyen una representación gráfica de las fincas y que dan cumplimiento a los requisitos técnicos anteriormente citados. En consecuencia, el recurso en este punto debe ser desestimado».

### III. COMENTARIOS

#### 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA LEY 13/2015

Como es sabido, la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria y del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, ha supuesto un avance decisivo en el camino iniciado tímidamente hace décadas con el fin de coordinar el Catastro y el Registro de la Propiedad.

La profundidad de la reforma ha generado una importante doctrina administrativa para tratar de esclarecer ciertas dificultades en su interpretación y aplicación práctica, de la que son muestra la Resolución Conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro de 26 de octubre de 2015, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad, la Resolución de 26 de octubre de 2015, de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para dar cumplimiento a las obligaciones de suministro de información por los notarios establecidas en el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, la 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 y la Resolución Conjunta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y de la Dirección General del Catastro de 23 de septiembre de 2020, por la que se aprueban especificaciones técnicas complementarias para la representación gráfica de las fincas sobre la cartografía catastral y otros requisitos para el intercambio de información entre el Catastro y el Registro de la Propiedad.

Entre las novedades de la Ley 13/2015 destaca la previsión de la incorporación al folio real de la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria. Dicha incorporación es imperativa en algunos casos y potestativa en los demás. Es imperativa en los supuestos previstos en el artículo 9.b, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, en su redacción dada por aquella, según el cual «la inscripción contendrá las circunstancias siguientes: (...) Siempre que se inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices».

Fuera de los casos anteriores, el párrafo siguiente del mismo artículo 9.b añade la posibilidad de incorporación de la representación gráfica con carácter potestativo al tiempo de formalizarse cualquier acto inscribible o como operación registral específica con aplicación en ambos casos de los requisitos establecidos en el artículo 199 de la misma Ley. Para ello se regula el procedimiento de coordinación de la descripción de las parcelas catastrales con las fincas registrales que se refieran a la misma porción del territorio, en el que con carácter general la



representación gráfica a inscribir en el Registro de la Propiedad será la contenida en la certificación catastral descriptiva y gráfica o, en los supuestos legalmente previstos, una representación gráfica alternativa. También se contempla la existencia de un sistema de intercambio mutuo de información entre el Catastro y el Registro de la Propiedad.

La incorporación de la representación gráfica al Registro de la Propiedad puede obtenerse a través de dos medios posibles, según los artículos 9 y 10 de la Ley Hipotecaria. De ellos resulta una regla general y otra especial. La primera consiste en la necesidad de aportar a tal efecto la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca. La regla especial permite que tal incorporación tenga lugar con base en una representación gráfica alternativa a la catastral, pero solo en determinados supuestos: «cuando el acto inscribible consista en una parcelación, reparcelación, segregación, división, agrupación, agregación o deslinde judicial, que determinen una reordenación de los terrenos y cuando se trate de procedimientos de concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad extrarregistral del título VI de la citada Ley en los que expresamente se admita esta fórmula alternativa.

En los casos en que se admite la representación gráfica georreferenciada alternativa, es preciso obtener su validación por parte del Catastro. La Resolución Circular de 2015 antes citada regula el informe de validación gráfica alternativa, que se obtiene en la sede electrónica de la Dirección General del Catastro, y lo configura como el elemento que permite acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos de las representaciones gráficas georreferenciadas alternativas para poder ser incorporadas a la cartografía catastral, siendo indispensable para obtener la coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad.

En relación con los proyectos de reparcelación, es de destacar que la Ley 13/2015 se limita a introducir en los artículos 9 y 10 de la Ley Hipotecaria las dos alusiones a los mismos antes referidas, pero no se detiene en desentrañar los múltiples interrogantes que plantea la aplicación práctica de tales normas, para lo cual resultan de gran utilidad las reglas contenidas en las resoluciones a las que nos hemos referido al principio de este apartado, especialmente en las resoluciones conjuntas de 2015 y 2020.

En este sentido, es de destacar que la regulación no aclara cuál es el objeto sobre el que ha de recaer la identificación gráfica georreferenciada, es decir, si se refiere a las fincas de origen o a las de resultado y si se extiende o no al perímetro de toda la unidad de ejecución. A estas cuestiones dedicamos los apartados que siguen.

## 2. LA DEFINICIÓN DEL PERÍMETRO DE LA UNIDAD DE EJECUCIÓN

La definición del perímetro de la unidad de ejecución en los expedientes reparcelatorios no se contempla en la Ley 13/2015, pero sí se refiere a esta cuestión la antes citada resolución conjunta de 2020, que exige que el proyecto defina la delimitación perimetral externa de la unidad de ejecución en los términos previstos en su apartado decimocuarto.

Esta definición cartográfica del perímetro exterior de la unidad de ejecución permite definir y encajar posteriormente los recintos de las fincas resultantes de forma coherente a su descripción alfanumérica para la asignación de referencia catastral a los mismos y para la obtención del informe de validación gráfica positivo en la sede electrónica de la Dirección General del Catastro, lo cual po-

sibilita la adecuada coordinación de los inmuebles resultantes entre el Catastro y el Registro de la Propiedad.

A tal fin, en los expedientes administrativos que impliquen una reordenación de la propiedad, o supuestos análogos, en los ámbitos de ejecución previamente determinados conforme a la normativa aplicable, es requisito esencial que la delimitación perimetral externa de dichas unidades o ámbitos de ejecución, que se corresponde con el perímetro exterior de las fincas resultantes, sean privativas o demaniales, se defina previamente de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9, letra b, de la Ley Hipotecaria, de modo que dicha delimitación respete a su vez la configuración perimetral externa de las parcelas catastrales afectadas.

De la anterior remisión se desprende que la definición de la delimitación perimetral externa de la unidad de ejecución ha de realizarse mediante la inserción de la representación gráfica georreferenciada de la unidad y la expresión de las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.

Ahora bien, dado que la delimitación de la unidad de ejecución es realizada por el planeamiento urbanístico y que no necesariamente ha de coincidir con la configuración catastral de la zona afectada (normalmente se aparta de ella por incluir parcelas que solo en parte se encuentran dentro de la unidad de ejecución, como veremos), entendemos que la incorporación de la representación gráfica georreferenciada de dicha delimitación no puede realizarse sino mediante la aplicación de la regla especial antes referida, es decir, con base en una representación gráfica georreferenciada alternativa de todo el perímetro de la unidad que reúna los requisitos establecidos a tal fin.

La resolución conjunta de 2020 también determina que las identificaciones cartográficas y descriptivas del ámbito o unidad de ejecución, así como las de todas las fincas resultantes, pueden ser realizadas al inicio del expediente administrativo o como un trámite más dentro del mismo, al objeto de hacer posible la asignación de la referencia catastral a cada una de las fincas resultantes del procedimiento administrativo de reordenación de la propiedad.

En el caso contemplado por la Resolución de la Dirección General de 27 de enero de 2021, objeto de este comentario, la delimitación perimetral de la unidad de ejecución se lleva a cabo como un trámite más del expediente administrativo a través de la correspondiente representación gráfica alternativa. Sin embargo, las incoherencias referidas en la calificación registral ponen de manifiesto dudas sobre la existencia de operaciones de modificación de entidades hipotecarias para delimitar la unidad de actuación que no están expresamente documentadas en el expediente analizado, operaciones que en ningún caso pueden entenderse implícitas en la redacción del proyecto.

### 3. LA DEFINICIÓN DE LAS FINCAS DE ORIGEN

#### A) *Reglas generales*

En la aplicación a los proyectos de reparcelación las normas contenidas en los artículos 9 y 10 de la Ley Hipotecaria surge la duda de si la exigencia de la constatación registral de la representación gráfica georreferenciada es predicable de las fincas de origen, de las de resultado o de las de ambas.

Desde mucho antes de la Ley 13/2015, los proyectos de reparcelación han de representar gráficamente tanto las fincas de origen como las de resultado y el perímetro de la unidad de ejecución. Así se desprende del artículo 82 del

Reglamento de Gestión Urbanística de 1978, que en su apartado 1.f enumera los planos que necesariamente ha de contener todo proyecto de reparcelación. Entre ellos se encuentran el plano de delimitación e información (con expresión de los límites de la unidad reparcelable, linderos de las fincas afectadas, edificaciones y demás elementos existentes sobre el terreno), el plano de adjudicación (con expresión de los linderos de las fincas resultantes adjudicadas) y un plano superpuesto de los dos anteriores.

Tras la citada Ley, parece claro que las fincas resultantes han de estar georreferenciadas en el plano de adjudicación. Sin embargo, dado que el plano de superposición de dicho plano con el que contiene las fincas de origen (el plano de delimitación e información) permite obtener también la georreferenciación de estas últimas mediante la correspondiente herramienta informática, no tiene mucho sentido sostener que la nueva exigencia solo se aplica a las primeras y en ningún caso a las segundas. Cabe, pues, afirmar que los proyectos de reparcelación han de contener la representación gráfica tanto de las fincas de origen como de las de resultado y que esta representación gráfica ha de estar convenientemente georreferenciada, aunque para las fincas de origen no sea rigurosamente necesario reflejar de manera explícita las coordenadas georreferenciadas de sus vértices. Y todo ello se entiende sin perjuicio de la necesidad de aportar la certificación catastral de las fincas de origen a que enseguida hacemos referencia.

Normalmente la representación gráfica de las fincas de origen será la catastral, conforme a la regla general del artículo 10.1 de la Ley Hipotecaria, y la de las fincas de resultado será la alternativa prevista en el 10.3.b. Así parece entenderlo la resolución conjunta de 2015 en su apartado quinto, punto 1, en los términos que veremos al analizar la definición de las fincas de resultado.

Por tanto, parece que los planos que tradicionalmente acompañan a los proyectos de reparcelación, tanto de las fincas de origen como de las de resultado, han de quedar en lo sucesivo georreferenciados. En el caso de las primeras, normalmente se tomará como base para ello las correspondientes certificaciones catastrales descriptivas y gráficas conforme a la regla general del artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria antes expuesto, mientras que la representación gráfica de las fincas de resultado será de ordinario la complementaria o alternativa prevista en el artículo siguiente.

Antes de hacer referencia a algunas reglas especiales conviene recordar que, para el caso de existir edificaciones en alguna de las fincas de origen de la reparcelación, el artículo 7.7 del Real Decreto 1093/1997 establece que el proyecto de equidistribución debe contener «la descripción de las construcciones que se mantienen y especificación de las fincas de resultado en que se ubican» y que «se expresarán, en su caso, las construcciones existentes, aunque no hubieran sido objeto de previa inscripción registral». Esta materia también ha quedado afectada por la Ley 13/2015, que ha sustituido la regulación que de las declaraciones de obra nueva contenía el antiguo artículo 208 de la Ley Hipotecaria por el contenido del nuevo artículo 202, que exige que la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación quede identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica, exigencia que parece extensible sin dificultad a los proyectos de reparcelación<sup>1</sup>.

### *B) Reglas especiales*

Expuesta la regla general consistente en la definición de las fincas de origen mediante la representación gráfica catastral, vamos a referirnos a algunos su-

puestos especiales; en algunos de ellos la representación gráfica aplicable a las fincas de origen es la alternativa o complementaria y en otros no será necesario aportar ni la alternativa ni la catastral.

a) Así sucederá, en primer lugar, cuando se trate de fincas que solo parcialmente estén incluidas en la unidad de ejecución, en cuyo caso se requiere la aportación de la representación gráfica alternativa tanto de la parte interior como de la exterior. Así lo entiende la resolución conjunta de 2020 cuando señala en su apartado decimocuarto, 1.b, párrafo segundo, que «A tal efecto, debe tenerse presente que cuando la actuación administrativa afecte solo parcialmente a alguna de las parcelas que hayan de integrarse en la misma, será necesario que la representación gráfica que se aporte identifique y determine gráficamente tanto la superficie afectada por el expediente como la referida a la parte excluida, siempre respetando la delimitación perimetral externa de las parcelas afectadas».

En tales casos, el proyecto realizará las segregaciones correspondientes a fin de separar la parte de la finca interior y la exterior de las fincas originarias que se encuentren en esta situación, debiendo atenderse a la disposición contenida en el apartado quinto de la misma resolución conjunta cuando establece que «En las segregaciones, la regla general implica que habrá de inscribirse y coordinarse la representación gráfica georreferenciada tanto del resto de la matriz como de la porción segregada. Sin embargo, cuando se trate de fincas registrales con segregaciones o expropiaciones pendientes, que no hayan accedido al folio registral de la matriz y en las que no sea posible la determinación de la finca restante, la inscripción gráfica georreferenciada podrá limitarse exclusivamente a la parte segregada».

b) En nuestra opinión, también habría de aportarse una representación gráfica alternativa de una finca de origen cuando en el proyecto de reparcelación se pusiera de manifiesto la falta de correspondencia entre el Catastro y la realidad física de dicha finca. Así resultaría de la aplicación analógica del artículo 199.2 de la Ley Hipotecaria, cuyo párrafo primero dispone que «Cuando el titular manifieste expresamente que la descripción catastral no se corresponde con la realidad física de su finca, deberá aportar, además de la certificación catastral descriptiva y gráfica, una representación gráfica georreferenciada alternativa». Si bien esta regla se inserta en el expediente específico previsto por el citado precepto, su aplicación analógica a este caso vendría avalada por la Resolución de 19 de diciembre de 2019, que la contempla cuando se trata de cumplir la misma finalidad de lograr la rectificación descriptiva de una finca registral.

c) La citada resolución conjunta de 2015 contiene en su apartado decimocuarto, 3.A, párrafo tercero, la siguiente regla especial: «Cuando para practicar la inscripción registral se haya optado por la agrupación instrumental de todas las fincas afectadas por el expediente de equidistribución para su posterior división como fincas independientes, no será necesaria la inscripción previa de la representación gráfica de la misma, sin perjuicio de la observancia en su descripción del criterio antes expresado en relación con la delimitación cartográfica de la Unidad conforme a lo dispuesto en el artículo 9 letra b) de la Ley Hipotecaria, al objeto de proceder a la inscripción y coordinación de las fincas resultantes».

d) Cuando alguna de las fincas de origen no esté inmatriculada, el proyecto debe proceder a su inmatriculación, conforme a los artículos 68.5 del texto refundido de la Ley de Suelo y Ordenación Urbana de 2015 y 8.1 del Real Decreto 1093/1997.

Por su parte, el artículo 204.1.º de la Ley Hipotecaria, redactado por la Ley 13/2015, dispone que «Además del procedimiento prevenido en el artículo ante-

rior y la posibilidad de inscripción de los títulos previstos en los artículos 205 y 206, podrá obtenerse también la inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad en los siguientes supuestos: 1.º Cuando se trate de fincas aportadas a expedientes de transformación o equidistribución urbanística y se pretenda la inmatriculación en virtud de los documentos en cuya virtud se proceda a la inscripción de las fincas de resultado (...).

A este supuesto se refiere también el apartado decimocuarto 3.A, párrafo primero, de la resolución conjunta de 2020, según el cual: «Cuando proceda la inmatriculación de alguna de las fincas aportadas al expediente de equidistribución en los términos establecidos en la legislación hipotecaria, no será necesario aportar su representación gráfica catastral o alternativa, bastando con la delimitación perimetral de la Unidad en los términos expresados anteriormente».

e) Los mismos artículos citados en la letra precedente habilitan al proyecto de equidistribución para rectificar la extensión superficial, los linderos o cualquier otra circunstancia descriptiva de las fincas de origen. Esta cuestión es analizada por la Resolución de la Dirección General de 27 de enero de 2021 en los términos expuestos. Por su parte, la Resolución de 12 de febrero de 2016 señala que «En los casos en los que tal inscripción de representación gráfica no es meramente potestativa, sino preceptiva, como ocurre con los supuestos enunciados en el artículo 9, letra b, primer párrafo, la falta de una remisión expresa desde el artículo 9 al artículo 199 supone que con carácter general no será necesaria la tramitación previa de este procedimiento, sin perjuicio de efectuar las notificaciones previstas en el artículo 9, letra b, párrafo séptimo, una vez practicada la inscripción correspondiente. Se exceptúan aquellos supuestos en los que, por incluirse además alguna rectificación superficial de las fincas superior al 10% o alguna alteración cartográfica que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz que resulte de la cartografía catastral (cfr. art. 9, letra b, párrafo cuarto), fuera necesaria la tramitación del citado procedimiento para preservar eventuales derechos de colindantes que pudieran resultar afectados».

#### 4. LA DEFINICIÓN DE LAS FINCAS DE RESULTADO

El proyecto de reparcelación ha de contener necesariamente las representaciones gráficas georreferenciadas de las fincas de resultado, conforme al artículo 9.b de la LH y al punto 1 del apartado quinto, párrafo primero, de la resolución conjunta de 2015, ya expuestos.

La representación gráfica de las fincas de resultado contenida en los proyectos de reparcelación puede tener por base la cartografía catastral o la representación gráfica alternativa. Esta doble posibilidad resulta avalada por la resolución conjunta de 2015 al afirmar en su apartado quinto, punto 1, que «Cuando se presenten en el Registro de la Propiedad documentos públicos derivados de la aprobación de expedientes de concentración parcelaria, deslinde, expropiación forzosa, de transformación o equidistribución urbanística, y de parcelación, segregación, división, agregación o agrupación de los bienes inmuebles, que no incorporen la representación gráfica catastral de las nuevas fincas resultantes, así como en los supuestos del artículo 199.2 de la Ley Hipotecaria, los documentos presentados para la inscripción deberán incorporar la referencia catastral y la certificación catastral descriptiva y gráfica de cada una de las parcelas catastrales afectadas referidas a la situación anterior al hecho, acto o negocio objeto de inscripción, junto con la representación gráfica alternativa de las fincas resultantes derivada

de los planos que reflejen dichas alteraciones, que deberá cumplir las especificaciones técnicas contempladas en el apartado séptimo de esta resolución».

Así, puede suceder que el proyecto de reparcelación incorpore ya la representación gráfica catastral de las fincas de resultado, por haberse asignado a estas una referencia catastral antes de la inscripción de aquel. Este supuesto es contemplado por la resolución conjunta de 2020 en su apartado decimoquinto, punto 4, bajo el título «Asignación de la referencia catastral con carácter previo a la inscripción», que señala que, «Con independencia de la comunicación de información que en su caso haya de realizar el Registrador de la Propiedad de acuerdo con el artículo 204 de la Ley Hipotecaria, la coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad puede facilitarse si una vez concluido el expediente administrativo de reordenación de la propiedad o deslinde, el órgano competente para su tramitación o las partes interesadas presentan en el Catastro el título inscribible en el que conste la representación gráfica del ámbito o Unidad de ejecución y de las fincas resultantes en la forma establecida en el número 1 de este apartado.

Verificado tal extremo, el Catastro procederá a asignar la referencia catastral a la totalidad de las parcelas resultantes del expediente administrativo, incluyendo los espacios de dominio público, siempre que abarquen la totalidad de la superficie objeto de la reordenación de la propiedad o deslinde, exista coherencia descriptiva y topológica entre los datos alfanuméricos y gráficos de cada una de ellas y sus titulares hayan tenido en el expediente la intervención prevista por la normativa aplicable.

Dicha asignación previa de la referencia catastral o de un identificador provisional a las parcelas resultantes, podrá solicitarse directamente por el propio Registrador de la Propiedad a través de la sede electrónica de la Dirección General del Catastro, previa calificación del título inscribible, mediante un informe específico de validación gráfica positivo, que podrá obtenerse, en su caso, siempre que los archivos en formato GML cumplan con los requisitos técnicos establecidos en la presente Resolución. En tal caso, para practicar la inscripción de la representación gráfica de las fincas bastará con hacer constar el código seguro de verificación del referido informe a partir del que el Registrador de la Propiedad podrá obtener las referencias catastrales o el identificador provisional de cada una de las fincas resultantes así como el archivo GML de su correspondiente representación gráfica.

La asignación previa de referencia catastral o identificador provisional recogida en el párrafo anterior, podrá ser igualmente aplicable a los casos a los que se refiere el apartado quinto de la presente resolución en que las modificaciones físicas de parcelas catastrales no afectan a parcelas colindantes, previa calificación de la legalidad de las operaciones registrales solicitadas.

En estos casos la finca se inscribirá como coordinada, y tratándose de un identificador provisional, el Catastro deberá comunicar al Registro de la Propiedad la referencia catastral definitiva para su constancia por nota marginal en la forma establecida en la norma técnica de comunicación».

Fuera del supuesto precedente, será necesario aportar la representación gráfica alternativa de las fincas de resultado siendo de aplicación la siguiente norma del artículo 204 de la Ley Hipotecaria: «Cuando las nuevas fincas creadas en virtud de los procedimientos a que se refiere este precepto no hubieran sido incorporadas previamente al plano parcelario catastral con delimitación de las parcelas que hayan de corresponderles, el registrador remitirá por medios electrónicos a la Dirección General del Catastro copia de la representación gráfica aportada

para la inmatriculación el día siguiente al de su presentación en el Registro de la Propiedad. El Catastro devolverá al registrador las referencias catastrales de las fincas objeto del acto de que se trate para su incorporación al asiento, y la representación gráfica catastral indicando, en su caso, si la finca ha de entenderse coordinada con la descripción gráfica catastral. Una vez practicada la inmatriculación, el registrador expedirá el edicto a que se refiere la regla séptima del apartado 1 del artículo anterior».

Por otro lado, la necesidad de aportar la representación gráfica de las fincas de resultado es igualmente aplicable a aquellas que consistan en viales o equipamientos. El apartado decimocuarto, punto 3.A, párrafo cuarto, de la resolución conjunta de 2020 señala al respecto que «A los terrenos destinados a viales y equipamientos públicos resultantes del proyecto de equidistribución les será asignada una referencia catastral asociada a un recinto gráfico».

Por último, en todos aquellos supuestos en que se haya aportado una representación gráfica alternativa, el registrador remitirá la información al Catastro, de acuerdo con su normativa reguladora, para que este practique, en su caso, la alteración que corresponda. De practicarse la alteración, la Dirección General del Catastro lo trasladará al Registro de la Propiedad, a efectos de que el registrador haga constar las referencias catastrales correspondientes, así como la circunstancia de la coordinación, e incorpore al folio real la representación gráfica catastral, conforme al artículo 10.3 de la Ley Hipotecaria.

## NOTAS

<sup>1</sup> Sobre esta cuestión puede verse LANZAS MARTÍN, E.P., *La georreferenciación de edificaciones y de fincas resultantes de una reparcelación*, RCDI núm. 774, 2019, págs. 2145-2155.





RECENSIONES  
BIBLIOGRÁFICAS



CERVILLA GARZÓN M.<sup>a</sup> Dolores: «*Jurisprudencia y doctrina en torno a las obligaciones de medios*», Aranzadi, 2021. «El empoderamiento de las obligaciones de medios: un estudio crítico».

por

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO  
*Catedrática de Derecho civil. UNED*

Le atribuyen a Pablo PICASSO aquello de que «la inspiración existe pero que te pille con el pincel en la mano». Y siempre con la pluma —o el bolígrafo— es como la inspiración sorprende a la profesora CERVILLA GARZÓN, porque su tesón en el trabajo y su constancia son la base sobre la que se asienta la gran capacidad creativa de María Dolores. Esa capacidad cristaliza aun cuando aborde temas clásicos como el de las obligaciones de medios y de resultado que constituye el objeto de su última monografía hasta la fecha. *The latest, no the last*: ¿sabías las lenguas como el inglés, o el gallego, que diferencian y piensan que la última no es la última del todo!

Bajo el título de *Jurisprudencia y doctrina en torno a las obligaciones de medios*, la autora aborda una materia que la acompaña desde los inicios de su vida académica y al que ella «vuelve», desplegando su mejor *know how* sobre este tema, con ocasión del Proyecto I+D+i que ella misma lidera, titulado «Jurisprudencia y doctrina: incidencia de la doctrina española en las resoluciones de los órdenes civil, penal y laboral» (DER2016-74971-P). Porque es en el ámbito de las obligaciones de medios y de resultado donde la profesora CERVILLA detecta una mayor influencia de los estudios doctrinales en la jurisprudencia y donde se puede percibir con claridad esta interacción.

El libro se estructura, de modo impecable, en cuatro capítulos acompañados de un Anexo Jurisprudencial de indudable utilidad para los operadores jurídicos. En el primer capítulo se expone el origen y construcción de las obligaciones de medios y de resultado en el panorama doctrinal, destacando, a mi juicio, lo relativo a las funciones de la culpa en las obligaciones de medios y la carga de la prueba. En el segundo, la autora se ocupa de reflejar y analizar con detalle el tratamiento de las obligaciones de medios y de resultado en las propuestas de regulación que configuran el denominado «Derecho Contractual Europeo». En el tercer capítulo, y desde una perspectiva muy crítica, se examina la regulación de las obligaciones de medios y de resultado en las propuestas de modificación del Código civil y del Código Mercantil y, por último, en el cuarto, que constituye el «broche de oro» de esta obra, se afronta el estudio de la jurisprudencia, presidido por el *leit motiv* de que las obligaciones de medios son un instrumento imprescindible para dirimir, si no todas, muchas de las responsabilidades profesionales.

Destaca la profesora CERVILLA que la distinción entre las obligaciones de medios y las de resultado, elaborada por la doctrina, sigue siendo útil hoy en día porque permite a los tribunales de justicia dilucidar los casos de responsabilidad de aquellos en los que no existe tal. Partiendo de la clásica distinción que considera que el objeto de la prestación, en una obligación de medios, es el despliegue de una actividad diligente y el objeto de una obligación de resultado es la consecución de ese resultado, podemos encontrarnos con que en una obligación de medios se frustren las expectativas del acreedor si dicho resultado no es el esperado o el deseado. En las obligaciones de medios la diligencia se encuentra *in obligatione*, formando parte de lo debido por el deudor; de modo que, para ponderar su cumplimiento, será necesario, como dice la autora, «analizar el grado de diligencia exigible según los parámetros establecidos en las normas residenciados en las circunstancias de la persona, el tiempo y el lugar».

Para la profesora CERVILLA dos son, principalmente los criterios que permiten diferenciar las obligaciones de medios de las de resultado, a falta de la voluntad de las partes que constituye el primer criterio del que el intérprete debe valerse para calificar la obligación de hacer. Estos criterios, que la autora denomina «residuales» o «de segundo nivel», permiten determinar la naturaleza de la obligación. Uno de ellos es el de la existencia —o no— del factor *alea* en la prestación asumida. Las obligaciones de medios se caracterizan por la aleatoriedad del resultado, como sucede en la mayoría de los casos de contratos de prestación de servicios médicos en los que el facultativo no puede garantizar la curación del enfermo, por lo que el resultado deseado y esperado sobre el que se desarrolla la actividad médica, si bien está presente, permanece fuera de la prestación debida. La autora recuerda a MORENO QUESADA, cuando decía que, en las obligaciones de medios, «el *alea* es tal que su incidencia en la consecución del resultado no permite presumir la culpa del deudor».

Otro elemento más, destacable, a su juicio, para determinar la existencia de una obligación de medios es el de la postura activa del acreedor, como se ha puesto de relieve en la doctrina francesa. En las obligaciones de medios surge un deber de cooperación del receptor de la prestación que no es un sujeto pasivo, como sucedería en las obligaciones de resultado. Incluso es posible, como destaca la profesora CERVILLA, que el deudor quede exonerado si el acreedor no presta la colaboración activa necesaria para la ejecución de la prestación, porque de nada serviría que el médico trate diligentemente al enfermo, si este no se toma los medicamentos; o de nada serviría que el abogado, que lleve a cabo la defensa diligente de su cliente, no cuente con su colaboración en la aportación de datos, por ejemplo.

Tras examinar los criterios diferenciadores, se examina lo que para la autora representa la principal característica de las obligaciones de medios: la doble función de la culpa, es decir, la culpa como criterio de cumplimiento y la culpa como factor de imputación del incumplimiento. La culpa se eleva, así, en esta modalidad de obligaciones, a criterio de cumplimiento de la obligación, de tal forma que la diligencia (es decir, la no culpa) tiene que estar presente para que el cumplimiento de la obligación se produzca. Y la concreción del grado de culpa exigible en estas obligaciones (es decir, la necesaria para considerar cumplida la obligación) se encuentra resuelto, según la autora, en el artículo 1104 del Código civil, cuando nos remite al patrón de una «diligencia media».

La culpa se convierte, pues, en la clave de bóveda de las obligaciones de medios y, en consecuencia, la carga de la prueba se erige en uno de los motores esenciales en este ámbito. Tradicionalmente se ha afirmado, como nos refresca la profesora CERVILLA, que en las obligaciones de medios la carga de la prueba

de la falta de diligencia corre a cargo del acreedor; mientras en las obligaciones de resultado, obtenido este, le corresponde al acreedor probar la culpa. Sin embargo, no concuerda la autora con este entendimiento de la carga de la prueba y ella considera que, en materia de carga de la prueba, se aplican en un caso y en otro las mismas normas, sin que exista dualidad de regímenes. De este modo, en las obligaciones de medios el acreedor debe acreditar el incumplimiento de la prestación que consiste en la realización de un hacer diligente. La prueba de la culpa del deudor corresponde, pues, al acreedor; pero no porque se produzca una inversión de la carga de la prueba con respecto a las obligaciones de resultado, sino porque la prestación solamente se podrá considerar incumplida cuando la culpa o la falta de diligencia esté presente en la ejecución de la actividad.

Y todas estas consideraciones cristalizan en la jurisprudencia en la medida en que los jueces y tribunales las absorben para establecer la responsabilidad del profesional cuando en el objeto de la prestación se encuentra presente la aleatoriedad característica de las profesiones liberales. La autora insiste en la necesidad de mantener esta distinción en determinados escenarios, que ella estudia profusamente, como el de la responsabilidad civil médica y el de la de los abogados y procuradores donde se produce cierta evolución en el grado de culpa exigible y en la carga de la prueba.

Y todas estas ideas brillantemente expuestas por la profesora CERVILLA sirven a quien realiza esta humilde recensión para reflexionar sobre ello y extender algunas de estas conclusiones a otras parcelas. Creo que estas ideas pueden iluminar las transformaciones que se producen, hoy en día, en otras parcelas del Derecho Privado Patrimonial, como el del Derecho de la Insolvencia de los consumidores. Me referiré a ello, aunque de modo muy sucinto.

Es relativamente frecuente en los ordenamientos jurídicos la regulación del fenómeno de la exoneración, del «perdón» de deudas —o de determinadas deudas— de aquellos consumidores sobreendeudados. La exoneración o remisión judicial de deudas no constituye, en mi opinión, una «nueva» causa o modo de extinción de las obligaciones. El efecto de la remisión judicial en que consiste el beneficio de exoneración de deudas es el de la inexigibilidad de los créditos para sus titulares. No es, en realidad, una inexigibilidad respecto a la prestación en sí sino respecto al cumplimiento de la obligación. La prestación seguirá siendo exigible. Lo que dejará de ser exigible es su cumplimiento por parte de ese deudor. Y el cumplimiento dejará de ser exigible en atención a circunstancias personales del deudor que llevan a algunos autores —sobre todo en Italia— a pensar que nos encontramos ante un modelo inédito de obligaciones de medios —y no de resultado, que es lo propio de toda obligación pecuniaria— que preserva al consumidor «de buena fe» y a su familia de la obligación de llevar a cabo sacrificios que pondrían en riesgo su propia supervivencia.

De este modo, la obligación pecuniaria en que consiste la devolución del dinero que el deudor debe a sus acreedores, prototipo de la obligación de dar, muta de una obligación de resultado en una obligación de medios. Con todo, creo que tal mutación o revolución en el Derecho de Obligaciones que está aconteciendo no se puede dejar en manos de los tribunales o de principios o cláusulas generales de los ordenamientos y debe contar con una cobertura legal clara, en aras de la seguridad jurídica, como sucede con las diferentes regulaciones del fenómeno de sobreendeudamiento que cristalizan en una inexigibilidad del cumplimiento de la deuda a consecuencia del pronunciamiento judicial de remisión o liberación de deudas; o en leyes que claramente establezcan una redefinición de las obligaciones originarias, como la Ley italiana de 24 de julio de 2008, número 126, relativa a la renegociación de los créditos hipotecarios para la primera causa que establece

criterios muy tasados para la reestructuración de la deuda, convirtiendo la deuda originaria en otra deuda diferente.

La consideración de las peculiares circunstancias subjetivas del deudor sobreendeudado (motivos del endeudamiento, vicisitudes para desembocar en sobreendeudamiento) y la falta de culpa grave en el endeudamiento puede hacer que una obligación, tradicionalmente de resultado, cambie de piel y se convierta en una de medios, en la que el objeto de la prestación es el comportamiento diligente del deudor. Y la prueba de esa falta de diligencia recae sobre el acreedor, pero no — como acertadamente señala la profesora CERVILLA en esta monografía— porque se produzca una inversión de la carga de la prueba con respecto a las obligaciones de resultado, sino porque la prestación solamente se podrá considerar incumplida cuando la culpa o la falta de diligencia esté presente en la ejecución de la obligación asumida. Pero, además, también en este fenómeno que estamos describiendo cobra una especial relevancia el comportamiento del acreedor (ese banco acreedor, por ejemplo, que debe ser diligente en la concesión del crédito), síntoma propio de una obligación de medios, como la autora refiere en esta monografía.

La virtud de una obra, como la que ahora presento, no solo reside en diseccionar un problema con todo lujo de detalles sino en abrir ventanas y rendijas al investigador para explorar temas interconectados. Los juristas no solo debemos escribir para informar o para suscitar debates y polémicas sino para despertar en el otro jurista que nos lee — y, en general, en cualquier lector — esa perspectiva de análisis de la que no éramos conscientes antes de que alguien la hiciera despertar.

DE LA VILLA BRIONGOS, I., «*Régimen jurídico de la producción ecológica en España*», ed. REUS, Madrid, 2021, 288 pp.

por

FRANCISCO MILLÁN SALAS  
*Profesor contratado Doctor de Derecho civil  
Universidad Complutense de Madrid*

La monografía objeto de la presente reseña, escrita por el profesor Isaac DE LA VILLA, de la Universidad de Castilla-La Mancha, nos permite obtener, desde una perspectiva jurídica, una visión clara y concisa del marco normativo vigente para la Producción Ecológica.

El libro se estructura en dos partes diferenciadas, la primera de ellas (capítulos I al IV) queda centrada en el marco jurídico de la Producción Ecológica mientras que la segunda (capítulos V y VI) ahonda en los diferentes aspectos materiales de esta figura de calidad como las problemáticas vinculadas o la necesidad de garantizar una protección completa:

El capítulo I centra la cuestión mediante la explicación del concepto de Producción Ecológica, así como una breve pero interesante reflexión acerca de la naturaleza jurídica del signo como certificación administrativa.

En el capítulo II encontraremos el marco jurídico internacional, con especial referencia a las normas de *soft law* que se encuentran recogidas en el *Códex Alimentarius*, de la FAO, desde un punto de vista del derecho público, así como las normativas creadas por la Federación Internacional de Movimientos de Agricultura Ecológica, desde la perspectiva privada.



El capítulo III nos presenta, de manera sencilla y didáctica, los objetivos y principios generales de la Producción Ecológica, recogidos por la normativa comunitaria, además, también hace hincapié en los principios que han de regir cada una de las categorías de producción agraria que pueden desarrollarse bajo este signo desde la agricultura hasta la transformación de piensos, pasando por la ganadería o la acuicultura.

El capítulo IV queda centrado en el Derecho Comunitario y también, aunque de manera breve por su simpleza, del ordenamiento nacional español. En el se realiza un análisis del nuevo reglamento 2018/848, sobre Producción Ecológica, incidiendo en aquellos aspectos que resultan novedosos, con respecto a la normativa anterior, pero también con importantes reflexiones críticas sobre las cuestiones que no han supuesto un avance —incluso podrían ser un retroceso— en relación con la normativa anterior. Especial referencia a la novedad en cuanto al comercio con terceros países de este tipo de alimentos (y el fin del principio de equivalencia), y también a la regulación que del sector vitivinícola hace el nuevo reglamento. Resulta también de importancia la crítica del autor acerca del desfase de las normativas nacionales que, sin duda, deberían ser actualizadas para armonizarlas con las nuevas normativas del ordenamiento comunitario.

Ya en la segunda parte, el capítulo V nos presenta los principales retos a los que deben hacer frente los productores y operadores que se encuentran protegidos por este signo de calidad, fundamentalmente, en lo que se refiere al precio de los alimentos ecológicos y su impacto sobre las decisiones de los consumidores, la necesidad de combatir el fraude (algo que afecta a toda la cadena alimentaria pero que, vinculado a su precio mayor en los mercados, se hace especialmente visible en los alimentos obtenidos bajo las normas de Producción Ecológica); o la contaminación cruzada de los cultivos ecológicos y la escasa labor normativa de la Unión Europea para garantizar los sistemas de coexistencia.

Por otro lado, en este quinto capítulo, también se recogen las fortalezas y capacidades de este signo de calidad para contribuir al desarrollo de las sociedades rurales especialmente mediante el valor añadido y el desarrollo de actividades conexas que pueden aportar a las zonas donde se cultivan. Principalmente en lo que se refiere al sector turístico. También cabe reseñar cómo el autor analiza experiencias de terceros países, como es el caso de Italia con los *Distretti biologici*, en relación con la capacidad de estas formas de producción y los signos que las protegen para contribuir al medio ambiente y al medio geográfico y socioeconómico en el cual se desarrollan.

El capítulo VI queda centrado en la protección jurídica de esta figura, principalmente, y dada la inexistencia de un marco de protección jurídico propio, analiza dicha protección mediante el estudio de las diferentes vías de protección configuradas en base a la ley de competencia desleal y las normativas encargadas de proteger la sana competencia entre los diferentes operadores que concurren en los mercados. Mediante este análisis, el autor propone diversas formas de protección frente a amenazas como los fraudes en el uso del signo de calidad, también la problemática relacionada con los actos de engaño a los consumidores, la falta de rigor en la aplicación de las normativas de producción ecológica, etc.

El capítulo VI nos presenta, además, una interesante visión de la materia desde el punto del Derecho Internacional Privado, centrado, como no podría ser de otro modo, en conocer los elementos para determinar qué órganos jurisdiccionales serían competentes para conocer las cuestiones controvertidas surgidas en esta materia, y también los criterios para determinar la ley aplicable a estos conflictos. Pues queda centrado, de manera principal, en los conflictos

transfronterizos que puedan surgir entre los diferentes tipos de productores y, especialmente, qué fórmulas nos ofrece el Derecho Internacional Privado para lograr una protección efectiva de la Producción Ecológica frente a la contaminación de los cultivos.

Las reflexiones finales nos presentan brevemente los resultados de esta investigación y, en una síntesis que es de agradecer, nos presenta las principales conclusiones extraídas del trabajo centradas, fundamentalmente, en indicar aquellos aspectos que permiten aún un importante margen de mejora para lograr una mejor regulación de la figura que es objeto de la monografía, pero también centrada en poner en valor aquellas cuestiones que han supuesto un avance tanto en lo que a normativa se refiere como en la actuación de los propios productores y las diversas iniciativas que estos han iniciado.

Nos encontramos, por tanto, ante una monografía que aborda el estudio de la figura de una manera completa e integrada, a la par que didáctica, que permite conocer de manera sencilla y rápida todas las cuestiones jurídicas vinculadas al signo de calidad de producción ecológica, sin duda resulta una herramienta muy útil para todos aquellos que, independientemente de la formación que hayan recibido, deseen conocer el funcionamiento y la normativa de esta figura, especialmente para todos aquellos productores y operadores vinculados a la producción ecológica de alimentos.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada. *«Abusividad y transparencia en la contratación predispuesta con consumidores y, también, con autónomos y empresarios (pymes)»*. Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

*Presidente de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*

Nos encontramos ante una magnífica monografía en materia de abusividad y transparencia, realizada por Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, una de las catedráticas de derecho civil que más han investigado en el derecho hipotecario español en uno de los ámbitos del Derecho español donde más incidencia ha tenido la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a la nulidad de cláusulas abusivas en la negociación con consumidores en la contratación predispuesta.

Uno de los ámbitos del Derecho español donde más incidencia ha tenido la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a la nulidad de cláusulas abusivas en la negociación con consumidores lo constituye la contratación predispuesta. Fruto de ello, han sido las sucesivas reformas legislativas en materia de ejecución hipotecaria, con posibilidad de alegar abusividad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios, en particular en materia de vencimientos anticipados e intereses de demora. Lo mismo ha ocurrido con las cláusulas suelo, si bien en este caso, al formar parte del precio o contraprestación, se han combatido a través de la falta de transparencia material. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido complementando igualmente el ordenamiento jurídico, interpretando y aplicando la doctrina jurisprudencial europea. Pero no siempre esta protección se ha extendido a los autónomos y pequeños empresarios

(PYMES), bajo la pretensión de que no son consumidores. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin embargo, ha ido abriendo recientemente esta posibilidad.

En esta monografía compuesta por cinco capítulos, conclusiones, bibliografía, jurisprudencia y anexo jurisprudencial, su autora identifica y aplaude la nueva doctrina jurisprudencial que la Sala Primera del Tribunal Supremo parece dispuesta a confirmar, la nulidad de la cláusula suelo, también, en contratos con no consumidores: autónomos y las Pymes. A su juicio, le parece un acierto que también los no consumidores puedan expulsar del clausulado predispuesto las cláusulas abusivas y obtener, en el caso de la cláusula suelo, la devolución de las cantidades indebidamente pagadas. Hasta el momento, advierte, el Tribunal Supremo ha dado la razón, en 2018, a una mercantil sevillana, en 2019, a un matrimonio de peluqueros navarros, a un mecánico madrileño, y a una mercantil toledana, en 2020 a una mercantil palense, a un matrimonio de taxistas madrileño y a un mecánico-taller cacereño y, en 2021, a una farmacéutica-óptica gaditana que se subrogó en un préstamo hipotecario y a un matrimonio alavense dueño de un pequeño negocio dedicado a la zapatería que firmó un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la intención de acondicionar una lonja que sirviese de almacenaje de su negocio. Hasta la fecha, son ya nueve los fallos judiciales favorables de entre los mas de cuarenta casos analizados en esta obra. Se muestra convencida de que, próximamente, verán la luz numerosas sentencias mas favorables a declarar la nulidad de la cláusula suelo abusiva.

En dicha obra advierte su autora que deben estar atentos los despachos de abogados que quieran defender a los autónomos y empresarios (Pymes) porque en la Sala Primera del Tribunal Supremo, desde 2018 y 2019 se están consolidando nuevas líneas jurisprudenciales en favor y en contra de que los adherentes-no consumidores puedan, con éxito (o no), reclamar la nulidad del clausulado predispuesto alegando falta de «conocimiento real» por incumplimiento de los deberes de información precontractual por parte del predisponente/entidad financiera, entre los que se encuentra la normativa sectorial bancaria. El hecho de que la Sala Primera del Tribunal Supremo se ocupe (como está haciendo) de perfilar, deslindar y distinguir el contenido de deberes de información precontractual que conforma el contenido del *control de incorporación* («conocimiento») y el *control de transparencia material* («comprensión») resulta esencial teniendo en cuenta que tan solo el control de incorporación, por el momento, le resulta de aplicación a los no consumidores: es decir, a los autónomos o empresarios.

En el capítulo I, relativo a «Empeñada en empatizar con la abusividad padecida, también, en la contratación predispuesta con autónomos y empresarios (Pymes)», considera un acierto que el Tribunal Supremo se esté (pre)ocupando de deslindar el contenido de los deberes de información precontractual que conforma el «control de incorporación/conocimiento» (recurso estrella para la contratación predispuesta entre empresarios —B2B—) del «control de transparencia material/comprensión» (recurso estrella para la contratación predispuesta con consumidores —B2C—). En el capítulo II, relativo a la «Importancia de (re) definir los conceptos de consumidor y empresarios (autónomo y Pyme) y deslindar los controles de incorporación y transparencia en la jurisprudencia europea y nacional, aplaude que algunos magistrados del Tribunal Supremo se muestren dispuestos a interpretar el control de incorporación como un control de «cognoscibilidad real» (mas exigente que el control meramente formal o gramatical) a través del cual se garantice el verdadero «conocimiento»/«incorporación» por parte del adherente sea o no consumidor (ex art. 5.5. y 7 LCG). Preocupada, desde hace tiempo ya, por el distinto trato que venían recibiendo por parte de la

legislación y del Tribunal Supremo los consumidores frente a los que no lo son (autónomos y pymes, fundamentalmente) y convencida de que estos últimos han padecido, también, al contratar y que representan el 99.9% del tejido empresarial de España propone, además, que sea el legislador el que zanje, definitivamente, las dudas e incertidumbres que existen sobre el particular.

Su autora, en esta monografía, confiesa, que llevaba mucho tiempo esperando un gesto por parte del Tribunal Supremo en este sentido. En concreto, llevaba reclamándolo desde 2013, año en el que, después de que el Pleno de la Sala Primera dictó la primera sentencia plenaria y de manera pionera decidió inventar el control de transparencia material para, a continuación, a implicarlo a los empresarios, denunció, el drama social y el problema legal que en materia de desahucios y fruto de la crisis económica estaban viviendo no solo los consumidores, sino también, a empresarios (autónomos y Pymes) —«Introducción. Alternativas ante el drama social y el problema legal que plantean los desahucios y las ejecuciones hipotecarias en los consumidores. También en las empresas (PYMES, emprendedores y trabajadores autónomos)», *Desahucios y ejecuciones hipotecarias: Un drama social y un problema legal* (Dirs. Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia, y Miguel Olmedo Cardenete, Ed.: Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. pp. 57-79, prologada por D. Juan Antonio Xiol Ríos, expresidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo y magistrado del Tribunal Constitucional.

En 2015 y 2016, además, la autora publicó, convencida, en esta Revista Crítica de Derecho Inmobiliario la necesidad de repensar la contratación predispuesta entre empresarios. Así en 2015 publicó un primer artículo en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario en el que sostenía que «hay que repensar el control de transparencia en la contratación, con condiciones generales, entre empresarios/as [autónomos, microempresas y pymes]», *RCDI*, núm. 748, marzo-abril, 2015, pp. 681-732 (año en el que, también, lideró el segundo congreso nacional sobre Mercado hipotecario y segunda oportunidad para consumidores y usuarios) y, un año después, en 2016, publicó un segundo artículo, también en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* titulado «Opacidades» y «transparencias» en el control de transparencia (e ineficacia) en la contratación seriada entre empresarios/as (autónomos/as, microempresas y pymes, *RCDI*, núm. 755, mayo-junio, pp. 1357-1538). Ese mismo año, dirigió la obra colectiva *Presente y Futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as*, ed., Thomson Reus Aranzadi, S.A., Navarra, 2015. ISBN 978-84-9098-050-7, prologada por el Gobernador del Banco de España, D. J. M. Linde así como, también, publicó en la Revista del Colegio de Registradores el trabajo: «Mercado Hipotecario y protección al ciudadano: el Presente y futuro del mercado hipotecario», *Revista Colegio Registradores*, núm. 72, abril-junio de 2015, V época, pp. 52-54.

En 2016 se ocupó de comentar en la Revista *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil*, además, la primera sentencia plenaria dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en la que considera inaplicable el control de transparencia a la contratación entre empresarios («El control de transparencia de la cláusula suelo es inaplicable en la contratación hipotecaria entre empresarios o profesionales por ser no consumidores. Comentario a la sentencia núm. 367/2016, de fecha de 3 de junio, Revista *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil*, núm. 102/2016) junto a otras relacionadas con la materia («Préstamo hipotecario destinado para la adquisición de una vivienda habitual y posterior ampliación para otros usos. Aplicación protectora de consumidores. Los intereses remuneratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios también serán abusivos en los préstamos hipotecarios con consumidores, correspondiendo al predisponente de-

mostrar que el adherente no es consumidor/a cuando el préstamo hipotecario se amplíe a otros usos distintos del de adquirir una vivienda habitual-Comentario a la STS (Pleno) núm. 354/3016, de 3 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 126397)», Revista *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil*, núm. 102/2016 y «Retroactividad, Transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios/as). Novedades del Pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular», Revista *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2016, septiembre). Igualmente, publicó algunos trabajos relacionados con la materia. Un año después, en 2017, asumió el encargo de la Junta directiva de la Asociación de Profesores de Derecho Civil para formar parte del grupo de trabajo sobre «Vivienda e Hipoteca» y en 2018 dirigió la obra colectiva relativa a contratación inmobiliario transfronteriza (*La contratación inmobiliaria transfronteriza*, ed., Thomson Reuters Aranzadi, 9788491776673).

En el capítulo III, relativo al «Control de transparencia material y abusividad de la cláusula suelo en la contratación predispuesta con consumidores (B2C)», advierte, con acierto, que el fundamento de la transparencia material se encuentra en el deber del predisponente de facilitar la información precontractual y que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha echado el freno a la transparencia El Tribunal Supremo apuesta por una «interpreta restrictiva» de Transparencia siguiendo doctrina TJUE, sobre IRPH (STJUE de 3 de marzo de 2020) y acuerdos novatorios (STJUE de 16 de julio de 2020). Y es que, para que el predisponente (entidad financiera) cumpla el deber de transparencia *basta* que se «ponga a disposición del consumidor medio (TJUE, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz) cierta información estandarizada» para que pueda conocer la carga económica y jurídica del contrato». Además, advierte, que la transparencia ha de ser analizada con parámetros objetivos, que ha de ser aplicable y predicable y exigible a todo tipo de cláusulas y pone en evidencia las oscilaciones que sobre el particular tiene la Sala Primera del Tribunal Supremo. Termina exponiendo, con exhaustividad, los efectos que produce la falta de transparencia y la declaración de abusividad de la cláusula suelo, acuerdos novatorios, cláusula de IRPH, cláusula multidisivas y gastos aplaudiendo la STS Plenaria 35/2021, de 27 de enero (*RJ* 2021, 61) en virtud de la cual se zanján las dudas sobre a quien le corresponde pagar los gastos de tasación, gestoría, notaría, registro y AJD.

En el capítulo IV, relativo al «Control de incorporación de la cláusula suelo en contratos predispuestos con autónomos y empresarios como un «control de cognoscibilidad real: una interpretación judicial favorable a expulsar la cláusula (suelo) en contratos B2B», aplaude, con acierto a mi modo de ver, que la Sala Primera del Tribunal Supremo esté dispuesta a deslindar el contenido de los deberes de información precontractual predicables del control de incorporación y del control de transparencia mostrándose proclive a interpretar el control de incorporación en tanto en cuanto control de «cognoscibilidad real» para exigir más allá de una mera transparencia formal la expulsión de la cláusula suelo en cuestión (tal y como nos tenía acostumbrados y hace en las líneas jurisprudenciales segunda y tercera). Una opción y decisión acertada, a juicio de su autora, teniendo en cuenta que el único recurso, convertido por tanto en recurso estrella, es que los autónomos y empresarios demuestren que no conocieron la cláusula suelo en cuestión. Por esta razón, damos la bienvenida al criterio flexible del Tribunal Supremo dirigido a exigir con rigor que dentro del control de incorporación se den cabida deberes de información precontractual que, para otros magistrados ponentes se encuentran anclados en el control de transparencia y no en el de incorporación. A su juicio, esta es, pues, la auténtica novedad: el acierto de que

la Sala Primera del Tribunal Supremo demuestre estar dispuesta, por primera vez en 2019 a concebir que dentro de los deberes de información precontractual del empresario se encuentra la normativa sectorial bancaria. Opta, por tanto, por exigir un control de incorporación no meramente gramatical o formal sino un control más exigente. A su juicio, aunque algunos magistrados opinan lo contrario, tales deberes forman parte del control de incorporación y no del de transparencia (tal y como había señalado en alguna sentencia, contradicha por otra posterior). Entiende, pues, que el control de incorporación ha de garantizar una «cognoscibilidad real» que no se logra si el predisponente no cumple con los deberes que le impone dicha normativa sectorial bancaria. Una decisión que, sin duda, es una auténtica novedad lo que justifica que se haya creado una auténtica revolución en el panorama judicial, en donde, por el momento, hay algún fallo judicial contradictorio. Esta línea jurisprudencial que, confío se consolide en sentencias futuras, justifica, el desconcierto de las entidades financieras y la felicidad de quienes creemos que es momento ya de que se les reconozca la abusividad a miles de autónomos y Pymes, también.

Considera plausible que el Tribunal Supremo se esté (pre)ocupando de deslindar el contenido de los deberes de información precontractual que conforma el «control de incorporación/conocimiento» (recurso estrella para la contratación predispuesta entre empresarios, B2B) del «control de transparencia material/compreñión» (recurso estrella para la contratación predispuesta con consumidores, B2C). También aplaude que algunos magistrados del Tribunal Supremo se muestren dispuestos a interpretar el control de incorporación no como un control meramente formal o gramatical (como sigue haciendo cuando se enmascara el control de transparencia) sino como un control de «cognoscibilidad real», a través del cual se garantice el verdadero «conocimiento»/«incorporación» por parte del adherente sea o no consumidor (ex art. 5.5. y 7 LCG). Preocupada, además, por el distinto trato que reciben, en la actualidad, los consumidores frente a los empresarios y convencida de que estos últimos representan el 99.9% del tejido empresarial de España propone rescatar la propuesta legislativa (fallida) de impulso a la transparencia para que el legislador eleve a rango legal la transparencia extendiéndola, también, a la contratación predispuesta no solo con los autónomos (tal y como hizo la LCCI) sino con los empresarios (Pymes). En tanto en cuanto, de lege ferenda, esto no suceda, no duda en darle la bienvenida y aplaudir esta nueva doctrina jurisprudencial que, de *lege data*, está consolidándose cada día más en favor de los autónomos y empresarios (Pymes). Dice ser consciente de que aunque a la Sala Primera del Tribunal Supremo aún han llegado, por el momento, solo reclamaciones de empresarios pidiendo que sea declarada la nulidad de la cláusula suelo, lo cierto es que, en la jurisprudencia menor también se esta reclamación la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado (tal y como se pone de manifiesto en la sentencia favorable a los empresarios dictada por la SAP Barcelona, Sección 13.<sup>a</sup>, de 26 de febrero de 2021 [RJ AAP B 948/2021]). Y es que, a su juicio, la misma o idéntica sensación de engaño que tuvieron, en su día, los consumidores no solo con la cláusula suelo, sino, también, con la cláusula de gastos, la cláusula de vencimiento anticipado y la cláusula de IRPH, acuerdos novatorios y multidivisas, la tuvieron, también, los adherentes-autónomos y empresarios (pymes). Es decir, los adherentes-no consumidores.

De *lege data*, advierte que deben estar atentos los despachos de abogados que quieran defender a los autónomos y empresarios (Pymes) porque la Sala Primera del Tribunal Supremo está consolidando nuevas líneas jurisprudenciales en favor y en contra de que los adherentes-no consumidores puedan, con éxito, reclamar o



no la nulidad del clausulado predispuesto alegando falta de «conocimiento real» por incumplimiento de los deberes de información precontractual por parte del predisponente/entidad financiera, entre los que se encuentra la normativa sectorial bancaria. A su juicio, por el momento, existen tres líneas jurisprudenciales:

(1) La primera línea jurisprudencial (L1), consolidada de manera unánime y establece por el Tribunal Supremo, según la cual «los Autónomos y Pymes no pueden alegar la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia, pero si pueden alegar que la cláusula no supere el control de incorporación (ex art. 5 y 7 LCGC) o contraviene la buena fe contractual (ex art. 1258 CC)».

(2) La segunda línea jurisprudencial (L2), en virtud de la cual «los autónomos y empresarios «no» pueden alegar la nulidad de la cláusula (suelo) cuando supere el control de incorporación por haber sido redactada de manera sencilla, clara semánticamente hablando, y resulte accesible» porque no procede enmascarar el de control de transparencia a través de la contravención del principio de buena fe contractual (ex arts. 1258 CC y 57 CCom) ni a través del control del incorporación (ex arts. 5 y 7 LCGC).

Y, (3) la tercera línea jurisprudencial (L3) según la cual, «La cláusula suelo «no» se superará el control de incorporación y, por tanto, no se entenderá incorporada al contrato cuando el predisponente/entidad financiera/prestamista:

(3.1) o bien, no facilite la *FIPER que exige la normativa sectorial bancaria contenida en la Orden de 5 de mayo de 1994 y la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre* —(STS 57/2019, de 25 de enero (RJ 2019, 57)— y STS 168/2020, de 11 de marzo (RJ 2020, 812) vs STS 23/2020, de 20 de enero (RJ 2020, 1662)—,

(3.2) o bien, no facilite la información precontractual suficiente (STS 551/2019, de 18 de octubre (RJ 2019, 4102),

(3.3) o bien, no conste en la escritura de subrogación del préstamo hipotecario, ni se le ponga a disposición una copia ni tenga conocimiento de ella el adherente a través de cualquier otro medio STS 415/2018, de 3 de julio (recurso núm. 1078/2016), STS 130/2021, de 9 de marzo (RJ 2021, 866)—, y, STS de 16 de junio de 2021.

Le parece un acierto que, en tanto en cuanto los adherentes-empresarios no dispongan de una ley que les ofrezca el amparo legal suficiente ante el abuso padecido, también, en la contratación predispuesta (lo que espera que llegue pronto de *lege ferenda*), el Tribunal Supremo esté dispuesto a garantizarles, a través del filtro del control de incorporación que garantiza la «cognoscibilidad real». Un control de incorporación que a través de esta reciente y novedosa doctrina jurisprudencial que está dictando el Tribunal Supremo parece dispuesto a llenarlo de contenido tras valorar si el incumplimiento de algunos deberes de información precontractual por parte del predisponente puede suponer el desconocimiento que justificaría la no incorporación de la cláusula predispuesta en cuestión. Según varias sentencias ya del Tribunal Supremo, particularmente la más mediática ha sido la STS 168/2020, de 11 de marzo, el control de incorporación se asimilaría a un control de «cognoscibilidad real», de manera que, para superarlo y dotar de validez a la cláusula, el adherente debe haber tenido la oportunidad real de conocerla al celebrar el contrato. Las dudas se ciernen en torno a determinar qué incumplimientos garantizan y cuáles no el verdadero conocimiento del contenido contractual. La pregunta clave sobre la que habrá de dar respuesta, confío, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo es: ¿qué valor se le ha de dar al *incumplimiento* de los deberes de información precontractual que imponen la normativa sectorial bancaria (Órdenes Ministeriales 1994 y 2011, respectivamente) así como la entrega de la oferta vinculante, FIPER, lectura y advertencia de



la cláusula por el notario?, ¿el incumplimiento comportará que la cláusula no se haya incorporado al contrato y sea posible expulsarla por abusiva o, por el contrario, bastará con la claridad gramatical de la misma para entender que si lo hizo? Una pregunta que, como sabemos, ha obtenido una respuesta contradictoria (distinta) entre las SSTs de 11 de marzo de 2020 (favorable al taxista madrileño) y 20 de enero de 2020 (desfavorable al taxista madrileño). A juicio de la autora, el Pleno debería zanjar definitivamente este debate y ponerse del lado de los adherentes-autónomos y empresarios. Sería la primera vez (tercera plenaria) en la que se les estaría facilitando una respuesta clara.

Ante la falta de un criterio plenario uniforme parte de los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo estén dispuestos a considerar que los deberes de información precontractual que el predisponente ha de facilitar al adherente consumidor o no, como la normativa sectorial bancaria (en concreto, las Órdenes Ministeriales 1994, 2011, entrega FIPER, lectura notario, etc.), formen parte del control de incorporación y no del de transparencia. El hecho de que la Sala Primera del Tribunal Supremo esté proclive a (re)interpretar el control de incorporación entendiéndolo como un «control de cognoscibilidad real» en el que tengan cabida, también, las obligaciones administrativas de transparencia bancarias exigibles a las entidades financieras por las OM de 1994 y 2011, le parece un acierto, pero exige que el Pleno zanje las contradicciones que existen sobre esta importante cuestión. En su opinión, la función del llamado «control de transparencia material» permite abrir o no la puerta al control de contenido o abusividad, conforme a los parámetros de los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva. Además, la cláusula de renuncia recíproca de acciones no está sometida al control de transparencia, en base al artículo 4, apartado 2 *in fine*, de la Directiva 93/13, por lo que esta cláusula estaría excluida del ámbito de aplicación de la Directiva, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, de la misma Directiva 93/13, conforme a la interpretación que le ha dado, entre tantas, la flamante Sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020. Además, y en tercer lugar, es momento de aclarar que la Sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, en los apartados 75 y 76, advierte que el hecho de que el consumidor renuncie anticipadamente a cualquier acción que pudiera nacer a su favor de las normas de la Directiva 93/13 sería nula, por abusiva lo que nada tiene que ver con la rebaja de la cláusula suelo fruto de la transacción o negociación que es plenamente válida y acorde no solo a la doctrina jurisprudencial plenaria del Tribunal Supremo sino a la reciente doctrina jurisprudencial europea, aunque haya quienes afirmen lo contrario. Y puesto que el TJUE no es competente para desdeñar al Tribunal Supremo acerca de si son acuerdos novatorios o de transaccionales corresponde a nuestros jueces nacionales aplicando el derecho aplicable determinar las exigencias de información precontractual adecuadas para que en dichos acuerdos se cumplieren y de no hacerlo se establezcan las consecuencias jurídicas que se deriven de los efectos de esa falta de información. La Sala Primera del Tribunal Supremo, tras las respuestas del TJUE, dictada a través de la STJUE de 9 de julio de 2020, dictada en el asunto C-452/18, entre XZ e Ibercaja Banco y del Auto de 3 de marzo de 2021, asunto C-13/19, no está llamada a revisar su propia doctrina plenaria establecida en su Sentencia 205/2018, de 11 de abril. A lo que ha invitado el TJUE es a que se analice caso por caso si el consumidor dispuso de suficiente información. Es por ello por lo que, a partir de la sentencia europea, el Tribunal Supremo unas veces ha dado la razón a los recurrentes y en otras no. Lo que depende del hecho de que el predisponente hubiere facilitado suficiente información precontractual. Con toda probabilidad, el verdadero debate pivote

en torno (no a la validez o no de los acuerdos novatorios) sino a la validez o no de las renunciaciones del consumidor a que la entidad financiera le devuelva el dinero pagado de más en virtud de la cláusula suelo declarada abusiva. A mi juicio, en realidad, es en este tema donde el Tribunal Supremo ha dejado un margen de actuación para que la jurisprudencia menor con respeto escrupuloso de la doctrina reciente del TJUE resuelva caso por caso la petición del consumidor.

A juicio de su autora debe ser el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo quien debe zanjar y aclarar definitivamente si los deberes de información precontractual que impone la transparencia bancaria forman parte o no del control de incorporación o del de transparencia. De la respuesta a esta importante cuestión, depende, en buena medida de que la pretensión del profesional/empresario prospere o no. Tratándose de un no consumidor, tendrá que demostrar (probar) que no pudo conocer, en realidad, la condición general predispuesta e impuesta. Aprovechará, sin duda, el incumplimiento de la entrega de cierta información precontractual para probar que no tuvo oportunidad real. La rigidez con la que, en algunas ocasiones, algunos magistrados del Tribunal Supremo están dispuestos a interpretar el control de incorporación no deja de sorprenderme teniendo en cuenta que existe contradicción interna entre los magistrados de la Sala Primera. A mi juicio, no procede que según quien sea el magistrado ponente el requisito de incorporación sea interpretado de manera más exigente o no.

En el capítulo V, el último de esta obra, relativo a «Propuestas de *“Lege ferenda”*. La necesidad de elevar a rango legal el principio de transparencia extendiéndolo a toda la contratación predispuesta, también, entre empresarios (autónomos y Pymes)», propone, con acierto a mi modo de ver, (i) que se *eleve a rango legal* (positivice) el artículo 4.2 y 5 de la Directiva de cláusulas abusivas trasponiendo a nuestro ordenamiento jurídico español el «principio de transparencia» a «toda la contratación predispuesta» (de manera transversal y extensiva) —resultando de aplicación, también, a la contratación predispuesta entre empresarios/as—, y (ii) que *se clarifique* (pues la Directiva Europea no lo hace) *cuáles son las consecuencias jurídicas que produce la falta de transparencia*. Y es que, aún y a pesar de aplaudir, por el cierto, a los magistrados del Tribunal Supremo sensibles en atajar, en parte, la abusividad padecida por miles de autónomos y empresarios; profesionales, en definitiva, y en la espera de una tercera sentencia plenaria que zanje las dudas y contradicciones internas (que, por el momento, las hay) en torno a determinar si dentro de los deberes de información precontractual deben entenderse incluidas o no las normas administrativas sobre transparencia bancaria de 1994 y 2011, sigue convencida de la necesidad de que el legislador, de *lege ferenda*, zanje las dudas que existen sobre el particular y opte, definitivamente por extender la transparencia también a la contratación predispuesta entre empresarios (B2B). El hecho de que el legislador español aún no haya traspuesto el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en la contratación, a diferencia de lo que sí han hecho ya otros legisladores europeos como el alemán, italiano y el Reino Unido. En Europa, la sensibilidad en favor de las Pymes parece haber calado en la Estrategia para las pymes en pro de una Europa sostenible y digital (COM [2020] 103 final), adoptada el pasado 10 de marzo de 2020, en cuyo Marco Estratégico se advierte, con acierto, que «las pymes desempeñan un papel fundamental en el crecimiento económico y el fomento de la competitividad de la Unión Europea». Lleva años (desde 2013, 2015 y 2016) defendiendo la idea de que resulta imprescindible dotar de protección a los adherentes-empresarios (autónomos y Pymes) frente al abuso que han venido padeciendo en la contratación predispuesta.

Entendida la transparencia material como la necesidad de comprender el clausulado predispuesto, creo no solo necesario sino oportuno elevar a rango legal (positivizar) el principio de transparencia como valor transversal capaz de informar a toda la contratación predispuesta, también, entre empresarios/as (autónomos/as y Pymes). En este sentido, creo interesante rescatar la fracasada Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en 2017 cuando se encontraba en la oposición. Y es que, pese a las deficiencias de técnica legislativa que tenía aquella proposición, cuya tramitación se interrumpió con el cambio de legislatura. En dicha propuesta legislativa se habían planteado e identificado gran parte de los problemas a que se enfrenta hoy este tipo de contratación. En la actualidad, el Grupo Parlamentario, ahora en el Gobierno podría tomarlo en consideración para abordar esta importante materia. Me parece un desacierto que esta importantísima cuestión dependa únicamente del criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Agradeciendo el esfuerzo que viene realizando, no obstante, creo imprescindible la labor del legislador. De *lege ferenda*, bastaría con que fuera reformada la Ley de Condiciones Generales de la Contratación elevando a rango legal el control de transparencia y extendiéndolo, también, a la contratación predispuesta con los no consumidores (no solo con los autónomos sino también con las empresas). El primer paso lo dio, en 2019, la LCCI al pensar en las personas físicas y ampliar su cobertura legal, relativa a préstamos hipotecarios, respecto de ellos. El paso siguiente, es dar cobertura legal y judicial, también a los empresarios, a las Pymes que junto a los autónomos son no consumidores pero contratantes, adherentes y prestatarios en la contratación predispuesta, a veces, abusiva. Todos ellos, consumidores y no consumidores merecen no padecer abuso. No logro entender por qué respecto de los no consumidores basta con que «conozcan» el clausulado predispuesto dando por entendido que comprenden el alcance jurídico y económico del mismo. Espero, pues, que el legislador extienda la transparencia a toda la contratación predispuesta. También, a la contratación predispuesta concertada con autónomos y empresarios.

Después de estos cinco capítulos a los que le dedica más de cuatrocientas páginas, pone fin a este magnífico trabajo concluyendo, a través de quince conclusiones, todas y cada una de las opiniones que ha ido vertiendo y fundamentando legal, doctrinal y jurisprudencialmente. En este sentido, me gustaría destacar, también, la extensa y generosa referencia bibliográfica con la que termina así como el exhaustivo listado jurisprudencial compuesto por 171 sentencias en el que se evidencia el rastreo profundo que ha realizado en la jurisprudencia europea y nacional sobre la materia. Y para terminar, añade, además, como anexo una ilustrativa tabla de sentencias favorables y desfavorables, expuestas por orden alfabético en la que la autora remarca en negrita los asuntos, los magistrados y las razones por las que el Tribunal Supremo ha estimado, hasta la fecha, las reclamaciones planteadas por los autónomos y empresarios.

En definitiva, nos encontramos ante una magnífica obra en la materia de abusividad y transparencia, realizada, como comentaba al inicio de esta recensión, por una de las catedráticas de derecho civil que más han investigado en el derecho hipotecario español sobre la materia. Basta para ello destacar los libros por ella publicados y libros por ella dirigidos<sup>1</sup>, y el reconocimiento que en 2018 le hizo el Colegio de Registradores de España concediéndole la Placa de Honor en reconocimiento a su labor científica y académica en favor del Derecho Hipotecario. Por ello felicitamos muy sinceramente a la autora.

NOTAS

<sup>1</sup> *Publicados*: 1. La hipoteca y los bienes inmuebles por destino, ed., Editorial McGraw-Hill, 1998. ISBN: 84-481-0578-8. 2. La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización y edificación, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España 1999. ISBN: 84-88973-89-6. 3. Abusividad y transparencia en la contratación predisuelta con consumidores y, también, con autónomos y empresarios (Pymes), ed., Thomson Reuters Aranzadi, S.A. Navarra, 2021. ISBN: 978 84 1346325-4. 2. *Libros dirigidos*. 1. Blockchain: impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial, Ed., Thomson Reuters Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2020. SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (Dir.). Prologado por el Presidente de la European Society of International Law (ESIL), Luis Hinojosa Martínez. 2. La contratación inmobiliaria e hipotecaria transfronteriza (Análisis económico, financiero, notarial, registral, judicial, fiscal, penal y blanqueo de capitales), ed., Thomson Reus Aranzadi, S.A. Navarra, 2018. ISBN: 978-84-9177. SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (Dir.). Prologado por el Presidente de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Rodrigo Bércovitz Rodríguez-Cano. 3. Presente y Futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as, ed., Thomson Reus Aranzadi, S.A., Navarra, 2015. ISBN 978-84-9098-050-7. SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., y OLMEDO CARDENETE, M. (Dirs.). Prologado por el Gobernador del Banco de España, D. J. M. Linde. 4. Desahucios y Ejecuciones Hipotecarias: un drama social y un problema legal, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. ISBN: 978-84-9053-457-1. SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., y OLMEDO CARDENETE, M. (Dirs.). Prologado por el Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, D. Juan Antonio Xiol Ríos. 3. *Artículos publicados*: 1. El control de «transparencia» y «contenido» en los contratos celebrados entre empresarios/as (autónomos, microempresas y Pymes): una quimera cada día más cerca de la realidad». Comentario a la STS, Sala 1.<sup>a</sup> (Pleno), de 30 de enero de 2017, *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil* (CCJC), núm. 105/2017, pp. 177-193. ISSN: 0212-6206. 2. «Retroactividad “sin límites” y “abusividad ponderada” de las cláusula suelo declaradas nulas en las SSTJUE 21 diciembre 2016 y 26 enero 2017». Comentario a la STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil* (CCJC), núm. 105, 2017, pp. 133-166. ISSN: 0212-6206. 3. «Retroactividad, Transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios/as). Novedades del Pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2016, septiembre, pp. 50-109. ISSN: 2174-1840. 4. «El control de transparencia de la cláusula suelo es inaplicable en la contratación hipotecaria entre empresarios/as o profesionales por ser no consumidores/as. Comentario a la sentencia núm. 367/2016, de fecha de 3 de junio., *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil* (CCJC), núm. 103/2016, pp. 281-314. ISSN: 0212-6206. 5. “Intereses abusivos y concepto de consumidor/a», Comentario a la STS (Pleno) núm. 354/3016, de 3 junio de 2016 (JUR 2016\126397)”, *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil* (CCJC), núm. 102/2016, pp.579-618. ISSN: 0212-6206. 6. “El Sistema de Remedios por incumplimiento en los textos europeos de referencia”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2016, julio, pp. 65-92. ISSN: 2174-1840. 7. “Opacidades” y “transparencias” en el control de transparencia (e ineficacia) en la contratación seriada entre empresarios/as (autónomos/as, microempresas y pymes)», *RCDI*, núm. 755/2016, mayo-junio, pp. 1357-1538. ISSN: 0210-0444. 8. «Comentario de la STS de 13 de enero de 2015. Enriquecimiento injusto, ejecuciones hipotecarias y venta con plusvalía», *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil*, núm. 100/2016, pp. 133-168. ISSN: 0212-6206. 9. «Es necesario repensar la contratación de préstamos hipotecarios entre empresarios/as (autónomos, microempresas y pymes)», *RCDI*, núm. 748, marzo-abril, 2015, pp. 681-732. ISSN: 0210-0444. 10. «Mercado Hipotecario y protección al ciudadano: el Presente y futuro del mercado hipotecario», *Revista Colegio Registradores de España*, núm. 72, abril-junio 2015, ed., V época, pp. 52-54. ISSN: 1135-0180. 11. «Acerca de la necesidad de reflexionar sobre la seguridad y Autoprotección de los bienes del Patrimonio Histórico Español», *RCDI*, núm. 743, mayo-junio, 2014, pp. 885-932. ISSN: 0210-0444. DR. 12. «El Observatorio Europeo del Mercado Hipotecario (HIMEROB)», *REDES*, núm. 4/2014, pp. 212-237. ISSN-e 2340-4647.



# NORMAS DE PUBLICACIÓN

## REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

### 1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CIN-DOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

#### 1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista.

En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

#### 1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en inglés (*abstract*).
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en inglés (*key words*).

#### 1.3. Extensión

- Los estudios tendrán una extensión entre 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las recensiones bibliográficas, de 2 a 4 folios.

#### 1.4. Tipo de letra

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 (salvo las Notas, cuyo tamaño será 10).
- Interlineado: Sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Alineación de los párrafos: justificado a derecha e izquierda.

#### 1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un Sumario al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I. EN VERSALES
- II.1. EN VERSALITAS
- III.1.A. *En cursiva*
- IV.1.A.a) En redondo
- V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo

El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

- I.- [...]
- II.- [...]
- III.- [...]

Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas a lo largo del trabajo siempre en conexión con el tema. Dicha cita se hará con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

Por último, contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

## 2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado y para las Notas al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato



APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association*, disponibles en [www.apastyle.org](http://www.apastyle.org).

- Libro:  
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.  
  
Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.
- Capítulo de Libro:  
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial del nombre y apellido/s (ed./dir./coord.). Título de Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. Inicial y final).  
  
Ej.: DÍAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).
- Artículo:  
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.  
  
Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.
- Documento electrónico:  
Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.  
  
Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en <http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139>

Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La

cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente...

- Tanto las citas con referencia bibliográfica como las Notas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas y no en la página en que corresponda insertar la cita.

### 3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

#### 3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc., se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

#### 3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (registrador, notario, abogado...), órganos (tribunal, juzgado...), preceptos (artículo, decreto...), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad...) y para los títulos de las normas.

**El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.**

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.





Suscripción anual: 104 €  
Número suelto: 25 €

ISSN 0210-0444



9 770210 044002