

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO
INMOBILIARIO



Año XCVII • Noviembre-Diciembre • Núm. 788

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 XCVII • Noviembre-Diciembre 2021 • Núm. 788

REVISTA BIMESTRAL



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

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

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

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Francisco Javier Gómez 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

- FABRE LAFUENTE, Iván: «El tratamiento de la doble inmatriculación en la actual normativa hipotecaria española. Nuevas perspectivas: la coordinación Catastro-Registro de la Propiedad» / *The treatment of double immatriculation in the current Spanish mortgage regulations. New perspectives: the Cadastre-Registry of Property coordination* 3305
- FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio, GAGO SIMARRO, Clara: «Conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar» / *Dominical and possession disputes caused by the family home right of use assignment* 3369
- GÓMEZ LINACERO, Adrián, CAMPO CANDELAS, Jesús: «La adquisición de la propiedad en subasta judicial: momento de transmisión y revisión crítica» / *Acquisition of property through judicial public auction: the moment of the transfer and a critical review of the question*..... 3443

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

- FANDOS PONS, Pedro: «Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (VI): Principios consecuencia de la inscripción: la oponibilidad y la prioridad registral gráfica» / *The geographical repercussions of the mortgage principles after Law 13/2015, of June 24 (VI): Principle's consequence of the registration: the opposability and the graphic registration priority*. 3499

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

| | |
|--|------|
| MURILLO VILLAR, HENAR: «¿Sociedad unipersonal, <i>societas unius personae</i> o “ <i>quasi societas</i> ”?» / <i>The single-member company, societas unius personae or “quasi societas”?</i> | 3553 |
|--|------|

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

| | |
|--|------|
| RIVAS VARGAS, DANIA RAMIRA, ABRAHAM GONZÁLEZ, YANETZY: «La actualización de los títulos de propiedad en Cuba: Un dilema contemporáneo para la inscripción registral» / <i>The upgrade of the titles of property in Cuba: A contemporary dilemma for the inscription of the property.</i> | 3583 |
|--|------|

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 | 3603 |
|--|------|

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

| | |
|---|------|
| — «Extinción de la pensión de alimentos por ruptura unilateral, voluntaria y sostenida del hijo hacia el progenitor» / <i>Extinction of food pension due to unilateral, voluntary and sustained breakage of the child towards the parent</i> , por Isabel DE LA IGLESIA MONJE | 3679 |
|---|------|

1.2. Derecho de familia:

| | |
|--|------|
| — «La responsabilidad por deudas contraídas por los cónyuges en el régimen económico de separación de bienes» / <i>Liability for debts contracted by spouses in the economic regime of separations of assets</i> , por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT..... | 3690 |
|--|------|

- 1.3. Derechos reales:
- «La indirecta protección de los derechos habitacionales en el convenio europeo de derechos humanos» / *The indirect protection of housing rights in the european convention on human rights*, por Elena FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA..... 3753
- 1.4. Sucesiones:
- «Consideraciones en torno al alcance y la interpretación de la nueva «capacidad jurídica» de las personas con discapacidad introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica» / *Considerations on the scope and interpretation of the new «legal capacity» of persons with disabilities introduced by Law 8/2021 of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity*, por M^a Teresa DUPLÁ MARÍN 3768
- 1.5. Obligaciones y Contratos:
- «A vueltas con la interrupción de la prescripción vía reclamación extrajudicial en las acciones personales» / *Interruption of the prescription for out-of-court claims in personal actions*, por José María GARCÍA RODRÍGUEZ 3795
 - «El valor del silencio como consentimiento contractual» / *The value of silence as contractual consent*, por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO..... 3805
- 1.6. Responsabilidad civil:
- «Acción directa contra la aseguradora y valoración de daños en la responsabilidad civil por negligencia médica» / *Direct Action against the Insure and Valuation of Damage in Civil Liability for Medical Malpractice*, por Esther MONTERROSO CASADO 3819
- 1.7. Concursal:
- «Arrendamientos urbanos, epidemia del COVID 19 y estado de alarma (III)» / *Urban leases, COVID 19 epidemic and state of alarm (III)*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS..... 3834

2. MERCANTIL:

- «Las consecuencias de la nulidad contractual por infracción del Derecho de la Competencia» / *The consequences of contractual nullity due to an infringement of Competition Law*, por Francisco REDONDO TRIGO..... 3857

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

- «El marco regulador de la reparcelación desde la perspectiva de la coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro» / *The regulatory framework for reparcelling in relation to the coordination between Cadastral Plots and Land Registry Properties*, por Vicente LASO BAEZA 3873

**RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY
INFORMATION**

- «Responsabilidad por los daños resultantes de cosas caídas o arrojadas desde edificios», de Carmen CALLEJO RODRÍGUEZ, por Amelia SÁNCHEZ GÓMEZ 3889

ESTUDIOS

El tratamiento de la doble
inmatriculación en la actual
normativa hipotecaria española.
Nuevas perspectivas: la coordinación
Catastro-Registro de la Propiedad

*The treatment of double
immatriculation in the current
Spanish mortgage regulations. New
perspectives: the Cadastre-Registry
of Property coordination*

por

IVÁN FABRE LAFUENTE
Doctorando en Derecho. Universidad de Valencia

RESUMEN: El nuevo marco legal, surgido a propósito de la reforma de la Ley Hipotecaria tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015, ha permitido clarificar, en cierto modo, la resolución de las diferentes situaciones conflictuales surgidas en el ámbito registral, produciéndose un avance en dos sentidos. De un lado, en la desjudicialización de este tipo de procedimientos y, de otro, al establecer un mecanismo que permita identificar gráficamente las fincas registrales tratando de evitar, con ello, la generación de la doble

o, en general, múltiple inmatriculación registral. Precisamente, en relación con este último aspecto, ciertamente innovador resulta el contenido del artículo 209 LH, al elevar una regulación tan específica a rango legal, y producirse un vaciamiento *de facto* del contenido de la normativa de carácter reglamentario, regulador con carácter previo de la materia.

ABSTRACT: The new legal framework, which emerged as a result of the reform of the Mortgage Law after the entry into force of Law 13/2015, has made it possible to clarify, in a way, the resolution of the different conflict situations arising in the registration field, with two-way progress being made. On the one hand, in the dejudicialization of such procedures, of another, by establishing a mechanism that allows to graphically identify the logging farms thus avoiding the generation of double or, in general, multiple logging inmatriculation. Precisely, in relation to the latter aspect, it is certainly innovative that the content of Article 209 LH is, by raising such specific regulation to legal range, and there is a de facto emptying of the content of the regulatory legislation on the subject.

PALABRAS CLAVE: Catastro. Conflicto. Derecho civil. Desjudicialización. Hipotecario. Jurisprudencia. Procedimiento. Registrador de la Propiedad.

KEY WORDS: *Cadastre. Conflict. Civil law. Dejudicialization. Mortgage. Jurisprudence. Proceedings. Property Registrar.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO DE DOBLE INMATRICULACIÓN.—II. LA ADAPTACIÓN DEL NUEVO SISTEMA A LAS NECESIDADES DEL SIGLO XXI: LA LEY 13/2015: 1. EL ARTÍCULO 209 DE LA LEY HIPOTECARIA. 2. EL ARTÍCULO 313 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. 3. LA RESOLUCIÓN DE LA CONTROVERSI A POR APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL.—III. LA DELIMITACIÓN GRÁFICA DE LAS FINCAS REGISTRALES COMO INSTRUMENTO PRESUMIBLEMENTE IMPEDITIVO DE LA DOBLE INMATRICULACIÓN REGISTRAL: 1. VALOR Y EFICACIA DE LOS DATOS CATASTRALES Y SU INFLUENCIA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: DE LA LEY 13/1996 A LA 13/2015. 2. LA INCORPORACIÓN DE LA REFERENCIA CATASTRAL Y DE LAS CERTIFICACIONES CATASTRALES: EL PRIMER LOGRO EN EL ANSIADO CAMINO DE LA COORDINACIÓN: *A. La referencia catastral. B. Las certificaciones catastrales.* 3. LA INSCRIPCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA GEORREFERENCIADA COMO MÉTODO PREVENTIVO. 4. LA CONSTANCIA DE LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO DE DOBLE INMATRICULACIÓN

El sistema hipotecario español ha tratado de asumir progresivamente en el tiempo, en parecidos términos al resto de países del entorno europeo¹ un método realmente eficaz sobre la protección de la titularidad dominical de los bienes inmuebles. La evolución producida desde mediados del siglo XIX ha centrado la atención en la correcta identificación de los bienes², de forma que, frente al modelo primitivo basado esencialmente en la publicidad del título³, omitiendo la identificación gráfica de la finca registral, se ha ido construyendo, progresivamente en el tiempo, un método basado en la cartografía y en el sistema de referencia geodésico que permita determinar nítidamente sobre el terreno los efectos de la inscripción registral. En este último sentido, al avance surgido con ocasión de la obligatoriedad de aportar la referencia catastral en el otorgamiento de documentos a propósito de la Ley 13/1996⁴, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE, núm. 315, de 31 de diciembre de 1996)⁵, le han precedido otros textos con similar propósito —avanzar en la tan ansiada coordinación entre Catastro y Registro de la Propiedad— cuyo culmen se sitúa en la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo (BOE, núm. 151, de 25 de junio de 2015). Precisamente, este último texto ha centrado la atención tanto en el espacio anterior, como en la redefinición de la tipología procedimental contemplada en la legislación hipotecaria dirigida a lograr la debida constancia de las fincas en el Registro de la Propiedad⁶ y, en este sentido, es pertinente centrar, por la relevancia que en el ámbito de las transacciones inmobiliarias puede tener, el tratamiento de la subsanación de la doble inmatriculación registral, y aunque a la luz de la reforma actualmente vigente ejerce de elemento realmente contenedor frente al surgimiento de nuevas situaciones, lo cierto es que, la pérdida de documentación, la sucesión de transmisiones sin perfeccionamiento documental, la ausencia de una cartografía clara que permitiera definir físicamente la finca, inclusive la facilidad durante buena parte de la historia para la inmatriculación⁷, ha originado, en no pocas ocasiones, situaciones en las que una misma porción de terreno físico ha accedido al Registro de la Propiedad de forma diferenciada, con descripciones diferentes, inclusive con titularidades distintas⁸.

La llamada doble o múltiple inmatriculación puede calificarse y, de hecho, así lo ha sido por numerosos autores⁹, como uno de los defectos más destacables del sistema registral español¹⁰. Tal vez sea este, uno de los motivos por el que el legislador ha querido dar rango legal al procedimiento contemplado en el artículo 313 del Reglamento Hipotecario —en adelante,

RH—, reformando alguno de los aspectos nucleares de este precepto dando nueva forma al contenido del artículo 209 de la Ley Hipotecaria —en adelante, LH—¹¹ que, en síntesis, será la base sobre la que se articulará el procedimiento para su resolución. Queda por ver, tanto los efectos que desplegará sobre las situaciones conflictivas, como en aquellas sobre las que aparentemente no se produzca una coyuntura de tal grado. Evidentemente en un artículo de estas características, no pueden ser abordados todos los supuestos sobre los que puede originarse la subsanación de la doble inmatriculación, ni tampoco las diferentes soluciones ofrecidas desde el punto de vista de la aplicación del Derecho civil. No obstante, ello no implica que no deba centrarse ahora la atención en el estudio del concepto y de la configuración normativa actualmente dada en relación con el procedimiento habilitado para ello, los efectos que este último conlleva, el tratamiento que la doctrina y jurisprudencia ha ofrecido en la búsqueda de quien resulta ser el titular preferente en una situación conflictiva y las nuevas perspectivas para su prevención con ocasión del intercambio de información entre Catastro y registradores de la propiedad, aspectos fundamentales, todos ellos, en los que se centrará esta investigación.

El tratamiento de la doble inmatriculación registral requiere previamente el análisis del concepto, tanto desde la vertiente doctrinal, como jurisprudencial. De este modo, puede afirmarse que por doble o, en general, múltiple¹² inmatriculación se entiende aquella situación en cuya virtud una misma finca, o parte de ella, conste inscrita en el Registro de la Propiedad dos o más veces en folios registrales distintos e independientes entre sí y, por tanto, con asignación de número de finca registral diferente¹³. En similares términos se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo —en adelante, TS— al concretar que por tal noción responde aquella situación patológica producida en el Registro de la Propiedad consistente en que una misma finca figure inscrita dos o más veces en folios diferentes y con distinto número,¹⁴ aun existiendo en la descripción cierta disparidad entre ellas o afecte en su integridad o parcialmente con respecto de otra u otras,¹⁵ traducéndose, en su caso, siguiendo los principios hipotecarios, en la publicidad de dos titulares diferentes que ostenten derechos sobre una misma porción de terreno. Con su existencia, se origina una situación de inestabilidad contraviniendo el principio registral de la existencia de un único folio para cada finca,¹⁶ lo que supone una neutralización de cualquier efecto positivo de la publicidad registral¹⁷. Otros autores han matizado que esta situación patológica surge «[...] como consecuencia del carácter exclusivamente literario de la descripción de las fincas; por tanto, estamos ante una patología de carácter literario, que no gráfico [...]»¹⁸.

Frente a ello, ARRIETA SEVILLA,¹⁹ ha destacado algunos supuestos sobre los que pesa la doble inmatriculación que no originan un verdadero

conflicto de titularidad y sobre los que, en definitiva, proyecta su atención el artículo 209 LH, al que se aludirá. Se trata, por tanto, del caso en que una finca se halle inscrita en dos distritos hipotecarios o en dos secciones de igual Registro, los relativos a la exigencia contemplada en el ordenamiento de abrir dos folios registrales, como sucede en la concentración parcelaria,²⁰ aunque la apertura del segundo folio no implica la cancelación o cierre de los anteriores,²¹ aquellos casos en los que, dentro del contexto del artículo 377 RH, figuran separados tanto el dominio útil como el directo —también aquellos casos en los que las respectivas cuotas o participaciones indivisas se encuentren inscritas en folios registrales distintos—, las situaciones en las que por dificultades de la reanudación del tracto sucesivo se haya optado por una nueva inmatriculación registral, o en las que el titular registral sea la misma persona, aspecto que no parece muy probable salvo que haya una predisposición a ello, o no siéndolo existe conformidad en la rectificación.²²

Otros, han establecido una distinción entre la coincidencia del mismo titular registral o no, o sobre si la doble inmatriculación se ha generado como consecuencia de actuaciones registrales posteriores que han derivado en ello, y que no parten de una inmatriculación —caso de alteraciones de la finca que han dado origen a la apertura de un nuevo folio, tal es el supuesto de agrupaciones, segregaciones, o agregaciones— especialmente si se ha interrumpido la inscripción, y se ha optado finalmente por la inscripción de una nueva finca, por lo que aquí se produciría no una doble inmatriculación de toda la finca, sino tan solo de una parte.²³

En cualquier caso, a partir de este momento, surgen tres situaciones claramente diferenciadas. El supuesto en el que el titular sea la misma persona, el supuesto en el que no siéndolo haya conformidad entre los afectados o, finalmente, el supuesto en el que no haya conformidad. Frente a las dos primeras la legislación hipotecaria trata de dar respuesta, sin embargo, sobre la última, remite su resolución al resultado del juicio declarativo que corresponda. De este modo, la situación conflictiva sucedería en aquellos casos en los que los asientos resulten contradictorios entre sí, de forma que dos personas distintas, independientemente de que sean físicas o jurídicas, figuren como titulares registrales, identificando para cada una de ellas, en base a su inscripción, que se trata del único y verdadero propietario.²⁴

Mención aparte requiere el tratamiento de la regulación sobre la doble inmatriculación en el ámbito urbanístico²⁵ que viene dada, en gran medida, por el Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, aprobado por Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio (BOE, núm. 175, de 23 de julio de 1997). Si bien, no puede incluirse dentro de los supuestos

ciertamente conflictivos, tampoco puede omitirse que como consecuencia de la existencia de una finca doblemente inmatriculada no se produzca una situación de este tipo. De ahí, que esté dirigida a que los particulares no entorpezcan el normal funcionamiento de la Administración, particularmente en el ámbito de la gestión urbanística. En ello, centra su atención el apartado primero del artículo 10 del reglamento anteriormente citado para la ejecución de la LH,²⁶ en el que se especifica que si una finca estuviere doblemente inmatriculada, por haberse practicado la nota, antes de la iniciación del procedimiento de equidistribución, o dicha situación resultase probada a partir de las actuaciones surgidas en tal proyecto, tendrán la consideración de interesados en el proceso los titulares registrales de la finca que se halle doblemente inmatriculada, según resulte de los asientos practicados, derivándose con ello la conservación de dicha situación, tanto en la adjudicación de las fincas de resultado, como en su inscripción registral, practicándose a favor de quien resulte ser el verdadero titular dominical de la finca según resulte del juicio declarativo ordinario ante el orden jurisdiccional civil, sin perjuicio que los propios interesados, afectados por dicha situación, puedan instar el oportuno convenio en escritura pública. Baste señalar que, en la inscripción de las fincas de resultado, figuraran las circunstancias correspondientes a las de origen que hubieren sido objeto de doble inmatriculación.

De este precepto se desprende que hay una primera regla directamente relacionada con la doble inmatriculación, y otras dos dirigidas a ventilar la titularidad desconocida o controvertida sobre la finca de origen, así como el titular en ignorado paradero, pero que igualmente pueden actuar como mecanismos preventivos de la doble inmatriculación, ya que con la práctica de la inscripción a favor de la Administración, podrán adquirirse los derechos sobre la finca por usucapión extraordinaria²⁷, visto el contenido del artículo 10 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales²⁸. A salvo los derechos que se pudieran alegar, se impide que se inscriba primeramente a favor de quien no sea su verdadero titular.

Por tanto, en lo relativo al ámbito urbanístico, la doble inmatriculación no genera un inconveniente sustancial para la gestión urbanística y, en todo caso, el conflicto suscitado sobre quien pretenda que sea reconocido como verdadero propietario del bien habrá de ventilarse ante la jurisdicción civil, de forma que, en este caso, se produce nuevamente un reenvío a la substanciación del procedimiento por los cauces ordinarios y de conformidad con las reglas de Derecho civil, como más adelante habrá ocasión de tratar, sin que por vía administrativa pueda dilucidarse tal pretensión, por no ser precisamente su objeto²⁹. Esta tipología procedimental administrativa tan solo tiene como finalidad impedir que por su mera existencia se impida el normal desarrollo de la ejecución urbanística³⁰.

II. LA ADAPTACIÓN DEL NUEVO SISTEMA A LAS NECESIDADES DEL SIGLO XXI: LA LEY 13/2015, DE 24 DE JUNIO

La reciente reforma introducida en la LH por la Ley 13/2015, de 24 de junio ha supuesto un cambio sustancial en la relación entre los interesados y el Registro de la Propiedad, así como en su estructura funcional y jurídica. Es evidente que un marco regulatorio tan ambicioso como el que trata de proyectarse a propósito de la actual normativa hipotecaria, sobre el sistema de protección registral, no podía obviar la actualización de las normas reglamentarias establecidas sobre el tratamiento de la doble inmatriculación. Como se ha apuntado anteriormente,³¹ la regulación vigente sobre este aspecto se articula sobre el artículo 209 LH, lo que conlleva en la práctica una derogación «*tácita*», o cuando menos falta de aplicabilidad inmediata del artículo 313 RH³². En suma, es destacable como nota característica, apuntar la descarga de la tramitación de estos expedientes sobre los registradores de la propiedad, dentro del contexto de desjudicialización y el impulso de la nueva concepción de la jurisdicción voluntaria.³³

1. EL ARTÍCULO 209 DE LA LEY HIPOTECARIA

El tratamiento normativo de esta patología deriva, esencialmente, del artículo 209 LH. Por ello, partiendo del análisis de su contenido, a tenor de las reglas establecidas en el apartado primero del citado artículo, queda resuelto que se precisará la tramitación del oportuno expediente para la subsanación de la doble o múltiple inmatriculación de una finca³⁴ o parte de ella, cuando figure, o se presuma que figure, en folios registrales distintos.³⁵ Precisamente, de tal aseveración, se obtiene una definición legal, en términos generales, de lo que se entiende por ello, de forma que la constancia de una finca o porción de ella en varios folios es la esencia propia de este concepto. Este expediente deberá estar sometido a una serie de reglas que, articuladas sobre la base de la competencia, la comprobación y finalización del mismo definen sus características básicas.

De este modo, partiendo del ámbito competencial, queda establecido que lo será el registrador del distrito hipotecario en el que se encuentre la finca objeto de doble inmatriculación. En el supuesto que una finca se extendiera en su cabida más allá del ámbito de dos o más Registros, será concluyente para la determinación del competente, el historial jurídico más antiguo de cuantas fincas se trate. Siendo todos ellos de la misma fecha, recaerá sobre aquel en el que se encuentre inscrita una mayor parte de ella (art. 209.1. regla 1.ª LH). El expediente podrá tramitarse bien de oficio o a instancia de los titulares registrales que figuren en los respectivos historiales

de las fincas objeto de tratamiento —en cualquier caso, a propósito de la regulación reglamentaria que es aplicable, deberán constar tanto los datos personales de quien lo solicita, como un domicilio para la oportuna práctica de notificaciones— (art. 209.1 regla 2.^a LH). Es importante, por tanto, destacar quienes ostentan legitimación para instar tal procedimiento, cuya respuesta se encuentra en la regla anterior inmediatamente citada³⁶, de la que se deriva tal atribución tanto a los registradores de la propiedad, con competencia para ello por razón de la ubicación de la finca, así como a los titulares registrales que cuenten con derechos inscritos en ellas, sobre las que penda una posible situación de doble inmatriculación. De ahí, que se deriven dos aspectos básicos. Por una parte, la posibilidad que el registrador incoe el oportuno expediente, que no deja de ser novedad con respecto a la regulación anterior en la que dicha posibilidad no estaba contemplada³⁷ y, en este sentido, es precisamente a él a quien compete la valoración de la existencia del hecho,³⁸ de forma que, tras ello, inicie el procedimiento oportuno, pudiendo obtener datos y circunstancias que permitan aseverar su existencia, consultando las representaciones gráficas a su disposición³⁹ o, inclusive, recabando datos, en su caso, del Catastro Inmobiliario⁴⁰, notificando dicha circunstancia tanto a los titulares registrales como a sus causahabientes, para terminar por extender la oportuna nota marginal (art. 209 LH regla 3.^a). Con la inclusión de dicha nota, a título preventivo, trata de sofocarse la posible situación en la que un tercero hipotecario inscriba su derecho, lo que haría desvirtuar la determinación del verdadero propietario. La STS 144/2015, Sala Primera, de lo Civil, de 19 de mayo de 2015 (Roj: STS 2336/2015 - ECLI:TS:2015:2336) contempla la preferencia de un tercero hipotecario en la solución al conflicto surgido como consecuencia de la doble inmatriculación en la que no exista conformidad entre los titulares⁴¹. No obstante, si el registrador, verificados todos los extremos, considera que no se ha producido tal hecho denegará razonadamente —no cabe frente a ello la arbitrariedad— su apertura, pudiendo interponerse frente a dicha resolución los oportunos recursos previstos para la calificación negativa, sin perjuicio de quedar expedita la vía judicial para la defensa de los derechos que consideren oportunos (art. 209 regla 7.^a LH). De otra, limitando el margen de actuación de terceros interesados, reduciendo el ámbito a los titulares que tuvieran derechos inscritos, lo que implica una ruptura con el sistema anterior. Era doctrina consolidada y reiterada de la DGRN que, además, podían incoarlos aquellos que tuvieran derechos anotados, de forma que una interpretación en sentido amplio daba lugar a un incremento notable de quienes pudieran iniciarlos. De esta forma, no solo podían instarlos aquellos titulares que tuvieran derechos inscritos, sino también los que tuvieran anotaciones preventivas. No obstante, a raíz de la modificación normativa, la interpretación de esta Dirección es tendente a

no permitir que los terceros ajenos a los folios, puedan instar tal procedimiento, por lo que, aunque se encuentren afectados por ellos, no tendrán legitimación⁴². En este sentido, debe entenderse que no es de aplicación a este procedimiento, por contar con reglas específicas para ello, el contenido del artículo 40 de la LH relativo a la legitimidad registral⁴³. De esta forma, parece perseguirse el incremento del grado de profesionalización de las actuaciones, al potenciar la labor del registrador de la propiedad y disminuir la potencial intervención de terceros afectados, que no ostenten la titularidad registral de las fincas.

Partiendo de las consideraciones anteriores, imprescindibles para determinar su correcta tramitación, es pertinente el tratamiento de los aspectos puramente procedimentales y de las soluciones ofrecidas en determinadas situaciones en las que no parece existir una verdadera situación conflictual que impida su resolución satisfactoria.

Es, precisamente, a partir de lo dispuesto en la regla tercera, del apartado primero del repetido artículo, en el que se sustancian los trámites pertinentes referidos. A propósito del trámite puramente investigador, al que se ha hecho referencia, podrá determinarse la coincidencia entre las fincas, procediendo, a su vez, a la notificación y a la extensión de la nota marginal, en la forma expuesta. Centrando la solución a determinadas situaciones que la LH contempla, baste señalar por el orden sucesivo de aparición en ella que, para el caso que el dominio de una finca figurase inscrito en distintos folios registrales a favor del mismo titular, siempre que estuvieren libres de cargas, es decir, no recayere ninguna sobre ellas, o se mostrasen en idénticos términos y orden, de forma que no se produjesen posibles perjuicios a terceros, se solventará con el asentimiento de los interesados, registrando al final del historial registral más moderno un asiento de cierre o cancelación, en el que se hará expresa referencia a este aspecto por medio de nota marginal en el historial más antiguo (art. 209.1 regla 4.^a LH)⁴⁴.

Ahora bien, si los titulares dominicales, así como de las cargas inscritas fueren distintos, o siendo los mismos, no estuviesen en el mismo orden, el registrador oír a los interesados con el propósito de que alcancen un acuerdo que fije las titularidades que han de recaer sobre las fincas, así como el orden sucesivo de las mismas (art. 209.1 regla 5.^o LH). De esta forma, se contempla la posibilidad que existan disonancias entre los distintos titulares y las cargas. Matiza la regla sexta que, si todos ellos hubieren comparecido y no hubiere discusión al respecto, de forma que mantengan una posición unánime entre todos ellos, aceptando, por tanto, las rectificaciones planteadas, el registrador reflejará el acuerdo que, junto con la firma de sus interesados, lo hará constar en los libros respectivos, procediendo, en su caso, a la cancelación del historial de la finca registral más reciente, rectificando, en la medida del acuerdo adoptado, la más antigua. No obs-

tante, el acuerdo adoptado constará en el Registro en el sentido en que sea legalmente inscribible.

Si hubiere alguno de ellos que no compareciese o, habiéndolo hecho en debida forma, planteara oposición, el registrador habrá de dar por concluido el expediente⁴⁵, con mención en sus libros de dicha circunstancia, así como por nota al margen de la última inscripción de dominio que constase en los folios reales coincidentes. Dicha oposición podrá mostrarse en cualquiera de las fases del procedimiento, sin que haya un momento concreto oportuno para ello, motivo que implica la imposibilidad de preclusión de tal posibilidad. En cualquiera de estos casos, el promotor del expediente tendrá la facultad de tramitar demanda de juicio declarativo⁴⁶ ante el Juez de primera instancia que corresponda en función del lugar en el que se halle la finca⁴⁷. Lo que impide, desde luego, que en estas situaciones el registrador pueda determinar la preferencia de una con respecto de otra, en tanto que dicha función corresponde a los órganos jurisdiccionales —RDGRN de 19 de julio de 2018 (BOE, núm. 190, de 7 de agosto de 2018)—⁴⁸, quedando a resultas de los casos en los que no se hubiese prestado consentimiento, sobre los que se prevé, como anteriormente se ha aludido, en aras de una defensa efectiva, hacer uso de los medios de impugnación legalmente previstos frente a las calificaciones negativas (art. 209.1 regla 7.^a)⁴⁹. De forma que, de dicha nota, se extrae la conclusión del expediente por medio de escrito de calificación.

Con todo, hay que realizar una serie de matizaciones en relación con las notas marginales al respecto de la doble inmatriculación, ya advertidas anteriormente, y contempladas, con carácter general, en la regla octava de igual precepto, especialmente en cuanto al plazo de caducidad que será de seis meses, cuyo cómputo comenzará desde la práctica de las mismas, a excepción que durante este tiempo se practique la anotación preventiva resultante de la presentación en el Registro de la demanda interpuesta en el oportuno procedimiento judicial. Asimismo, la ley ha contemplado la posibilidad de prórroga tanto del asiento de presentación, como de la anotación preventiva⁵⁰, en el caso de que se interponga el oportuno recurso frente a la calificación otorgada por el registrador de la propiedad. Las notas marginales a las que se refieren las reglas tercera y séptima, de este artículo, tienen distinta finalidad. La nota marginal a la que se refiere la regla tercera tiene como propósito el reflejo de la notificación a los titulares de derechos inscritos o anotados, sin embargo, la última tiene por objeto la constancia de la incomparecencia de alguno de los titulares⁵¹.

En el resto de los supuestos afectados por doble o múltiple inmatriculación, procederá la conclusión de todo expediente, siempre que se entable juicio ordinario que verse sobre el dominio u otros derechos inscribibles relativos a la misma finca (art. 209.1 regla 9.^a LH).

Todo lo expuesto anteriormente, según preceptúa el apartado segundo del artículo 209, de la Ley citada, habrá de entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 37 de la Ley 33/2003⁵², así como del resto de normas concordantes. Por tanto, esta nueva regulación incluye una referencia expresa a los supuestos de doble inmatriculación con incidencia directa en los bienes de las diferentes Administraciones públicas, de forma que con la mera remisión a este artículo se produce una desvinculación, con carácter general, de la tramitación del oportuno expediente cuando se trate de bienes de esta naturaleza, al dotar de preferencia la aplicabilidad del contenido del reiterado precepto de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, especialmente a propósito de la regulación de la forma en la que ellas podrán instar la cancelación o rectificación de los asientos. No obstante, su aplicabilidad deberá entenderse en la forma que así lo permita la legislación sectorial. De hecho, sobre los bienes demaniales, que gozan de las notas de inalienabilidad, es decir, no se permite su venta, inembargabilidad, no pueden ser fruto de un proceso ejecutivo o, de imprescriptibilidad, de forma que sobre ellos no puede operar la prescripción, la modificación de los derechos inscritos no parece que deba surgir de una actuación de oficio de la Administración sino que requerirá de resolución judicial dimanante de un juicio ordinario declarativo⁵³. Por tanto, si existiere una situación de doble inmatriculación que afecte a bienes patrimoniales de las Administraciones, estas deberán iniciar el procedimiento por aplicación de lo dispuesto en el artículo 209.1 RH, remitiendo a la jurisdicción civil el asunto si no terminase con acuerdo⁵⁴. Si, la Administración reconoce que dicha finca pertenece a un tercero y no es de su propiedad, de forma que este ostente mejor derecho o preferencia del título sobre el de la Administración pública se aplicará el artículo 37.4 ya citado, expidiendo al efecto certificación administrativa en la que conste tal circunstancia, que será título suficiente para la cancelación o rectificación si procediese de las inscripciones practicadas en favor de estas últimas que, en todo caso, deberá contar con un informe preceptivo de la Abogacía del Estado⁵⁵ o, en defecto de ello, del órgano asesor correspondiente de la Administración de la cual se trate. En la medida en que la apertura del expediente administrativo determina el cierre del expediente registral iniciado, ya que un titular implicado y que cuente con legitimación para instarlo podrá hacerlo, disminuye su aplicabilidad en lo referente a este tipo de bienes⁵⁶. La vinculación entre el procedimiento administrativo⁵⁷ y registral ha sido apuntada por la DGRN en su Resolución de 22 de noviembre de 2016 (BOE, núm. 302, de 15 de diciembre de 2016), en ella, se alude a la preferencia en cuanto a la aplicabilidad del procedimiento administrativo frente al contenido del artículo 209 LH cuando se trate de bienes de este tipo «[...] debe evitarse iniciar la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 209 de forma paralela y estéril

a otro procedimiento administrativo con igual objeto y trámites específicos, considerando además, la prevalencia que la Ley Hipotecaria atribuye a las resultas de dicho eventual procedimiento administrativo. [...]» —FJ 5.º—. Y, aunque como señala ARRIETA SEVILLA⁵⁸, nada impide que otro titular registral implicado plantee el inicio del procedimiento, principalmente a los efectos de la constancia de la nota marginal y la sucesiva tramitación del procedimiento, lo cierto es que la preferencia del procedimiento administrativo frente al registral, sea por su propia naturaleza, o por la propia constitucionalización de los principios que deben inspirar la actuación administrativa, debería conllevar su previa tramitación,⁵⁹ y ahí es donde el registrador debe servirse de ellas como instrumento para la averiguación de dicha circunstancia. No obstante, más allá de la remisión genérica que ha realizado el legislador en favor de la Ley del Patrimonio de las Administraciones públicas cuando se trate de este tipo bienes, lo cierto es que debería haber realizado un esfuerzo mayor, de modo que hubiera podido construirse un procedimiento específico en estos casos.

A pesar que, el artículo 209 LH es el elemento clave para la determinación de las reglas sobre la tramitación del procedimiento registral para la subsanación de la doble inmatriculación, lo cierto es que de él tan solo se desprende una mera referencia al ámbito procedimental, de forma que, en aquellos casos en los que exista una verdadera situación conflictual, remite directamente a la jurisdicción ordinaria para la determinación de quien es el propietario. Por tanto, esta regulación no es más que un mero expediente de jurisdicción voluntaria, con un mayor nivel de intervención de los registradores, pero sin ofrecer una solución preferente en el caso de la existencia de controversia entre las partes.

En relación con ello, el contenido de este artículo, dado el pronunciamiento que la DGRN ha realizado sobre el artículo 313 RH, implica dotarlo de relevancia especialmente en razón del interés mostrado en la nueva regulación sobre la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad. En este contexto, además de la subsanación, se persigue centrar la atención en su evitación, principalmente por los supuestos en los que podrá lograrse la correspondiente concordancia, o indirectamente por conducto de la denegación de la inscripción. En este sentido, puede destacarse el propio contenido del artículo 199 LH, al puntualizar que el registrador podrá denegar la inscripción de la identificación gráfica de la finca si esta coincidiera con otra base gráfica ya incorporada a la descripción de la finca o con el dominio público, lo que supone, en definitiva, restringir la generación de la doble inmatriculación. En parecido sentido, se pronuncia el artículo 203 LH⁶⁰, en referencia al expediente de dominio para la inmatriculación de fincas, ya que podrá denegarse por el registrador la anotación preventiva solicitada por notario en caso de existencia de dudas fundadas y razonables

sobre la coincidencia de dicha finca con otras, también el artículo 205 LH⁶¹ en relación con las reglas para la inmatriculación de fincas mantiene una posición similar⁶².

En todo caso, siguiendo a la doctrina⁶³, puede concluirse que la adecuada resolución por la aplicación de la normativa de Derecho civil, implicaría, hasta la solución definitiva, la inaplicabilidad de los principios registrales, puesto que, en definitiva, la existencia de dos fincas con titulares diferentes, implica la protección registral, por aplicación de los principios hipotecarios, de dos personas diferentes sobre una misma porción de terreno físico.

2. EL ARTÍCULO 313 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

Sobre el contenido del precepto reglamentario enunciado previamente, conviene realizar ciertas puntualizaciones, aun a pesar de la inaplicabilidad actual. Tras la reforma introducida en 1998, se establecieron dos nuevas reglas, reformulándose la redacción anterior que constituyó una tercera. De él se extrae que, en el supuesto de existencia de doble inmatriculación de una misma finca o, parte de ella, en folios registrales distintos, la concordancia entre el Registro y la realidad podrá lograrse de conformidad con las reglas seguidamente enunciadas. En el supuesto que la finca o, si así fuere el caso, las respectivas cuotas o participaciones indivisas inscritas en folios diferentes lo fueran a favor de la misma persona, dicha contradicción podrá subsanarse, previa solicitud de esta, mediante el traslado por el registrador de las inscripciones o asientos posteriores al folio registral más antiguo, para lo que a continuación se procederá a extender al final del más reciente un asiento de cierre del mismo. En el caso de existir titulares de asientos posteriores afectados por el referido traslado, resultará necesaria la conformidad de todos ellos prestada en escritura pública, si lo fuere a favor de personas distintas —regla 2.^a— y existiere conformidad entre todas ellas, que deberá constar en escritura pública, se procederá a la cancelación y rectificación del folio convenido⁶⁴. En todo caso —regla 3.^a—, el titular de cualquier derecho real inscrito sobre las respectivas fincas afectadas por la doble inmatriculación, bien directamente o a falta de acuerdo, podrá acudir al Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que se halle la finca, para que, con citación de los interesados y siempre que se pruebe la identidad de la finca, dicte auto que ordene la extensión de la nota marginal⁶⁵ expresiva de su posible existencia en ambas inscripciones, para lo que podrá pedirse la caución que se estime adecuada para el correcto aseguramiento de los perjuicios que se pudieran derivar. En la misma resolución judicial se reservarán a los interesados, las acciones que consideren, asistidos de la declaración del mejor derecho al inmueble, pudiendo ejercitar juicio declarativo correspondiente⁶⁶. Concluye

el precepto, señalando que dicha nota caducará al año de la fecha, con la salvedad de que antes se hubiere anotado la demanda interpuesta en el respectivo juicio declarativo.

Así, partiendo del contenido literal del artículo 313 del RH hay que señalar que la competencia de los registradores de la propiedad para la verificación de la existencia de la doble inmatriculación era prácticamente inexistente. De hecho, de la simple lectura, de este precepto, se derivaba la imposibilidad de practicar de oficio una nota marginal por parte del registrador de la Propiedad que precisase tal circunstancia, por lo que se exigía que fueran los titulares de cualquier derecho real inscrito sobre dichas fincas, los que acudiesen al juez de primera instancia del lugar en que se hallase la finca, para que, previa citación de los interesados y siempre que resulte probada la identidad de ambas, se dictara auto ordenando la constancia, mediante nota al margen de ambas inscripciones, tal circunstancia. Cualquier interesado podría instar la subsanación de la doble inmatriculación, lo que se deduce de la lectura del artículo 313 RH, por lo que en caso de existir oposición deberá, si su intención es ventilar tal conflicto, entablar el correspondiente juicio ordinario para que se declare la verdadera pertenencia de los derechos que figuren en él. No obstante, la anterior regulación permitía acudir al Juzgado para solicitar la extensión de la anotación preventiva. Con ello, se perseguía que ninguno de los folios otorgara la protección del Registro a quienes se amparen en el otro⁶⁷.

La nueva regulación trata de paliar, aunque para un sector de la doctrina⁶⁸, sea ciertamente insuficiente, la ausencia de una regulación clara al respecto, pues esta última, a duras penas se circunscribía al contenido del artículo 313 RH. Tan solo se podría deducir una solución clara en el supuesto de que se pretendiese su subsanación si el titular registral era la misma persona, procediendo a continuación al cierre del folio registral más reciente⁶⁹, de lo que se deducía una prevalencia de la finca que contase con un historial más longevo. Si la resolución partía de la existencia de dos titulares distintos, y sin que entre ellos mediara acuerdo, la solución quedaba en manos de la jurisdicción ordinaria. De ahí, que la legislación hipotecaria no contemplase una solución jurídica al respecto y, sin que tampoco pudiera determinarse si la solución vendría dada por la aplicación de la propia normativa hipotecaria o por la normativa civil⁷⁰.

De hecho, la propia doctrina defendió la necesidad que fueran los interesados únicamente los legitimados para poder acudir a la jurisdicción ordinaria y solicitar la extensión de la nota marginal y determinar así por la aplicación de las reglas de Derecho civil cual de los asientos es preferente con respecto del otro, de forma que, el registrador de la propiedad no ostentaba competencias para su determinación. De hecho, del contenido del precepto reglamentario no se atribuye tal circunstancia⁷¹. Sin embargo, en

la regulación actual le permite actuar de oficio cuando se aprecie, lo que supone un aspecto claramente diferenciador e innovador.

Este artículo no ofrecía una solución realmente efectiva, por lo que nada impedía que los interesados pudieran acudir a la jurisdicción ordinaria⁷². De hecho, de este mismo precepto se deduce tal posibilidad para el caso de no existir conformidad con los titulares, remitiéndose a ella para que sea allí donde se dilucidase quién resulte ser el verdadero titular dominical. Igualmente, podía entenderse extensiva a todos los supuestos, de forma que sin necesidad de acudir a este procedimiento cualquier titular podría requerir de los Juzgados o Tribunales la tutela efectiva sobre la finca, que derivará en la declaración que proceda sobre la propiedad del bien, aspecto que no implica que, instar un procedimiento solicitando anotación preventiva, sea realmente más práctico, ya que durante el tiempo que se tarda en dilucidar el conflicto, el Registro publicitará tal circunstancia frente a terceros, siendo, de esta forma, un método ciertamente positivo para quién reclame la efectiva titularidad del bien⁷³.

3. LA RESOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA POR APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL

Si el legislador ha considerado que la aplicación de las reglas de Derecho civil puro es el cauce pertinente para la resolución de la controversia existente en tales casos, por remitirse a la sustanciación del oportuno juicio declarativo cuando no exista avenencia entre las partes⁷⁴, la jurisprudencia no ha hecho sino recoger este mandato⁷⁵. Partiendo de dicha consideración, lo cierto es que el posicionamiento del Tribunal Supremo ha mantenido cierta homogeneidad al respecto focalizando su atención en la preferencia, en el caso de existencia de situaciones conflictuales, con carácter general, de quien goce de la protección conferida por el artículo 34 de la LH cuando tan solo uno de ellos la ostente⁷⁶. Como se verá, la interpretación ha trascendido más allá de la anterior referencia de forma que, por su conducto, se han establecido los supuestos y criterios preferentes que permiten determinar el verdadero propietario del bien.

En STS 100/2008, Sala Primera, de lo Civil, de 12 de febrero de 2008 (Roj: STS 694/2008 - ECLI:ES:TS: 2008:694) quedó recopilado de una forma muy precisa el orden de prevalencia de aplicación de las normas para la resolución de situaciones de doble inmatriculación⁷⁷. Así, siguiendo el contenido del FJ 4.º, a propósito de la Sentencia de la misma Sala, STS 985/2005, de 12 de diciembre de 2005 (Roj: STS 7407/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7407), resultan destacables las consideraciones siguientes, la no procedencia de la aplicación de fórmulas genéricas en todas las situaciones, en segundo

lugar, —como ya se ha reiterado— la inaplicabilidad inicial de las normas de Derecho Hipotecario, por lo que tendrán prevalencia frente a estas las de contenido de Derecho civil, en tercero, la preferencia entre dos títulos inscritos habrá de buscarse en el título civil que originó la adquisición, es decir, alguno de los que se hayan fijado en el artículo 609 del Código civil⁷⁸, y, finalmente, en el caso en que no pueda determinarse la aplicabilidad de las normas de Derecho civil habrá de acudir a los principios hipotecarios⁷⁹.

Sobre ello han podido consolidarse dos criterios diferenciados en este último ámbito del Derecho, cuya distinción ha sido asumida por el Tribunal Supremo. De un lado, el denominado de prevalencia de la hoja registral de la finca cuyo dominio sea de mejor condición según el Derecho civil puro, lo que conllevaría la imposibilidad de determinarlo por la mera aplicabilidad de las normas de Derecho hipotecario, en tanto que la coexistencia de ambos asientos registrales de igual rango y naturaleza que resultan contradictorios entre sí origina la quiebra del mecanismo tabular⁸⁰ y, de forma que la protección a uno de ellos implicaría el desconocimiento de tales principios frente al otro, así como el de prevalencia de la hoja registral de la finca cuya inmatriculación sea más antigua, por cuanto de ella se deriva que fue la que primero accedió al Registro⁸¹ y, en consecuencia, reflejará con mayor fidelidad las transmisiones efectuadas y los derechos que sobre la misma se han inscrito, lo que, en definitiva, conlleva atribuir una prioridad automática a la finca que se halle doblemente inscrita. El primero, de los anteriores ha sido asumido, con carácter general por la doctrina jurisprudencial⁸². El criterio del cierre del historial más reciente, retomando el más antiguo, se ha consolidado en los casos en los que no existe un verdadero conflicto de titularidades⁸³. Por tanto, este último criterio, tan solo deberá aplicarse de forma subsidiaria, si partiendo del Derecho civil puro determinante del derecho de propiedad, no puede obtenerse quién es el verdadero titular por lo que se producirá un reenvío a los principios de Derecho hipotecario, de forma que quien primero inscribe es el que tiene mejor derecho, al menos prioridad frente al resto⁸⁴.

Partiendo de la aplicabilidad de los anteriores criterios, según la situación generada, la correcta determinación de quién resulte ser el verdadero propietario también debe asumirse por vía de la valoración del contenido del artículo 34 LH⁸⁵ —es decir, de quien goce de la protección amparada en el expresado precepto, según se extrae de la reiterada preferencia jurisprudencial, especialmente en aquellos casos en los que resulte difícilmente determinable, bien por la facilidad de la inmatriculación o porque alguno de los asientos revista de cierta debilidad— que tiene fiel reflejo en la reciente STS de 19 de mayo de 2015, ya citada⁸⁶, en la que trata de ventilarse un supuesto conflictivo derivado de la existencia de doble inmatriculación registral y, a colación de ello, considerando una posición uniforme de este

tribunal, que aunque dictada por la Sala Primera, no por el Pleno, ha fijado como doctrina jurisprudencial que «[...] *la neutralización de los principios registrales que se deriva del supuesto de doble inmatriculación de fincas registrales no resulta aplicable en los casos en que concurra un solo adquirente del artículo 34 LH, debiendo ser protegida su adquisición conforme a la vigencia del principio de fe pública registral* [...]»⁸⁷. Con todo, esta misma Sentencia resulta especialmente novedosa, habiendo matizado en relación con la resolución de la titularidad la imposibilidad de exclusión estrictamente de las normas hipotecarias de contenido material, en tanto que ellas mismas suponen un desarrollo del Derecho civil —es el caso de los artículos 35 LH⁸⁸ o 36 LH⁸⁹, así como el ya reiterado 34 LH, en cuanto al principio de fe pública registral—⁹⁰. En este sentido, por aplicación de esta doctrina jurisprudencial, si ha resultado reconocida la condición de tercero del artículo 34 LH a uno de los titulares registrales, su adquisición tan solo podrá ceder si resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 36 LH. Esta postura del Tribunal Supremo ya fue publicitada por la doctrina. De hecho, CLEMENTE MEORO ha mantenido una posición⁹¹ en parecidos términos, al plantear la protección de quien tenga la consideración de tercero hipotecario, amparado por el artículo 34 LH, siempre que entre los interesados tan solo exista uno que reúna tal condición, y sin perjuicio que el otro titular haya adquirido el derecho por usucapación *contra tabulas*⁹². Sin embargo, otro sector de la doctrina⁹³ se ha opuesto manifiestamente a que por la simple condición de tercero hipotecario tenga preferencia en la resolución de un conflicto de doble inmatriculación. De esta forma, esta misma última resolución citada, como ha podido observarse, trató de centrar el alcance sobre el que se proyecta la doctrina jurisprudencial sobre la *neutralización recíproca* de los principios registrales en el caso que concurra doble inmatriculación, apuntando que, si de este caso se deriva la confrontación de varios titulares registrales de los que solo uno tenga la condición de tercero hipotecario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 LH, prevalecerá este.

Sin lugar a dudas, ha de interpretarse la aplicación de este último precepto en un sentido restrictivo. El autor de este trabajo entiende que para su aplicación efectiva, de la que pudiere determinarse el verdadero propietario, debe concurrir el requisito de la buena fe⁹⁴, por lo que no resultaría directamente aplicable en aquellos casos en que la transmisión se hubiera simulado o tuviera como propósito desvirtuar al verdadero titular dominical de la finca⁹⁵.

Sin embargo, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo se haya decantado por mantener un criterio semejante, especialmente a propósito de la sentencia ya reiterada de 2015, lo cierto es que esta posición no ha permanecido estática en el tiempo. Con anterioridad, y en algunos casos, se mantuvo una posición divergente con la asunción del criterio preferen-

te en relación con el artículo 34 LH. Tal es el caso de la STS 236/2013, Sala Primera, de lo Civil, de 4 de abril de 2013 (Roj: STS 1829/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1829), recogiendo lo contemplado en la de la misma Sala 299/2012, de 18 de mayo, (Roj: STS 3073/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3073), en cuyo FJ 7.º especificó que, en los supuestos derivados de la doble inmatriculación la cuestión litigiosa en absoluto puede ser resuelta en aplicación de las normas hipotecarias, sino que habrá de hacerse por aplicación de las normas de Derecho civil puro —hasta de aquí no es sino una reiteración de lo ya expuesto—, si bien, en los casos en los que exista esta duplicidad de inscripciones, el texto de la citada resolución se apresura a matizar, por remisión a otras, como la de 28 de enero de 1997, la de 18 de diciembre de 2000, la de 11 de octubre de 2004 y la de 12 de diciembre de 2005, que no existe una prevalencia del derecho del tercero hipotecario en relación con la extensión de la fe pública registral: «[...] *afecta únicamente, en determinadas condiciones, a la anulación o resolución del derecho de su transmitente pero no se extiende al amparo de datos de hecho como tampoco le confiere por sí mejor derecho frente a una doble inmatriculación, por lo que no cabe invocar en el caso infracción alguna de lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria [...]*»⁹⁶. Esto contrasta con la STS 144/2015, Sala 1.ª, de lo Civil, de 19 de mayo de 2015 (Roj: STS 2336/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2336) en la que se fija como doctrina jurisprudencial la prevalencia del que ostente tal protección, cuando en el litigio, tan solo concurra uno y la situación verse sobre doble inmatriculación.

De hecho, tampoco parece que deba omitirse quien resulte ser el poseedor de la finca, o la haya adquirido por prescripción adquisitiva, originando un debate entre quien ostente la condición de tercero hipotecario y las anteriores, dado que la prescripción es una de las formas de adquisición de la propiedad a la que alude el artículo 609 del Código civil.

De ahí, que fácilmente pueda concluirse que, en los supuestos afectados por doble inmatriculación, y a partir de la normativa, doctrina y jurisprudencia, se deriva la imposibilidad de plantear formulas genéricas que permitan una aplicación general sobre todos los supuestos —quizás sea este uno de los motivos, por el que la normativa hipotecaria tan solo ha contemplado aspectos procedimentales—, así como la valoración de las normas de Derecho civil que, en todo caso, prevalecerán sobre las normas contenidas en la normativa hipotecaria. Igualmente, es oportuno apuntar que el aspecto relativo a la antigüedad de la inscripción actual de cada una de las fincas afectadas no será determinante, sino que habrá de serlo, en esta línea, el de la inmatriculación más antigua⁹⁷, en tanto que no es concluyente, al hilo de la argumentación anterior, la aplicabilidad del llamado principio de prioridad registral, con carácter general, sino, como se ha reiterado, la de facilitar al órgano enjuiciador una prueba basada en el dominio⁹⁸.

III. LA DELIMITACIÓN GRÁFICA DE LAS FINCAS REGISTRADAS COMO INSTRUMENTO PRESUMIBLEMENTE IMPEDITIVO DE LA DOBLE INMATRICULACIÓN REGISTRAL

Reiteradamente apuntado por la doctrina, la falta efectiva de una coordinación entre Catastro y Registro de la Propiedad no facilita la existencia de un mecanismo verdaderamente capaz de impedir el surgimiento de tales divergencias en la publicidad ofrecida por el Registro⁹⁹. El inicio de dicha coordinación vino dado por la Ley 13/1996, que sirvió de punto de partida a la vigente Ley 13/2015, que ha terminado por hacer propia esta necesidad, partiendo del uso de la cartografía catastral¹⁰⁰. Esta disparidad existente entre la realidad extrarregistral y los datos del Registro ha perdurado durante décadas¹⁰¹, siendo asumida por el TS. Así en STS 912/1992, Sala Primera, de lo Civil, de 16 de octubre de 1992, (Roj: STS 17659/1992 - ECLI:ES:TS:1992:17659), reiteró que el Registro de la Propiedad es una entidad, en la que a pesar de ser su finalidad la constatación de los actos y hechos que figuran en él, no dispone de una base plenamente fehaciente, debido principalmente a que el contenido de la descripción literaria de las fincas se ha basado en meras declaraciones de los solicitantes de la anotación o inscripción del correspondiente derecho, lo que implicaría que estos podrían quedar excluidos de las garantías derivadas de los datos registrales referentes a los hechos materiales, bien sobre los efectos que despliega la fe pública, como la legitimación registral (en este sentido, entre otras, son apuntadas las SS de 24 de julio, de 23 de octubre y de 13 de noviembre de 1987, así como la de 30 de septiembre de 1992). De hecho, la habitual discrepancia entre ellas, no ha facilitado que exista una preferencia entre la registral frente a la extrarregistral, en todo caso, cuando de la prueba practicada resulte preferente esta última así habrá de hacerse¹⁰².

1. VALOR Y EFICACIA DE LOS DATOS CATASTRALES Y SU INFLUENCIA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: DE LA LEY 13/1996 A LA 13/2015

Es evidente, lo ha sido prácticamente desde su creación¹⁰³, que la naturaleza del Catastro en España ha sido esencialmente tributaria, de ahí que, partiendo de su configuración como un mero registro administrativo dependa del Ministerio de Hacienda, incluyéndose en él los bienes rústicos, urbanos y de características especiales, pero sus efectos no trascienden más allá, aun a pesar de constituir una fuente de información en razón de quien se presume sea el verdadero propietario del bien inmueble y ello, en buena medida, por la ausencia de obligatoriedad de la inscripción registral, puesto que frente al Registro de la Propiedad, erigido como el encarga-

do de definir los efectos jurídicos sustantivos referentes a las propiedades inmobiliarias, el Catastro tiene como propósito «[...] *la justicia tributaria y la asignación equitativa de los recursos públicos* [...]»¹⁰⁴, de forma que la definición con mayor precisión de las características de los inmuebles permite establecer eficazmente un sistema tributario basado en el principio de equidad¹⁰⁵, frente al viejo régimen de amillaramiento o de registro fiscal de edificios y solares, en los que la imprecisión en la definición de los caracteres básicos de los inmuebles implicaba la ausencia de tributación o, en todo caso, implicaba cierta inexactitud sobre la cuota tributaria en relación con los caracteres anteriores. Cotidianamente se ha tratado de atribuirle mayor valor jurídico del que realmente ostenta, en parte, por la vieja concepción de que quién satisface la liquidación tributaria es el propietario o poseedor y, recientemente, por la presunción de que tales datos son ciertos y exactos¹⁰⁶.

De este modo, como ha apuntado algún sector de la doctrina y jurisprudencia con gran acierto, al Catastro, dada tal naturaleza, no le resulta trascendental si quien figure como titular catastral es o no el verdadero propietario¹⁰⁷, —aunque la tendencia general es que así lo sea, especialmente a la vista del contenido de los artículos 9, 14 y 36 del TRLCI (esos dos últimos relativos a las comunicaciones de notarios y registradores)—, ni tampoco el modo por el que haya de serlo, en tanto que el acceso a la titularidad no está basado en el tratamiento de la adquisición del dominio propio del Derecho civil¹⁰⁸, sino articulado sobre el procedimiento administrativo. Su finalidad última, más allá de la relevancia dada en su función identificadora física de los inmuebles y su repercusión dentro del plano impositivo con otros tributos, no es otra que la de determinar el valor de los inmuebles a efectos del cobro del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, con independencia de quien lo haga resulte ser o no el propietario verdadero del inmueble. Sin embargo, aunque en la STS de la Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 20 de septiembre de 2001 (Roj: STS 6977/2001 - ECLI:ES:TS:2001:6977)¹⁰⁹, se apresurara a confirmar que «*Los datos del Catastro, que es un registro administrativo, no son constitutivos del derecho de propiedad ni de los otros derechos reales y concesiones administrativas que integran el hecho imponible del IBI*», lo cierto es que reconoció que quién ostente la condición de sujeto pasivo de este impuesto será el propietario de los mismos, cuando de dicho derecho se trate, en tanto que los efectos traslativos del dominio que implica el otorgamiento de la escritura, salvo que en ella se disponga lo contrario, se producen desde el momento de su formalización, adquiriendo desde este momento su posición¹¹⁰. Precisamente, el valor jurídico y el modo por el que los inmuebles acceden a uno y otro, no puede conllevar una equiparación en cuanto a la eficacia que cada uno de ellos proyecta¹¹¹.

Ahora bien, dejando de un lado el valor jurídico de la titularidad catastral¹¹², que en relación con la subsanación de la doble inmatriculación no tiene una incidencia directa más allá de la prueba en juicio como elemento acreditativo de la posesión de la finca, en aras de ventilar el posible conflicto que sobre el particular pudiera originarse, así como el mandato contenido en la regla tercera del artículo 209.1 LH, acerca de la idoneidad de recabar los datos del Catastro Inmobiliario a los efectos de verificar la coincidencia total o parcial de las fincas en cuestión¹¹³, lo cierto es que el impulso del legislador, en aras de lograr una coordinación ciertamente efectiva entre ambas instituciones, se proyecta en relación con la doble inmatriculación como método realmente preventivo¹¹⁴. Ciertamente, hasta el momento no se contemplaba mayor exigibilidad que la mera constancia de la referencia catastral en el título traslativo de dominio, pero ello no implicaba más que una mera identificación de la finca sobre el parcelario en el momento coetáneo al otorgamiento del documento público, sin que ello sirviera de elemento sustentador de los diferentes procedimientos administrativos que implicaran una alteración de su configuración física. De este modo, es fácilmente asumible que en el título se hiciera referencia a una finca registral identificada con una o varias referencias catastrales, pero ello no implicaba que existiera un medio realmente efectivo que permitiera definir físicamente dicha finca más allá de la simple correspondencia sobre el plano topográfico en el momento de la consulta. Si bien, que la constancia en los documentos públicos y, esencialmente, en el Registro de la Propiedad de la referencia catastral, sirviera como elemento neutralizador de posibles dobles inmatriculaciones, no implicaba que esta situación se originase frente a fincas que ya constasen en él, pero sin incorporar a su descripción literaria este dato, o más recientemente que aun disponiendo de dicho dato no tuvieran una base gráfica inscrita. Precisamente, tanto la inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna, como el procedimiento de subsanación de la doble o múltiple inmatriculación (art. 198.5.º y 8.º LH), son dos de los procedimientos establecidos para lograr la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral. Es evidente, que un aspecto trascendental para la determinación de la existencia de la doble inmatriculación registral es el de la identificación de la finca. Aquí ha de jugar un papel destacado, que las fincas se definan de un modo preciso y exacto sobre el terreno, así como por los linderos, aspecto que es esencial para que resulte de aplicación el artículo 348 del Código civil¹¹⁵, por ello no bastará con la mera aportación de los datos que consten en el título y en el Registro, dado que en un buen número de supuestos, especialmente en las fincas con un historial más antiguo, se encuentran sin actualizar¹¹⁶.

2. LA INCORPORACIÓN DE LA REFERENCIA CATASTRAL Y DE LAS CERTIFICACIONES CATASTRALES: EL PRIMER LOGRO EN EL ANSIADO CAMINO DE LA COORDINACIÓN

A) La referencia catastral

La referencia catastral es aquel código alfanumérico, oficial y obligatorio¹¹⁷ que permite identificar una parcela en la cartografía catastral¹¹⁸. Su asignación procede del propio Catastro, de forma que todo bien inmueble que en él conste, con independencia de si tiene la consideración de rústico o urbano, habrá de tenerla. Con su mera existencia se persigue la localización de la parcela dentro del plano cartográfico, minimizando los errores identificativos, de ahí, que pudiera considerarse un elemento relevante para la prevención de la doble inmatriculación, en contraposición a los meros datos catastrales anteriores, basados esencialmente, por ejemplo, en el caso de los bienes rústicos, en el número de polígono y parcela, tratando de impedir, en consecuencia, la inmatriculación de una finca identificada con una referencia catastral que ya constase en el Registro de la Propiedad.¹¹⁹ Por tanto, entre sus fines, se encuentra el de facilitar una identificación más precisa del bien inmueble del que se trate, proporcionando una seguridad jurídica mayor en el ámbito de las transacciones de este tipo¹²⁰.

La estructura de esta referencia varía dependiendo de la naturaleza del bien, por lo que diferirá si se trata de un urbano, rústico o de características especiales. Integrada por un total de 20 caracteres, se distribuyen entre números y letras, los 14 primeros corresponden a la parcela, los 4 siguientes determinan el número de inmuebles de la misma, y finalmente, los dos últimos su finalidad es el control¹²¹. En el caso de bienes de naturaleza urbana facilita su ubicación dentro de un plano definido según normas internacionales, el conocido como modelo de coordenadas UTM, abreviatura de las iniciales de su denominación en inglés —Universal Transverse Mercator—, que representan el territorio en base a un sistema universal de tipo cartesiano¹²².

Los otorgantes o requirentes del documento del que se trate serán aquellos que tengan la obligación de aportarlo, sin bien quedarán eximidos en los casos, en los que revistiendo la forma de instrumento público, el notario pueda obtenerlo a través de una certificación catastral electrónica. El incumplimiento de la obligación de aportar la correspondiente referencia catastral tiene consecuencias, ya no solo desde la imposibilidad de inscribir el título que se pretenda, sino desde la perspectiva administrativa, dado que tal hecho está tipificado como una infracción tributaria simple, de la que puede derivarse una sanción económica cuya cuantía puede oscilar entre los 60 y los 6000 euros. Sin perjuicio de la obligatoriedad de su aportación

y de la cuantía pecuniaria que, por aplicación de la normativa tributaria, en particular, y del derecho administrativo sancionador, en general, pueda derivarse, quedaran exentos de aquella quienes acrediten que al tiempo de su aportación no han podido hacerlo.

De este modo, la Ley 13/1996 fijó la obligatoriedad de aportar la referencia catastral en todos los documentos, bien fueran de naturaleza pública o privada que incluyesen actos o negocios concernientes a bienes inmuebles, inclusive en los actos de inscripción o anotaciones practicados en el Registro de la Propiedad. El alcance se situaba también sobre documentos notariales en los que figurasen actos o negocios de trascendencia real, referentes al dominio y demás derechos reales, con la excepción de en los que constara la cancelación de derechos reales de garantía¹²³. Si bien, la idea inicial pretendía su obligatoriedad frente a todo tipo de inmuebles, finalmente quedó circunscrita a los de naturaleza urbana, dada cuenta de la disposición transitoria octava de la Ley 13/1996, que aplazó tal requisito para los rústicos hasta el 1 de enero de 1998. Con posterioridad, a tenor de la nueva regulación, se produjo un nuevo aplazamiento por la Ley 66/1997¹²⁴, siendo restablecida la obligación en lo concerniente a inmuebles rústicos, a partir del 1 de enero de 2003, en virtud de la regulación contenida en la Ley 53/2002¹²⁵.

Ahora bien, sin perjuicio de su relevancia, especialmente en sus orígenes, como un elemento auxiliar en la identificación de las fincas, cabe matizar que la disposición final cuarta de la Ley 13/2015, de 24 de junio, ha mitigado los efectos de la constancia registral, al desligar su posible equiparación con lo dispuesto en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria¹²⁶. Aspecto, del que se ha hecho eco la doctrina de la DGRN, entre otras puede citarse la RDGRN de 3 de noviembre de 2016 (BOE, núm. 283, de 23 de noviembre de 2016)¹²⁷ o la RDGRN de 5 de julio de 2018 (BOE, núm. 174, de 19 de julio de 2018) considerando que «[...] *es cierto que esta afirmación —la constancia de la referencia catastral no es equiparable a la inscripción de la representación gráfica— [...] se ajusta a la doctrina de este Centro Directivo sobre los limitados efectos de dicha constancia registral de la referencia catastral conforme al artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria, ya que en ningún caso puede equipararse con la coordinación gráfica a la que se refiere el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, ni supone la inscripción de la representación gráfica ni la rectificación de la descripción literaria conforme a la misma [...]*» —FJ 5.º—.

B) Las certificaciones catastrales

Como elemento claramente acreditativo de los datos catastrales relativos a los bienes inmuebles que constan en este registro administrativo se encuen-

tran las certificaciones catastrales. Por su importancia y por su relevancia en el sistema notarial y registral español se encuentra la certificación catastral descriptiva y gráfica¹²⁸ que permite conocer todos los datos físicos, jurídicos y económicos, así como una representación gráfica del bien inmueble. De acuerdo con la regulación vigente, todos los documentos autorizados por notario, que traten sobre actos o negocios jurídicos y afecten a un bien inmueble, deberán acompañarse de la citada certificación junto con el título público en el que se formalice. También deberá adjuntarse en los expedidos por los registradores de la propiedad en los casos legalmente previstos para ello. Además, de las anteriores, existen otro tipo de certificaciones, las literales¹²⁹, cuyo contenido versa sobre los datos alfanuméricos de los inmuebles, es decir, titularidad, localización, referencia catastral, superficie y uso, pudiendo referirse únicamente a un solo inmueble, con independencia de su naturaleza rústica y urbana, o todos los bienes de un mismo titular catastral, a excepción del País Vasco y Navarra, así como la certificación negativa, en la que se hará constar que a nombre de una determinada persona no figura ningún bien catastrado. Como anexo de la certificación catastral descriptiva y gráfica figuran las coordenadas georreferenciadas de los vértices de la parcela.

La validez de las mismas se fija en el periodo de un año, computándose desde la fecha de su expedición, y conservarán su vigencia siempre que durante tal plazo no se hayan producido cambios sustanciales en los datos contemplados en ellas. Hay que precisar que únicamente podrán ser solicitadas por los titulares catastrales cuando en ellas se contengan datos relativos a la titularidad o valor, dado el carácter de datos protegidos¹³⁰, si bien, con la excepción de algunos supuestos, en los que el solicitante deberá acreditar su legitimación, como es el caso de herencias, en los que podrá facilitarse si se acredita el fallecimiento del titular y el grado de afinidad del solicitante con el mismo, por medio de las oportunas certificaciones de defunción y nacimiento o declaración de herederos o testamento¹³¹, si lo hubiere, también podrán solicitarse, si se cuenta con el consentimiento expreso del titular, que constará por escrito, para lo que podrá cumplimentarse el documento facilitado en las dependencias catastrales. Y, finalmente, tendrán la posibilidad de solicitarlo los titulares o cotitulares de derechos de trascendencia real, arrendamiento o aparcería sobre bienes inmuebles que consten en Catastro. Podrán solicitarse en las sedes de las Gerencias Territoriales del Catastro, así como en los Puntos de Información Catastral —PIC—, y quienes tengan acceso a través de la Sede Electrónica.

Precisamente, la certificación catastral descriptiva y gráfica es el instrumento clave para la verificación por parte de los registradores de la identidad de las fincas a los efectos de considerar la apertura de un expediente de doble inmatriculación, como ha tenido ocasión de destacar la DRGRN¹³².

El artículo 53.3 de la Ley 13/1996 ya establecía la obligatoriedad de aportar la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica¹³³. Aspecto que, igualmente, ha sido contemplado en la legislación vigente. Así, el artículo 10 LH, contempla su aportación como documento indispensable para la práctica de los respectivos asientos, lo que, en definitiva, constituye una forma de lograr la coordinación entre Catastro y Registro y, en este sentido, se pronuncia el artículo 198 LH, al precisar que la inmatriculación será uno de los métodos para lograr la concordancia entre ambos.

III.3. LA INSCRIPCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA GEORREFERENCIADA COMO MÉTODO PREVENTIVO

Aun con todo, la necesidad de incorporar un instrumento verdaderamente eficaz que permitiese identificar las fincas registrales obligó a adoptar medidas en este sentido, inclusive con carácter previo al nacimiento de la referencia catastral. De este modo, a principios de los años noventa concretamente por medio del Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo¹³⁴, fruto de la necesidad de actualizar la información registral, y recogiendo el sentir de la RDGRN de 31 de agosto de 1987 (BOE, núm. 217, de 10 de septiembre de 1987)¹³⁵, se modificó el artículo 398.b) RH para incorporar de forma progresiva en los Registros un sistema de bases gráficas sobre la base de la Cartografía Catastral, facilitadas por el Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria¹³⁶, sirviendo de antesala para la ya ansiada «*coordinación entre el Registro y el Catastro*»¹³⁷. Una década más tarde, la DGRN aprobó una nueva Instrucción en la que se establecía el modo de proceder en relación con la base cartográfica de Catastro en los Registros de la Propiedad¹³⁸. Posteriormente, por medio de la Ley 24/2001, de 28 de diciembre¹³⁹, se introdujo una modificación en la redacción del artículo 9 de la LH, permitiendo completar la identificación de la finca bien mediante la incorporación de las bases gráficas o sobre la «[...] *definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las redes nacionales geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente* [...]», debiendo presentarse por duplicado de forma que, sin perjuicio de su traslado a soportes informáticos, se tomará nota marginal del asiento que corresponda en relación con la operación practicada, inclusive permitiendo, en su caso, el archivo de la base gráfica como resultado de la operación registral específica por medio de acta notarial. En todo caso, extiende el mandato a los registradores de la propiedad para que dispongan de aplicaciones informáticas que permitan su tratamiento y la coordinación de las fincas registrales, de forma que puedan incorporarse tanto a la calificación urbanística, medioambiental o administrativa que corresponda.

El instrumento esencial para la consecución del objetivo perseguido en relación con la prevención de la doble inmatriculación se articula, esencialmente, sobre la representación gráfica georreferenciada¹⁴⁰. En tal sentido, el margen de actuación que el artículo 209 LH atribuye a los registradores sirve igualmente, por vía de la apreciación de una inscripción previa de la representación gráfica para decidir sobre la apertura del expediente si se aprecia identidad entre las fincas que al parecer puedan solaparse, sirviendo igualmente de elemento impeditivo para el surgimiento de nuevos casos,¹⁴¹ dado que si la representación gráfica ya consta inscrita, asimismo las de los colindantes y se pretende la inmatriculación de una finca, sobre la base de su afectación a alguna de ellas o sobre bienes de dominio público, el registrador denegará la inscripción (art. 199.1 LH). Ahora bien, del contenido del repetido precepto, no parece que pueda extraerse una conclusión determinante en relación con el hecho que la coordinación de las fincas implique la imposibilidad de la rectificación de la cartografía catastral en los supuestos apreciados de errores aparentes. Sería el método más eficaz para prevenir la doble inmatriculación y asegurar la eficacia de los principios del sistema tabular sobre las fincas de las que se trate pero, en todo caso, este aspecto quebraría con la propia institución y procedimiento administrativo, precisamente porque las garantías que ofrece el sistema de transmisión de bienes del Código civil es notablemente diferente del establecido en el otro ámbito, ya que una vez coordinada una finca, dada la extensión de los efectos, no parece que pueda existir una afectación por parte de la colindante. En caso de apreciarse cartográficamente y físicamente, si no hay avenencia entre las partes, quedará a resultas el juicio declarativo de propiedad.

Inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, la superficie de la misma será la resultante de la representación, en cuyo caso deberá modificarse la que previamente constare en la descripción literaria. El registrador tendrá la obligación de comunicar tal circunstancia a los titulares de derechos inscritos, con la salvedad de que del título presentado o de los trámites contemplados en el artículo 199 LH, constare ya su notificación. Si el registrador, dada la falta de datos comprendidos en la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica, no pudiera identificar de forma suficiente los datos en ella contenidos, podrá utilizar de modo auxiliar los datos aportados por otras que se encuentren disponibles y que permitan conocer «[...] *las características topográficas de la finca y su línea poligonal de delimitación* [...]» [art. 9.b) LH]. Para este fin, los registradores tendrán a su disposición, para la obtención de tal auxilio, una aplicación informática de carácter único para todos, proporcionada por conducto del Colegio de Registradores y que estará integrada en su sistema informático único, regida, en todo caso, bajo el principio de neutralidad tecnológica, y cuya finalidad será el uso de representaciones gráficas, de conformidad con lo expuesto en

el artículo 1 de la Ley 13/2015, de forma que «[...] permita relacionarlas con las descripciones de las fincas contenidas en el folio real, previniendo además la invasión del dominio público, así como la consulta de las limitaciones al dominio que puedan derivarse de la clasificación y calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente. Dicha aplicación y sus diferentes actualizaciones habrán de ser homologadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, para establecer el cumplimiento de los requisitos de protección y seguridad adecuados a la calidad de los datos [...]».

Igualmente, según idéntico precepto, los registradores de la propiedad no podrán suministrar más publicidad gráfica que la derivada de la correspondiente representación gráfica catastral, por lo que en ningún caso podrá ser publicitada la información gráfica hallada en la aplicación informática señalada, dada cuenta el carácter auxiliar de este elemento, de modo que, tan solo podrá hacerse en aquellas situaciones en las que dicha previsión se contemple normativamente, tal es el caso de la aportación de una representación gráfica georreferenciada alternativa, que podrá ser empleada a los solos efectos de publicidad registral hasta el momento en que el registrador haga figurar la coordinación gráficamente con el Catastro. Será, por tanto, hasta ese momento, cuando figurará en la publicidad expedida la situación de la no validación de la representación por Catastro. Por lo que, la información gráfica catastral quede o pueda quedar incorporada al folio real podrá ser objeto de publicidad registral.

La Ley facilita la presentación de una representación gráfica georreferenciada alternativa en aquellos casos en que las fincas ya consten inscritas en el Registro, para los que los otorgantes del título hayan manifestado que la realidad física no se corresponde con lo que figura en el Catastro, en definitiva, en aquellos procedimientos que pretendan la concordancia entre la realidad extrarregistral¹⁴², entre los que se encuentra la subsanación de la doble inmatriculación, o cuando el acto cuya inscripción se solicite consista en una parcelación, reparcelación, segregación, división, agrupación, agregación o deslinde judicial, en definitiva, en aquellos casos que tengan como finalidad una reordenación de los terrenos. Por tanto, cuando se pretenda la subsanación de la doble inmatriculación, instándose el procedimiento en la forma prevista en el artículo 209 LH, podrá incorporarse representación gráfica georreferenciada alternativa¹⁴³.

III.4. LA CONSTANCIA DE LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA

El sistema de intercambio de información entre Catastro y Registro de la Propiedad que conlleva la constancia gráfica se producirá por con-

ducto de la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro (www.sedecatastro.gob.es) y la del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (www.registradores.org), utilizando sistemas de firma electrónica. Para ello, a propósito del contenido del artículo 10.6 LH, la RDGRN de 29 de octubre de 2015 (BOE, núm. 260, de 30 de octubre de 2015)¹⁴⁴ ha concretado la información que podrá transferirse entre ambas instituciones¹⁴⁵. Así, el Registro de la Propiedad comunicará al Catastro la información sobre la descripción de las fincas, así como la inscripción de la representación gráfica, igualmente en los casos en los que no se haya podido practicar el registrador remitirá un informe sobre la circunstancia que lo haya impedido, así como la remisión de los informes que sean precisos para practicar las alteraciones catastrales de acuerdo con las fincas inscritas en el Registro de la Propiedad. Por su parte, el Catastro facilitará a los registradores la descripción catastral, tanto gráfica como alfanumérica de la finca, facilitando el acceso a las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas que contengan las coordenadas georreferenciadas de los vértices de las parcelas catastrales, además de la comprobación de la validez de las mismas, y del informe de validación técnica de las representaciones gráficas alternativas aportadas al Registro.

Cuando se trate, entre otros, de los expedientes y situaciones a los que hace referencia el Título VI de la Ley Hipotecaria, entre los que se encuentra su subsanación, siempre que se haya incorporado la representación gráfica catastral de las fincas en el folio real y quede coordinada con esta última, por el registrador se remitirá al Catastro, en el plazo de cinco días a la práctica de la inscripción registral, sus datos, en la que se incluye la identificación y la fecha, así como los datos de la escritura pública o del acto de aprobación del expediente que proceda, además de los datos de los bienes inmuebles afectados entre los que se encuentran la referencia catastral, identificación de los transmitentes y adquirentes o titulares de los derechos inscritos, con el número de identificación fiscal y domicilio, además de la información gráfica, código seguro de verificación de la certificación catastral descriptiva y gráfica vigente de los bienes inmuebles cuya representación gráfica haya quedado incorporada al folio real de la finca¹⁴⁶, así como el informe de coordinación, en el que se incluyen tanto el código de las fincas registrales y la fecha de coordinación¹⁴⁷. Si este hecho no fuera posible, por el registrador se remitirá informe al Catastro haciendo constar tal circunstancia, sin perjuicio de que los interesados puedan instar los procedimientos ante el Catastro o ante el Registro¹⁴⁸.

A los efectos de poder llevar a término la correcta identificación gráfica de las fincas registrales, los registradores dispondrán de un mecanismo informático diseñado por el Colegio de Registradores e integrado en un sistema informático único, bajo el principio de neutralidad tecnológica,

para el tratamiento de la representación gráfica y poderla incorporar al folio real, tratando con ello, de prevenir la invasión del dominio público, la consulta de las limitaciones al dominio que resulten de la clasificación y la calificación urbanística medioambiental o administrativa que proceda. Esta aplicación deberá ser homologada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que permitirá con ello verificar el adecuado tratamiento de los datos¹⁴⁹.

IV. CONCLUSIONES

I. Del análisis de la nueva regulación hipotecaria se extraen dos resultados fundamentales. De un lado, el fortalecimiento de la institución del Registro de la Propiedad como instrumento garantista de la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario y, de otro, el afianzamiento de un sistema tabular articulado sobre la correcta identificación física de las fincas registrales, superando, con ello, el proceso de transición sustentado en la legislación anterior. En esencia, la asunción de un modelo incentivador del incremento de competencias por parte de los registradores de la propiedad, bajo el prisma de la desjudicialización de los procedimientos, en el ámbito del nuevo espacio normativo sobre jurisdicción voluntaria, desembocó en la regulación de un marco para la subsanación de la doble inmatriculación sobre la base de la nueva redacción dada al artículo 209 LH que, en definitiva, suponía un vaciamiento del contenido del artículo 313 del RH, que desde 1998 contenía las reglas esenciales para su resolución, y siempre bajo los parámetros de la inexistencia de una verdadera situación conflictual entre las partes afectadas. En este sentido, se ha producido un traslado de una regulación previa basada en una norma de carácter reglamentario a otra con rango de Ley, lo que demuestra la importancia e interés por su resolución. Sin embargo, ni la anterior regulación, ni la actual, han implicado la asunción de unas reglas que permitan solventar aquellas situaciones en las que se produzca una situación conflictiva, de forma que, siguiendo el contenido del repetido precepto, corresponde tratar el asunto ante la jurisdicción ordinaria, resultando aplicables, en tal caso, por la interpretación jurisprudencial dada, las normas de Derecho civil puro, que con carácter general ha considerado preferente a quien ostente la condición a la que alude el artículo 34 LH en aquellas situaciones en las que tan solo concorra un adquirente bajo esta consideración.

II. El esfuerzo que el legislador ha venido realizando en las últimas décadas, especialmente a la vista de la última reforma hipotecaria, sobre la base de lograr una correcta identificación física de las fincas registrales ha sido ciertamente notable. De alguna forma, parece acertado que se haya

decantado por asumir la cartografía catastral como un método realmente efectivo de lograr tal fin, especialmente por la presunción de veracidad que recae sobre los datos contenidos en el Catastro Inmobiliario y que, en suma, debe articularse sobre ciertos parámetros de objetividad.¹⁵⁰ Por el contrario, no puede obviarse la multitud de discrepancias existentes sobre los datos catastrales, dando lugar a diferencias entre la descripción catastral y la que presumiblemente puede tenerse como real, que alejan la eficacia del pretendido propósito de la coordinación, especialmente motivadas por su función fundamentalmente impositiva, aun a pesar del abandono por parte de la legislación catastral contemporánea de los viejos sistemas de tributación, tratando de elaborar un sistema que permitiera determinar nítidamente la valoración tributaria en base a las características físicas concretas de los inmuebles. De hecho, la naturaleza de los datos catastrales, que nacieron con una clara vocación administrativa, se ha mantenido en la actualidad y la constancia de los datos en él no se rige por las normas de transmisión de la propiedad del Derecho civil, lo que en ocasiones puede dificultar la asunción del propósito esencial de la Ley 13/2015, de 24 de junio, es decir, la coordinación Catastro-Registro, al confluir instituciones de diferente naturaleza, basadas en principios diferentes. En esencia, si por una parte, se favorece la correcta identificación gráfica de las fincas registrales utilizando como soporte la cartografía catastral por su carácter ya descrito, no es menos cierto que los errores que, en ella puedan existir, implicaran una desprotección de la titularidad registral y ello, aun a pesar de la nota característica de tales datos, pues la ley parece asumir fielmente este criterio al darle tal grado de relevancia a los datos catastrales que indirectamente sirven de instrumento definitorio de la propiedad. Precisamente, la legislación tiende a considerar con carácter general que la cartografía catastral es fiel reflejo de la realidad, cuando la práctica no parece decantarse en este sentido. Aspecto que incide en el ámbito de la doble inmatriculación, especialmente en la identificación de las fincas o parte de ellas afectadas.

III. En definitiva, el legislador ha tratado de dar mayor seguridad jurídica dentro del ámbito del que despliega sus efectos el sistema tabular, partiendo de la constancia de las representaciones gráficas. Para la consecución de estos fines, las resoluciones conjuntas de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, respectivamente, y de la Dirección General del Catastro, citadas, han focalizado la atención en la incentivación de procedimientos comunes que permitan definir adecuadamente el cartográfico catastral, del que toma su base, dada la importancia que en el contexto actual reviste, clarificando las posibles situaciones divergentes y su oportuna tramitación, de conformidad con la legislación.

IV. No puede negarse que, sin perjuicio de los aspectos indicados, lo cierto es que, en relación con la prevención y subsanación de la doble inmatriculación, la constancia la representación gráfica es un instrumento ciertamente poderoso al evitar con ello el surgimiento de nuevas situaciones conflictuales, sin embargo sobre las fincas ya inscritas que no tengan incorporados datos catastrales, nada impide que pueda manifestarse tal patología. Quedará a resultas de la intención y propósito de los interesados su oportuna resolución y, en caso de discrepancia, se ventilaría en el juicio declarativo que corresponda.

V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

- SAN, Sala de lo Contencioso, de 9 de febrero de 2012
- STS 1570/1989, de la Sala Tercera, de 1 de diciembre de 1989
- STS 408/2011 de 3 de junio de 2011
- STS 345/2008 de 6 de mayo de 2008
- STS 342/2011 de 13 de mayo de 2011
- STS 922/2004 de 11 de octubre de 2004
- STS 144/2015 de 19 de mayo de 2015
- SAP AB Sección 2.ª 270/2000 de 6 de noviembre de 2000
- STS 201/1984, de 29 de marzo de 1984
- STS 743/1999, de 20 de septiembre de 1999
- STS 140/1997 de 1 de marzo de 1997
- STS 117/2016 de 1 de marzo de 2016
- STS 755/2009 de 2 de diciembre de 2009
- STS 626/2008 de 30 de junio de 2008
- STS 732/2009 de 5 de noviembre de 2009
- STS 100/2008 de 12 de febrero de 2008
- STS 1259/1993 de 30 de diciembre de 1993
- STS 839/1994 de 30 de septiembre de 1994
- STS 44/1997, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de enero de 1997
- STS 1191/2000, Sala Primera, de lo Civil, de 18 de diciembre de 2000
- STS 985/2005 de 12 de diciembre de 2005
- STS 408/2011 de 3 de junio de 2011
- STS 729/1989, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de octubre
- SAP Madrid 259/2012, de 18 de mayo de 2012
- STS 465/2014, de 12 de enero de 2015
- STS 236/2013 de 4 de abril de 2013
- STS 299/2012 de 18 de mayo de 2012
- STS 144/2015, de 19 de mayo de 2015
- STS 912/1992 de 16 de octubre de 1992

- STS de la Sala Tercera, de lo Contencioso, de 20 de septiembre de 2001
- STS 1138/1998 de 2 de diciembre de 1998
- STS 525/2000 de 26 de mayo de 2000
- SAP TE 43/2015 de 4 de noviembre de 2015

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., y TORRES LANA, J.A. (1992). *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo III. Madrid: Editorial Trivium, S.A.
- ALBALADEJO, M. (1989). *Derecho Civil. III Derecho de Bienes. Vol. II. Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad*. 6.ª ed. Barcelona: Librería Bosch.
- ARRIETA SEVILLA, L. (2009). *La doble inmatriculación registral*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- (2009). Fe pública registral, doble inmatriculación y usucapión: comentario a la STSJ Navarra de 28 de abril de 2008 [RAJ 2009/306]. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 47, 183-201.
- (2018). La subsanación de la doble inmatriculación. En L.J. Arrieta Sevilla, M.ª. E. Sánchez Jordán (dirs.), J.A. García García (coord.). *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales*. (2018). Cizur Menor: Civitas Thomsom Reuters, 309-328.
- ARROYO, E. (2015). Una reforma decisiva para lograr la coordinación Catastro-Registro, *Revista Escritura Pública*, mayo/junio.
- BLANCO HIGUERA, A.L. (2013). La propiedad pública de los montes como condición necesaria para su catalogación antes y después de la Ley de Montes del 2003, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 30 (el documento aparece numerado de las páginas 1 a 35).
- BRANCÓS NUÑEZ, E. (2020). La presunción de exactitud aplicada a la coordinación Catastro-Registro. *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 89, 72-77.
- (2021). Coordinación Catastro/Registro y la supuesta presunción de exactitud (2.ª parte). *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 96, 81-85.
- CLEMENTE MEORO, M. (1997). *Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad*. Valencia: Tirant monografías.
- (2007). *Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad*. 2.ª ed. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- DELGADO RAMOS, J. (2016). Objetivos que proclama y reformas que introduce la Ley 13/2015 de reforma de la legislación registral y catastral. Estudio especial de la coordinación y descoordinación entre Catastro y el Registro de la Propiedad. El desarrollo y aplicación práctica de la Ley. *Revista de Derecho Civil*. Vol. III, núm. 1, 133-163.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2012). La usucapión. En J.R. De Verda y Beaumont y A. Serra Rodríguez (coords.). *Derecho Civil III*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 111-128.

- DEFENSOR DEL PUEBLO DE ESPAÑA (2012). La realidad catastral en España. Perspectiva del Defensor del Pueblo, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1995). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III, *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. 4.ª ed. Madrid: Thomson. Civitas.
- DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V. *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2013 (1829/2013). Doble inmatriculación por error y tercero hipotecario*.
- DURÁN BOO, I. y VELASCO MARTÍN-VARÉS, A. (2007). La relación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad en los países de la Unión Europea (1). *CT/Catastro*, núm. 61, 7-30.
- ESQUIROL JIMÉNEZ, V. (2020). *La descripción de la finca en la escritura pública: su concordancia con la realidad, con el Registro de la Propiedad y con el Catastro*. Madrid: Marcial Pons.
- FAJARDO FERNÁNDEZ J. y ARRIETA SEVILLA, L.J. (2007). Fe pública registral en invasión tabular parcial de finca no inmatriculada. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 702,1569-1601.
- FANDOS PONS, P. (2014). *Los efectos jurídicos de la identificación y descripción gráfica de fincas registrales: la base gráfica registral*. Tesis doctoral. Universidad de Valencia. Valencia.
- (2017). El análisis registral de coordinación gráfica de la finca registral con la parcela catastral. *GEOSIG reg. 2014: Servicio de bases gráficas*, núm. 11, 4-13.
- (2018). Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (I): la vertiente geográfica del principio de rogación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 768, 1893-1937.
- (2019). Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (II): el principio de legalidad. La calificación registral gráfica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 773, 1249-1297.
- (2020). Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (III): el principio de inscripción gráfica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 195-244.
- (2020). Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (IV): el principio de especialidad registral gráfica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 781, 2665-2712.
- (2021). Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (V): el principio de tracto sucesivo registral gráfico. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 781, 913-963.
- FANDOS PONS, P. y PRADO GASCÓ, V. J. (2010). La relación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro: una propuesta equilibrada a propósito del Proyecto de Ley de economía sostenible, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 172, 2575-2594.
- FERNÁNDEZ ARROYO, M. (2000). La protección registral del tercer adquirente de un heredero voluntario: un supuesto de excepción a la fe pública registral. *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 18, Universidad de Extremadura, 255-284.
- GARCÍA GARCÍA, J.M. (2016). *La finca registral y el Catastro*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 1010.

- GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2015). Grandes expectativas derivadas de la Ley 13/2015, de 24 de junio en relación a la coordinación del Registro de la Propiedad y del Catastro. *CT/Catastro. Monográfico. Coordinación Catastro y Registro de la Propiedad*, núm. 84, 13-27.
- IBIZA GARCÍA-JUNCO, A.M., *El Catastro español en el Registro de la Propiedad*. — (2005). *La colaboración entre el Catastro y el Notariado: Experiencia y Avances*. LACRUZ BERDEJO, J.L. (2010). *Derecho inmobiliario registral*. 1.ª ed. Cizur Menor Navarra: Civitas; Thomson Reuters.
- LÓPEZ MEDEL, J. (1999). La doble inmatriculación y los efectos de la informatización. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 655.
- LLOBART BOSCH, M.ª J. (1995), Catastro y equidad fiscal, *CT/Catastro*, núm. 25-26, 8-14.
- MIRANDA HITTA, J.S. (1998). La coordinación de las fuentes de información territorial. Análisis de las implicaciones de la Ley 13/96 desde la perspectiva catastral. *CT/Catastro*, núm. 32, 7-21.
- MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA, *Guía de la certificación catastral descriptiva y gráfica*.
- MÓNTANCHEZ RAMOS, M. (2012). Principios hipotecarios. En J.R. de Verda y Beamonte y A. Serra Rodríguez (coords.). *Derecho Civil III*. (2012). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 403-420.
- OLIVA IZQUIERDO, A.M. (2016). *La nueva coordinación Registro-Catastro*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- PUYAL SANZ, P. (2016). *El nuevo régimen de coordinación entre el catastro y el registro de la propiedad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2016). Las Administraciones Públicas ante el nuevo régimen de coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro. *Cuadernos de derecho local*, núm. 40, 248-280.
- SABORIDO SÁNCHEZ, P. (2017). La protección del usuario registral a través de la reforma de los principios registrales. Al hilo de la búsqueda de coordinación entre Registro y Catastro. *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 4.
- <https://www.civil-mercantil.com/doble-inmatriculacion-inicio-procedimiento-209-ley-hipotecaria.html>
- <http://www.gruposervilegal.com/doble-inmatriculacion-finca/>
- <http://herasabogadosbilbao.blogspot.com/2015/12/doble-inmatriculacion-y-principio-de-fe.html>
- <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/2011-catastro-efectos-juridicos.htm>
- <https://www.notariosyregistradores.com/web/participa/noticias/numeracion-de-las-nuevas-fincas-registrales/>
- <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oposiciones/temas/tema-33-hipotecario-registros/>
- <https://regispro.es/resumen-resoluciones-dgrn-propiedad-publicadas-en-el-mes-de-diciembre-2016/#22-11-2016-doble-inmatriculacion-prevalencia-del-procedimiento-regulado-en-la-ley-de-patrimonio-de-las-administraciones-publicas>
- <https://www.registradoresdemadrid.org/revista/29/Resumen-sentencias/DOBLE-INMATRICULACION-EN-UN-PROCESO-DE-REPARCELACION-DERIVADO-DE-UN-PROYECTO-DE-COMPENSACION-URBANISTICO-SEN->

TENCIA-DE-LA-AUDIENCIA-PROVINCIAL-DE-MADRID-SECCION-14-DE-21-DE-SEPTIEMBRE-DE-2010

<https://urbanistica91.com/doctrina/la-doble-inscripcion-de-fincas-registrales-motivos-problemas-y-soluciones/>

<https://www.velezdorado.com/doble-inscripcion-registral-motivos-problemas-soluciones/>

NOTAS

¹ Sobre la estructura de los Registros de la Propiedad de países del entorno europeo es conveniente destacar a DURÁN BOO, I. y VELASCO MARTÍN-VARÉS, A. (2007). La relación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad en los países de la Unión Europea (1). *CT/Catastro*, [En línea] núm. 61, 20-21, disponible en http://www.catastro.meh.es/documentos/publicaciones/ct/ct61/61_2.pdf, quien ha apuntado los caracteres principales del sistema hipotecario y su vinculación con el Catastro de países como Alemania o Francia. En el primero de ellos, ambas instituciones tienen plena independencia con intercambio de información. En este caso el Catastro depende de cada uno de los *landers* —Estados federales—, sin embargo, los Registros son competencia de los Juzgados y, en última instancia, del Ministerio de Justicia. El objetivo fijado inicialmente para 2014 trata de ahondar en la unificación entre Catastro y Registro de la Propiedad, de forma que por conducto del sistema integrado de información puedan verificarse los datos catastrales y la información topográfica y geodésica disponible de cada *Lander*. Por el contrario, en el segundo caso ambas instituciones, aunque con funciones distintas, dependen del Ministerio de Economía y Finanzas (Ministère de l'Économie et des Finances), por tanto, con finalidad esencialmente tributaria, en la que el Registro de la Propiedad tan solo predica derechos frente a terceros, al constituirse como un mero registro documental. Otros como, Austria, Finlandia o Suecia han avanzado notablemente entre ambas instituciones al servir de base para el Registro de la Propiedad, aun a pesar del caso austriaco en el que se hayan configurado de forma independiente.

² La estructura inicial del sistema hipotecario español no se articuló, como se verá, sobre la protección de una determinada porción de terreno, lo que motivo que no se contemplasen aspectos específicos para la subsanación de la doble inmatriculación.

³ ARRIETA SEVILLA, L. (2009). *La doble inmatriculación registral*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 29, puntualizó que el sistema tabular español puede calificarse como un Registro de títulos, en tanto que la finca registral no accedía propiamente al Registro, sino que era el contenido de los derechos reales, de ahí que estos últimos se extendiesen, desde el punto de vista físico, ampliamente por los asientos registrales, lo que conllevó que las fincas apenas tuvieran una somera descripción —habituales fueron los casos en los que en la identificación de las fincas se hacía constar una superficie aproximada o ignorada—. La falta de concreción del bien inmueble sobre el que operaba inicialmente el sistema hipotecario español, conllevó que algún autor manifestara que «[...] *nuestra inscripción asegura que se ha establecido una hipoteca o un censo, que se ha producido una transmisión inter vivos o mortis causa; pero no que exista en la realidad el inmueble [...]*», así DE LA RICA Y ARENAL R. (1974). *Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica, I*, Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios, 461. De ahí que, los Registros españoles publicitaran los derechos reales o cargas constituidos sobre los mismos, pero ello no garantizaba el elemento clave sobre el que se proyectaba, es decir, la finca.

⁴ Esta obligación, contenida en el artículo 50.1 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE, núm. 315, de 31

de diciembre de 1996), se encuentra actualmente regulada en el artículo 38 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario —en adelante, TRLCI— aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo (BOE, núm. 58, de 8 de marzo de 2004).

⁵ Dicha norma se vería completada y actualizada, con otros tantos textos, partiendo de esta idea matriz, de completar o cuando menos subsanar. De forma que trató de ir suprimiendo las deficiencias con las que contó la redacción inicial, incorporando los avances producidos en el ámbito de la identificación física del terreno. Es el caso del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio (BOE, núm. 175, de 23 de julio de 1997), en el que se incluyeron disposiciones complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, especialmente en lo relativo a la inscripción en el Registro de actos de naturaleza urbanística.

⁶ La reciente reforma de la normativa catastral e hipotecaria trató de asimilar la realidad física de las fincas con la descripción que de ellas se tiene en el Registro, de forma que progresivamente se fueran actualizando sus datos identificativos, permitiendo tener una ubicación, extensión y, en definitiva, una delimitación real de la misma y, paralelamente, se fueran eliminando las diferencias entre la realidad física y la jurídica, debido en gran parte a que los datos en él contenidos, se han ido arrastrando en el tiempo, de inscripción en inscripción. En tal sentido, es frecuente que en la inscripción segunda o sucesivas de la finca se remitiera en cuanto a su descripción a la primera o anteriores, debido en gran medida, a que en el título que formalice la transmisión se ha descrito la finca como resulta del título anterior, sin que haya existido voluntad de modificarla, para adecuarla a la realidad del momento. Aspecto este sobre el que la ley ha acentuado su objetivo en la necesidad de lograr una correcta identificación física de las fincas registrales, contemplando procedimientos que faciliten la constancia de las nuevas características de los inmuebles en base a los datos catastrales, especialmente, en la proyección física de la finca sobre la que ha de desplegar sus efectos. De este modo, el artículo 9.1 LH concluye la obligatoriedad de incorporar la representación gráfica georreferenciada de la finca que completará la descripción de la finca, con expresión de las coordenadas georreferenciadas de sus vértices, en los casos de inmatriculación de la finca, o cuando se trate de operaciones consistentes en «[...] *parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos [...]*», sin embargo, en los casos de que trate de formalizar otros actos inscribibles tendrán carácter potestativo.

⁷ Estas facilidades han sido corregidas con el transcurso del tiempo. Así, en la redacción inicial del artículo 298 RH no se exigía previa inscripción para la inmatriculación de títulos públicos que se hubieren otorgado con anterioridad al 1 de enero de 1945, aunque el derecho que se pretendía inscribir no constase previamente en ningún documento, así como las escrituras públicas de ratificación de documentos privados, siempre que estos tengan fecha fehaciente con respecto de terceros, con anterioridad a dicha fecha. Actualmente, la inmatriculación de fincas no inscritas a favor de persona alguna se practicará mediante título público de adquisición, siempre que el transmitente haya acreditado la previa adquisición de la finca al menos con una antelación mínima de un año desde su otorgamiento, también mediante título público, y siempre que exista identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos a juicio del registrador, especialmente, en la contenida en el título que se pretenda inmatricular y la certificación catastral descriptiva y gráfica (art. 205 LH). Sobre las diferencias entre la descripción catastral y el título inmatriculador, la Dirección General de los Registros y del Notariado —en adelante, DGRN— ha resuelto la problemática en el sentido de facilitar la inmatriculación cuando dicha divergencia se ciña, con carácter general, a la modificación de datos alfanuméricos y siempre que se conserve la planimetría correspondiente a dicha finca, así se extrae de la Resolución de la DGRN —en adelante, RDGRN— de 12 de mayo de 2016 (BOE, núm. 136, de 6 de junio de 2016). Si tales modificaciones conllevan una amplia diferenciación por modificación de la descripción catastral tras el otorgamiento

del título, deberá procederse a la previa rectificación del título y, en todo caso, de considerarse que existe discrepancia con la descripción catastral deberá procederse previamente a su rectificación en el Catastro, en tanto que en los supuestos de inmatriculación no se permite la presentación de una representación gráfica georreferenciada alternativa. En tal sentido, RDGRN de 7 de junio de 2019 (BOE, núm. 159, de 4 de julio de 2019).

⁸ ALBALADEJO, M. (1989). *Derecho Civil. III Derecho de Bienes. Vol. II. Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad*. 6.^a ed. Barcelona: Librería Bosch, 456 y 457, concretó su origen en la falta de verificación, con la suficiente diligencia por parte de los Registros de la Propiedad españoles, que previamente a la inmatriculación ya lo estén y, ello, por la facilidad con la que han podido inscribirse fincas por vez primera, dada la apenas ausencia de requisitos específicos sobre la identificación de las fincas en los documentos, lo que, en definitiva, bien por desconocimiento, mala fe, por sortear los derechos protegidos o por la falta de diligencia o interés en la búsqueda y recopilación de documentación previa, conlleva «[...] registrar de nuevo con una descripción y datos identificadores (que frecuentemente variaron) tan distintos de los que se recogieron en la inmatriculación primera, que no se descubre que realmente se trata de la misma finca. [...]» De hecho, este mismo autor recapituló una selección de jurisprudencia de los años 60 del siglo pasado, en la que se trataba la doble inmatriculación, de lo que se deduce que no ha sido un asunto tratado recientemente, sino que ya a mediados del siglo XX, se fueron construyendo diferentes criterios desde este ámbito para su subsanación, de entre las que destaca las Sentencias de 30 de noviembre de 1968, 7 de marzo, 14 de junio y 24 de septiembre de 1969, 18 de junio de 1970, 25 de febrero, 22 de junio y 7 de octubre de 1972, 23 de enero de 1974, 27 de febrero de 1975, 31 de octubre de 1978, así como las de 28 de marzo, 16 de mayo y 9 de diciembre de 1980, 12 de mayo y 27 de octubre de 1983, la de 13 de febrero de 1984, además de la Resolución de 25 de marzo de 1985. Paralelamente, cabe argumentar, en defensa de los registradores de la propiedad, es conveniente puntualizar que el trabajo de averiguación e indagación interna, cuyo deber tienen encomendado con carácter previo a una inmatriculación, en prevención de la posible existencia de doble inmatriculación, resulta un tanto compleja dada cuenta el marco regulatorio que ha venido permitiendo, en mayor o menor medida, la indefinición de los requisitos sobre la descripción de las fincas —hasta la definitiva obligatoriedad de identificar las fincas en términos descriptivos con la contenida en la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica, se apoyaba en el traslado de la contenida en los respectivos instrumentos públicos en ambiguas declaraciones de los interesados—, de forma que aun realizando la previa labor investigadora pero sin la existencia de un dato que permita identificarla, bien total o parcialmente sobre la cartografía y, en definitiva, sobre el aspecto físico, se puede incurrir en tal error en la sucesiva inmatriculación de la finca aun sin pretenderlo, salvo que la descripción literaria de la que ahora se pretende inmatricular se realice en similares términos. Sobre este aspecto es conveniente apuntar el contenido de la Sentencia de la Audiencia Nacional —en adelante, SAN—, de la Sala de lo Contencioso, de 9 de febrero de 2012 (Roj: SAN 527/2012 - ECLI:ES:AN:2012:527), resultando concluyente en relación con la inexistencia de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento del Registro de la Propiedad, ante una reclamación planteada por la resolución de una situación de doble inmatriculación, ya que el recurrente esgrimió que la adquirió bajo el amparo de la fe pública registral, viéndose privado de ella posteriormente —después de producirse la segregación de la finca matriz, la resultante fue objeto de embargo para responder de deudas tributarias generadas por el Impuesto de Sociedades, adjudicándose posteriormente mediante subasta, de forma que tras la adquisición por el recurrente de una parcela que constituye la finca registral, en términos idénticos a la anterior, se promueve expediente de Jurisdicción Voluntaria para declarar la existencia de esta circunstancia, aspecto que así se hizo por medio de auto de 10 de mayo de 2004, del Juzgado de Primera Instancia, núm. 2 de Totana. En este caso, los titulares de la finca adjudicada mediante subasta, interpusieron acción declara-

tiva de dominio contra el recurrente, dictando Sentencia desestimatoria en fecha 6 de octubre de 2004, por el Juzgado de Primera Instancia, núm. 3 de Totana, que fue revocada en apelación, declarándose la nulidad del título de compra del recurrente y se ordenó la cancelación de todas las inscripciones contradictorias, frente a ella se interpuso por este último recurso de casación del que se tuvo por no preparado— argumenta que la existencia de responsabilidad ha de darse cuando concurren determinados requisitos, entre los que se encuentran, la existencia de un daño real, efectivo, individualizable, y ser susceptible de valoración económica, a su vez, que el daño resulte imputable a la Administración como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos que habrá de estar unida al efecto causado, sin que haya existido fuerza mayor —con exclusión de los supuestos de caso fortuito, la fundamentación esgrimida remite a la STS 1570/1989, Sala Tercera, de lo Contencioso, de 1 de diciembre de 1989, (Roj: STS 14264/1989 - ECLI:ES:TS:1989:14264), apreciando que «[...] *El carácter fortuito del hecho causante de una lesión no excluye la responsabilidad patrimonial.* [...]», actuación de un tercero o conducta propia del perjudicado, teniendo el plazo de un año para interponer la reclamación pertinente. La reclamación es desestimada alegando, en esencia, que la posible responsabilidad subjetiva del registrador, por aplicación del artículo 296 y concordantes de la LH, correspondería al orden jurisdiccional civil —FJ 3.º—, pero al margen de las alegaciones presentadas por la Abogacía del Estado, argumenta la resolución que, en el caso de la existencia de una doble inmatriculación registral de la finca existe una situación que sí ha de conectarse con el funcionamiento del Registro, ya que en tal caso debió de haberse cancelado la segregación y transmisión contradictoria, ahora bien, ello por sí solo no constituye un elemento causal para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que, en todo caso, fue el recurrente quien no cuidó, con la diligencia debida, para adquirir la finca, comprobando previamente la inscripción de la finca matriz lo que hubiera evitado esta situación —FJ 4.º—. En este sentido, téngase en cuenta la complejidad de la búsqueda, a los efectos de expedición de publicidad formal, en los índices del Registro, de fincas inscritas que no consten identificadas gráficamente denota un ejercicio laborioso por parte de los registradores, difícilmente asumible y que limita la posibilidad de afirmar categóricamente que dicha porción de terreno no se encuentre inmatriculada previamente, como ha tenido ocasión de destacar recientemente la DGRN, en su Resolución de 5 de febrero de 2021 (BOE, núm. 42, de 18 febrero de 2021) «[...] *cuando se hacen búsquedas alfanuméricas en los índices informáticos del registro, solo se localizan, si los hay, y siempre en función de la metodología empleada en la introducción de datos en los índices y en las búsquedas, aquellos datos que sean literal y alfanuméricamente coincidentes con los buscados, tales como el nombre de un titular o de una calle o un paraje. Y cuando se hacen búsquedas gráficas en la aplicación gráfica auxiliar homologada prevista en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, solo se localizan, sin los hay, datos gráficos coincidentes, pudiéndose analizar sus relaciones geométricas y topológicas.* [...]». Y, ello viene motivado dado que «[...] *históricamente las fincas registrales se han inmatriculado en su inmensa mayoría sin datos gráficos, o con datos gráficos que no constaban debidamente georreferenciados, o que estándolo no fueron todavía incorporados a la moderna aplicación gráfica registral homologada por ser anteriores a ella* [...]», de forma que «[...] *es humana y técnicamente imposible emitir nota simple o certificación registral concluyente que pudiera afirmar, sin ningún género de duda ni posibilidad de error, que el recinto geográfico al que pretende referirse con más o menos acierto o precisión una mera descripción alfanumérica y literaria no se corresponda ni siquiera en parte con ninguno de los recintos geográficos a los que pretendieron referirse ninguna de los miles de descripciones alfanuméricas y meramente literarias con que se han venido inmatriculando las fincas durante décadas.* [...]» —FJ 5.º—. No hay duda, que esta complejidad es fácilmente trasladable a la verificación de la previa inscripción.

⁹ CLEMENTE MEORO, M. (1997). *Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad*. Valencia: Tirant monografías, 17. Este mismo autor cita a otros, entre los

que destaca DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1995). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III, *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. 4.^a ed. Madrid: Thomson. Civitas, 361, la califica de un «grave y frecuente defecto en nuestro ordenamiento jurídico inmobiliario».

¹⁰ Sobre el sistema registral español puede verse a LACRUZ BERDEJO, J.L. (2010). *Derecho inmobiliario registral*. 1.^a ed. Cizur Menor Navarra: Civitas; Thomson Reuters.

¹¹ No es este el primero de los textos normativos que ha contemplado una referencia expresa al contenido de la regulación sobre la doble inmatriculación, y aunque la vaguedad inicial de la normativa hipotecaria fue suplida a partir del Reglamento de 1870 —Reglamento general para la ejecución de la Ley Hipotecaria de 21 de diciembre de 1869, de reforma de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 (dado el 29 de octubre de 1870)— momento en el que parece surgir una conciencia de la existencia de este problema, de forma que en su artículo 332 se contempló una referencia expresa: «Cuando el hecho de la posesión justificada por expediente judicial ó en virtud de certificación gubernativa, esté en contradicción con otra posesión ya inscrita, los Registradores no negarán ni suspenderán la inscripción de la primera; pero al hacerla, además de mencionar la circunstancia prevenida en el artículo 35 del Reglamento, lo harán de hallarse inscrita otra posesión contradictoria y al margen de la inscripción de esta, se pondrá nota en la que se indique brevemente la inscripción segunda». De él se extrae el reconocimiento de la posibilidad de que una misma finca figurase inscrita dos veces en dos folios diferentes, tal circunstancia se haría constar en el margen de la inscripción de la primera, pero sin que de este motivo se derivase la suspensión de la misma. Por tanto, de su lectura se desprende la compatibilidad de ambas, sin establecer un procedimiento claro que ventilara tal deficiencia. El contenido expreso del repetido Reglamento puede consultarse a través del siguiente enlace: <https://legishca.edu.umh.es/en/1870/10/29/1870-10-29-reglamento-para-la-ejecucion-de-la-ley-de-21-de-diciembre-de-1869/> (última consulta: 14/1/2020). Ahora bien, con la publicación de la Real Orden de 28 de agosto de 1883, en la Gaceta de Madrid de 7 de septiembre de 1885 —texto que ha sido recogido por ARRIETA SEVILLA, L. (2009). *La doble inmatriculación...*, op. cit. 32 «[...] si ya no es posible la inscripción del dominio cuando contradice una inscripción anterior, tampoco, ha de serlo la posesión cuando resulta ya inscrita á favor de otra persona [...]»— se entiende tácitamente derogado, al igual que sucede con el artículo 35 de este mismo texto, de forma que con tal criterio debía rechazarse la inscripción de dominio en los casos de contradicción, así como también habría de hacerse lo propio sobre la inscripción de la posesión que ya conste a favor de otra persona, de forma que la Real Orden estableció la necesidad de suspender la inscripción solicitada en tales casos. Con el transcurso del tiempo y la nueva coyuntura, al hilo de las situaciones creadas y las resoluciones dictadas, el Reglamento Hipotecario de 1915 contempló una alusión ciertamente sucinta sobre la existencia de este hecho. A ello se refirió el artículo 101 «Si el que tuviere á su favor inscrita la propiedad ó la posesión de una finca ó derecho real creyera que otra inscripción primera de posesión hecha con posteridad y bajo número diferente se refiere al mismo inmueble ó derecho real, podrá pedir la posesión judicial por los trámites expresados en el artículo anterior, con citación de los interesados en la nueva inscripción; y el Juez al decretarla, ordenará, cuando la identidad total ó parcial apareciere probada, que se extienda nota suficiente al margen de la inscripción de posesión últimamente practicada», de forma que, de él se extrae la posibilidad de que el titular que creyera que una finca figurase ya inscrita a favor de otra persona, podrá acudir a la jurisdicción para que previa solicitud de la posesión, se extienda nota marginal sobre la última inscripción practicada. Este precepto contempló la posibilidad de citar a los interesados en la última inscripción, por lo que ya se dejaba abierta la posibilidad de practicar notificaciones en el ámbito registral. La vigencia de este artículo apenas perduró, siendo sustituido tras la reforma del Real Decreto de 19 de julio de 1927. ARRIETA SEVILLA, L.J. (2009). *La doble inmatriculación...*, op. cit., 33. El contenido íntegro del citado Reglamento se puede consultar en el siguiente enlace:

<https://legishca.edu.umh.es/1915/08/06/1915-08-06-reglamento-para-la-ejecucion-de-la-ley-hipotecaria/> (última consulta: 14/1/2020).

¹² Aunque en este trabajo se hace referencia como regla general a la doble inmatriculación, ha de entenderse hecha, cuando a ello se haga referencia a la múltiple inmatriculación, pues igualmente puede resultar posible que una misma finca o parte de ella figure en el Registro de la Propiedad más de dos veces.

¹³ ARRIETA SEVILLA, L.J. (2009). *La doble inmatriculación...*, op. cit. 23. *Ibid.* 28, ha dejado escrito que, «*La existencia de dos folios registrales opuestos hace quebrar el primer postulado de la lógica porque el Registro considera propietarias de un mismo inmueble, en un mismo momento a dos personas distintas*». No ha de obviarse en este sentido, que la nueva redacción dada al artículo 9 LH por la Ley 13/2015 sustituyó la identificación registral de las fincas, basada en una numeración de finca o sub finca asignada de forma sucesiva y correlativa conforme las mismas accedían al Registro, por el de Código Registral Único (sucesor del ya extinto IDUFIR —Identificador Único de Finca Registral—). En tal sentido, hay que señalar que la Resolución-Circular de la DGRN, de 3 de noviembre de 2015, precisó que a partir de la fecha de la resolución aprobatoria de la homologación de la aplicación a la que hace referencia el repetido artículo 9 de la LH —la Resolución que aprobó la homologación es de fecha 2 de agosto de 2016, habiendo sido publicada en el BOE el 1 de septiembre de 2016—, no les será asignada la numeración anterior a los efectos de evitar posibles duplicidades y descoordinaciones en el Registro. Ahora bien, este hecho se vio matizado por la Resolución de 2 de septiembre de 2016, al concretar que el sistema de numeración anterior podría mantenerse sobre fincas nuevas únicamente a efectos internos o de simplificación del trabajo interno del Registro. En el supuesto de las que ya contasen con número anterior y que, por aplicación de la nueva normativa procediera la asignación del CRU, se hará tanto referencia a él, como al «*número de finca registral tradicional*» en la nota de despacho del documento, y en los medios de publicidad formal del documento. Inclusive, cuando los notarios precisen de dicha información para la elaboración de documentos les será proporcionado tanto el CRU, como el número de finca. Sobre la limitación de la asignación del sistema anterior de identificación registral puede verse: <https://www.notariosyregistradores.com/web/participa/noticias/numeracion-de-las-nuevas-fincas-registrales/> (última consulta: 14/1/2020).

¹⁴ Este mismo Tribunal ha determinado que la doble inmatriculación se producirá cuando una misma finca figure inscrita en dos folios reales diferentes e independientes entre sí, de forma que las dos inscripciones se refieran a la misma, o una de ellas se superponga con respecto de la otra (<http://www.gruposervilegal.com/doble-inmatriculacion-fincal> última consulta: 14/1/2020). De ahí, que tanto doctrina como jurisprudencia hayan mantenido un criterio unánime para su definición. La STS 408/2011, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de junio de 2011 (Roj: STS 3575/2011 - ECLI:ES:TS:2011:3575), se ha pronunciado en parecidos términos al precisar que tal situación de carácter patológico sucede cuando una misma finca figura inscrita en el Registro de la Propiedad dos o más veces en folios diferentes, y con un número de identificación distinto.

¹⁵ Por su relevancia puede destacarse la STS 345/2008, Sala Primera, de lo Civil, de 6 de mayo de 2008 (Roj: STS 1561/2008 - ECLI: ES:TS:2008:1561), al precisar que la situación dada consecuencia de la doble inmatriculación resulta habitual en el sistema hipotecario registral, debido en buena medida a la facilidad para su acceso al Registro de la Propiedad concretando que tal situación se produce «*[...] cuando dos fincas registrales son idénticas entre sí, aun cuando sus respectivas descripciones estén hechas de modo diferente, y también cuando una de las fincas coincide solo parcialmente o se encuentra superpuesta respecto de otra [...]*». CLEMENTE MEORO, M. (1997). *Doble inmatriculación de...*, op. cit. 19, se posicionó a favor de la existencia de doble inmatriculación en el caso que una se halle incluida totalmente en otra mayor, caso en el que se produciría un supuesto de inmatriculación parcial. ARRIETA SEVILLA, L.J. (2008). Fe pública registral, doble inmatriculación y usucapión: comentario a la STSJ Navarra de 28 de abril de 2008 [RAJ

2009/306]. *Revista Jurídica de Navarra*, [En línea] núm. 47,193, disponible en, <http://dadun.unav.edu/handle/10171/14132> ha planteado una diferenciación entre lo que se entiende por doble inmatriculación parcial o total, afirmando que, tras la distinción operada en el ordenamiento español, a propósito de la redacción dada en el Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (BOE, núm. 233, de 29 de septiembre de 1998), puede concluirse que la doble inmatriculación total existirá cuando la contradicción entre los folios se extienda sobre toda la finca, mientras que por el contrario será parcial cuando esta tan solo se proyecte sobre una parte de ella.

¹⁶ El artículo 243 LH dispone que «*El Registro de la propiedad se llevará abriendo uno particular [folio] a cada finca en el libro correspondiente.[...]*». En relación con ello, conviene precisar que el artículo 9 de la LH, en relación con el propio contenido de los asientos ha determinado que en ellos constaran, además del denominado CRU, el sujeto, objeto y contenido de los derechos que sean inscribibles, así como la inscripción de la representación gráfica, cuando sea posible. ARRIETA SEVILLA, L.J. (2018). La subsanación de la doble inmatriculación. En L.J. Arrieta Sevilla, M.^a E. Sánchez Jordán (dirs.). J.A. García García (coord.). *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales*. (2018). Cizur Menor: Civitas Thomsom Reuters. 309.

¹⁷ STS 342/2011, Sala Primera, de lo Civil, de 13 de mayo de 2011 (Roj: STS 2900/2011 - ECLI: ES:TS:2011:2900). «*FJ 1.º [...] Esta es una situación patológica que se produce en el Registro de la Propiedad consistente en que una misma finca consta inmatriculada dos veces en folios diferentes y con distinto número. Como dice la STS 922/2004, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de octubre de 2004 (Roj: 6376/2004 - ECLI: ES:TS:2004:6376), se genera una situación irregular que, como contraria a la exigencia de folio único para cada finca, determina la neutralización de cualquier efecto positivo de la publicidad registral que pudiera derivar de los respectivos asistentes. [...]*».

¹⁸ FANDOS PONS, P. (2014). *Los efectos jurídicos de la identificación y descripción gráfica de fincas registrales: la base gráfica registral*. Tesis doctoral. [En línea]. Universidad de Valencia. Valencia, disponible en, <http://roderic.uv.es/handle/10550/45662?show=full,213>.

¹⁹ ARRIETA SEVILLA, L.J. (2009). *La doble inmatriculación...*, *op. cit.*, 28, y ARRIETA SEVILLA, L.J. (2018). La subsanación de.. En J.L. Arrieta Sevilla, M.^a E. Sánchez Jordán (dirs.), J.A. García García (coord.): *Estudios sobre la...*, *op. cit.* 311, 310-312.

²⁰ La RDGRN de 22 de abril de 2019 (BOE, núm. 114, de 13 de mayo de 2019) se ha pronunciado confirmando expresamente tal posibilidad. Del mismo modo, en la RDGRN de 29 de noviembre de 2019 (BOE, núm. 7, de 8 de enero de 2020) ha quedado de manifiesto que las situaciones de doble inmatriculación derivadas de la concentración parcelaria pueden tramitarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 209 LH.

²¹ Las fincas resultantes acceden al Registro como fincas nuevas e independientes, sin que exista una referencia a las fincas originarias, por lo que no se procede al cierre del folio anterior. Así se ha pronunciado el artículo 235. 1.^a de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario —en adelante, LRYDA—, aprobada por Decreto 118/1973, de 12 de enero. Para evitar que se produzcan inscripciones sobre las inscripciones antiguas por los departamentos de agricultura de las diferentes comunidades autónomas se deberán facilitar a los registradores los datos sobre los términos municipales que se ha practicado, así como su superficie. Los conflictos surgidos deberán resolverse conforme a las normas específicas dictadas en la materia. A ello se ha referido el artículo 233.1 LRYDA al establecer que, «*1. A salvo lo especialmente dispuesto en esta Ley, una vez inscritas las fincas de reemplazo, los antiguos asientos relativos a una parcela de procedencia solo podrán invocarse por el titular y causahabiente de las situaciones registrales frente a quien figuró en las Bases como titular de la parcela o frente a los causahabientes de este que no gocen de la fe pública registral. En tales casos no podrán oponerse las nuevas inscripciones [...]* 4. *Quedarán canceladas las inscripciones de las fincas de reemplazo en cuanto sean*

incompatibles con las situaciones trasladadas. En ningún caso el traslado perjudicará los derechos de tercero protegido por la fe pública registral. [...]». De forma que, sobre este último apartado, y como ha puntualizado la doctrina, el adquirente oneroso de la finca de reemplazo gozará de la protección ofrecida por el artículo 34 H, aspecto que difiere sustancialmente con respecto de las de origen, en las que no se producirá tal circunstancia.

²² No puede obviarse que las constantes segregaciones físicas de fincas consecuencia de ciertas transmisiones, especialmente entre las producidas *mortis causa*, sin que constasen fehacientemente qué conllevó su acceso al Registro sin referencia a los títulos anteriores en los que constaba, ni tampoco a la finca matriz, ha originado ciertas situaciones de doble inmatriculación que no conllevan una situación conflictiva mientras no se transmita a un tercero la finca matriz con la descripción original. Esta es la conclusión obtenida por ARRIETA SEVILLA, L.J. (2018). La subsanación de... En J.L. Arrieta Sevilla, M.^a E. Sánchez Jordán (dirs.), J.A. García García (coord.): *Estudios sobre la...*, op. cit. 311, a propósito del contenido de la RDGRN de 21 de diciembre de 2015 (BOE, núm. 5, de 6 de enero de 2016). El supuesto parte del origen de la inmatriculación de una finca en 1873 adjudicada en proindiviso a varios titulares. Tras ello, varias de sus partes, que al parecer se concretaron físicamente y correspondieron a los herederos o causahabientes, accedieron nuevamente al Registro como fincas nuevas e independientes generando una situación de doble inmatriculación y, sin la previa formalización de la segregación. No puede omitirse que un buen número de este tipo de situaciones se ha venido produciendo por la interrupción del tracto sucesivo y la falta de conocimiento de la existencia de un título previo inscrito en el Registro de la Propiedad. En tales casos, la legislación no determina si realmente habría de procederse por aplicación meramente de las reglas definitorias del procedimiento para su subsanación, o si por el contrario, quizás la opción más lógica en aras de lograr una mayor definición del historial jurídico de la finca, procedería la tramitación de un expediente para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, y en vista de su resultado acordar la tramitación de un expediente para ventilar la doble inmatriculación. En este sentido se pronuncia la RDGRN de 3 de octubre de 2018 (BOE, núm. 256, de 23 de octubre de 2018) al confirmar la calificación del registrador de la Propiedad que, en todo caso, en el escrito de calificación afirma que «[...] para cancelar la titularidad de [...], si se parte [...] que alguna de las fincas que se suponen colindantes proceden de una doble inmatriculación, que tiene su origen en la adquisición de la mitad indivisa de dicho señor, sería necesario primero hacer tal afirmación (lo que llevaría con toda probabilidad a la tramitación de un expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido) [...]» No obstante, es posible la existencia de situaciones en las que por desconocimiento o por error hayan accedido fincas al Registro de la Propiedad en las que no resulte posible su reanudación, bien por qué el titular sea el mismo, por lo que en tal caso habrá de acudir a la normas de tramitación procedimental a las que hace referencia el artículo 209 LH, o hallándose doblemente inmatriculada, se haya identificado físicamente sobre el terreno, pero a juicio de los titulares registrales del asiento más reciente resulte difícilmente acreditable la reanudación del tracto, en cuyo caso habría que acudir directamente a las normas procedimentales que determina el artículo anterior.

²³ CLEMENTE MEORO, M. (1997). *Doble inmatriculación de...*, op. cit. 27.

²⁴ ARRIETA SEVILLA, L. J. (2018). La subsanación de... En J.L. Arrieta Sevilla, M.^a E. Sánchez Jordán (dirs.), J.A. García García (coord.): *Estudios sobre la...*, op. cit. 311.

²⁵ La doble inmatriculación también surge en situaciones de gestión urbanística, especialmente tras la aprobación del proyecto de reparcelación y su inscripción registral.

²⁶ Los otros apartados de este precepto se refieren a la titularidad desconocida — apartado segundo— y a los casos en los que se produzca una situación de titularidad controvertida —apartado tercero—.

²⁷ <https://www.velezdorado.com/doble-inscripcion-registral-motivos-problemas-soluciones/> (última consulta 6 /6/2018).

²⁸ Artículo 10 RBEL «*Las Corporaciones Locales pueden adquirir bienes y derechos: [...] d) Por prescripción. e) Por ocupación. f) Por cualquier otro modo legítimo conforme al ordenamiento jurídico*». El Reglamento de Bienes de las Entidades Locales fue aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (BOE, núm. 161, de 7 de julio de 1986).

²⁹ A propósito de la resolución conflictual de doble inmatriculación en el ámbito urbanístico puede verse <https://www.registradoresdemadrid.org/revista/29/Resumen-sentencias/DOBLE-INMATRICULACION-EN-UN-PROCESO-DE-REPARCELACION-DERIVADO-DE-UN-PROYECTO-DE-COMPENSACION-URBANISTICO-SENTENCIA-DE-LA-AUDIENCIA-PROVINCIAL-DE-MADRID-SECCION-14-DE-21-DE-SEPTIEMBRE-DE-2010> (última consulta: 14/1/2020).

³⁰ Acerca de la doble inmatriculación, especialmente en el ámbito urbanístico, puede verse a <https://urbanistica91.com/doctrina/la-doble-inscripcion-de-fincas-registrales-motivos-problemas-y-soluciones/> (última consulta: 14/01/2019)

³¹ La RDGRN de 22 de noviembre de 2016 (BOE, núm. 302, de 15 de diciembre de 2016), a propósito del recurso interpuesto frente a la calificación negativa del registrador de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana núm. 2, sobre la iniciación de un procedimiento relativo a la subsanación de la doble inmatriculación ha reiterado la aplicabilidad del artículo 209 de la LH.

³² Aunque se haya señalado en reiteradas ocasiones, que este artículo se encuentra «*tácitamente*» derogado, lo cierto es que no existe una disposición expresa en tal sentido más allá del contenido de la disposición derogatoria de la Ley 13/2015 al establecer que «*Quedan derogadas cuantas normas se opongan a lo previsto en la presente Ley [...]*». Así lo expresó la DGRN en su Resolución de 22 de noviembre de 2016 «*[...] el régimen jurídico del tratamiento de la doble inmatriculación entre dos fincas o más fincas o partes de ellas cambia sustancialmente tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, pues ahora es objeto de una novedosa regulación, y además, con rango de ley, debiendo por tanto entenderse tácitamente derogado el artículo 313 del Reglamento Hipotecario en virtud de la disposición derogatoria de la propia Ley 13/2015. [...]*» —FJ 3.º—.

³³ En el mismo sentido, otros procedimientos que anteriormente eran tramitados ante la jurisdicción civil, hoy día son competencia de los notarios, sobre los que se ha descargado la mayor parte del trabajo, recogiendo el espíritu de la reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015).

³⁴ El concepto de finca registral dista del concepto de parcela catastral, pues si una se ha entendido como aquella porción física de terreno sobre la que se despliegan sus efectos, la segunda se ha definido dentro de términos tributarios, a la que bien, como podrá comprobarse cierta limitación ha quedado sujeta a matices, cuanto menos interpretativos.

³⁵ A propósito del folio real MONTÁNCHEZ RAMOS, M. (2012). Principios hipotecarios. En J.R. de Verda y Beamonte y A. Serra Rodríguez (coords.). *Derecho Civil III*. (2012). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 394, señaló que el Registro español está organizado por fincas —como bien ha podido comprobarse—, aspecto fundamental para el desarrollo del principio de especialidad registral —identidad de aquellos que se pretende inscribir, titular y derecho previo—, de modo que se proyecta sobre dos aspectos trascendentales de la publicidad registral. De un lado, en tanto que el derecho se contempla en el Registro con indicación de la naturaleza, así como su cabida, cargas, limitaciones, valoración o titularidad y, de otro, en lo que a la finca respecta, el sistema tabular español se ampara en la existencia del folio real, que determina que cada «*unidad inmobiliaria específica*» conlleva la apertura de un folio en el que se relacionan el conjunto de las circunstancias por las que ha atravesado el historial jurídico de la misma. De ahí, que la finca, según indica el expresado autor, es el elemento clave sobre el que pivota el sistema hipotecario. Resulta trascendental, por tanto, al ser el aspecto definitorio por excelencia del derecho real, así como la unidad misma que engloba las características de «*estabilidad y permanencia*» que, por sí solas, permiten definir la extensión y aplicabilidad

de los diferentes principios hipotecarios, como son el de fe pública, el de tracto sucesivo y el de especialidad, a los que se ha hecho referencia. Por tanto, puede concluirse, siguiendo idéntica autoría, que la existencia del folio en el Registro constituye, en un ámbito formal relativo a la organización del Registro, la permisibilidad de determinar su llevanza, aspecto que se proyecta sobre las propias características descriptoras del sistema, en tanto que resulta imprescindible para la aplicabilidad de los principios registrales referidos. Tanto el principio registral de prioridad y de tracto sucesivo tienen su reflejo en el artículo 17 LH. De la lectura del párrafo primero, de este artículo, se impide la inscripción de documentos anteriores, aunque hubiesen sido otorgados por el titular inicial, lo que supone que en el caso que el titular registral transmitiera la finca a un tercero y este no inscribiera su derecho, y tiempo después el mismo titular registral la transmitiera a otra persona distinta del tercero inicial y este último si la inscribiera se originará un verdadero conflicto que habrá de ser resuelto, desde el plano de la buena fe y de la efectiva posesión de los terrenos, que en todo caso, habrá de ventilarse ante la jurisdicción civil ordinaria, sin que el registrador de la propiedad pueda prejuzgar la preferencia del título posterior, pues en todo caso, aunque la inscripción registral es optativa, el adquirente inicial debió prever tal circunstancia. A salvo de las inscripciones de cuotas indivisas de fincas, en las que se requiere la inscripción de todas ellas bajo el mismo folio, dado que de no ser así se estaría produciendo una clara situación de doble inmatriculación.

³⁶ La doctrina anterior de la DGRN, a título de ejemplo se citan las RDGRN de 26 de febrero de 2013 (BOE, núm. 69, de 21 de marzo de 2013) y de 2 de diciembre de 2014 (BOE, núm. 306, de 19 de diciembre de 2014)—, a propósito del contenido de la regla segunda, así como de la sexta arguyó que ha de entenderse comprensiva, tanto de los titulares de los derechos inscritos, como de los anotados, de forma que realiza una interpretación en sentido amplio, por lo que no se centra únicamente en las inscripciones, sino también la hacia extensiva a las anotaciones preventivas, especialmente en relación con esta última al afirmar que «[...] en el procedimiento declarativo en que se residencie la correspondiente controversia sobre la preferencia de uno u otro folio registral [...] han de ser llamados todos los titulares de cualquier derecho o carga que puedan verse afectados o perjudicados por la eventual sentencia que ponga fin al procedimiento [...]». En tal sentido, <https://www.civil-mercantil.com/doble-inmatriculacion-inicio-procedimiento-209-ley-hipotecaria.html> (última consulta: 14 de enero de 2020).

³⁷ La posibilidad, ahora reconocida, para el inicio de procedimientos relativos a la subsanación de la doble inmatriculación por parte de los Registradores de la Propiedad no estaba permitida, aspecto del que se hizo eco, y así lo contempló la DGRN. Pueden verse, en tal sentido, por remisión de la RDGRN de 22 de noviembre de 2016 (BOE, núm. 302, de 15 de diciembre de 2016), la de la misma Dirección General de 25 de marzo de 1985, de 1 de junio de 2006, así como de 28 de diciembre de 2006, citadas por ARRIETA SEVILLA, L.J. (2018). La subsanación de.. En J.L. Arrieta Sevilla, M.ª E. Sánchez Jordán (dirs.), J.A. García García (coord.): *Estudios sobre la...*, op. cit. 317, «[...] el registrador en este supuesto [de doble inmatriculación] no puede apreciar de oficio su existencia, ya que la orden de que se extienda nota suficiente que exprese la doble inmatriculación corresponde únicamente a la autoridad judicial en el procedimiento instado por el titular registral [...]».

³⁸ Es doctrina reiteradamente manifestada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que el juicio de identidad de la finca elaborado por parte del registrador no puede ser ni arbitrario, ni tampoco discrecional, debiendo estar motivado y fundado. Tal es el caso de las Resoluciones de 8 de octubre de 2005, de 2 de febrero de 2010, de 13 de julio de 2011, de 2 de diciembre de 2013, de 3 de julio de 2014, de 19 de febrero de 2015, de 21 de abril de 2016 y, más recientemente de 20 de octubre de 2020.

³⁹ FANDOS PONS, P. (2014). *Los efectos jurídicos...*, op. cit. 214, apuntó que, en situaciones de doble inmatriculación no conflictivas, si sobre una de las fincas ya consta

su identificación gráfica habrá de tenerse en cuenta la fecha de esta sobre la base del principio de prioridad registral gráfica, de forma que el traslado se producirá a aquellas fincas que tengan identificación registral gráfica. Sin embargo, no parece que este haya sido el criterio acogido en la norma, especialmente de la regla cuarta del artículo 209 LH, cuando matiza que en el caso que la doble inmatriculación afecte a dos o más fincas de igual titular registral o siendo diferentes hubiera acuerdo, «*la contradicción se salvará*» con el consentimiento expreso de los interesados, practicando un asiento de cierre o cancelación sobre el historial más reciente, haciendo expresa referencia por nota marginal del historial más antiguo. Del contenido, de este precepto, no se deduce, de forma expresa, la idea expuesta por el autor anterior —en su defensa, decir que tal criterio se estableció sobre la base de la aplicabilidad del artículo 313 RH, vigente en el momento de la realización de tales consideraciones— sino que el registrador hará uso de la información gráfica disponible a efectos de constatación de este hecho, sin que, por tanto, se deduzca la determinación de un criterio tan elocuente que impediría la prevalencia del historial más antiguo, ya que, en todo caso, parece *a priori* que este refleja con mayor nitidez las alteraciones producidas sobre la finca por ser el primero que accedió al registro. Si partiendo del contenido de la actual normativa hipotecaria, se exige obligatoriamente la inscripción de la representación gráfica, en los supuestos de inmatriculación, asumir, con carácter general, la preferencia del principio de prioridad registral gráfica frente al literal, implicaría la prevalencia del último título que accedió al Registro, frente a quienes previamente hubieran accedido a él e inscrito su derecho aun a pesar de no constar la representación gráfica. Sin embargo, conviene matizar que, este último motivo es el que ha podido originarla, en tanto que el juicio de identidad del registrador, a resultados de la práctica inmatriculadora sobre la evitación de la doble inmatriculación, hubiera resultado ciertamente dificultoso por la ausencia de elementos que permitan identificarla físicamente. Este autor *Ibidem*, 218, considera que en los casos en los que exista una verdadera situación conflictual y corresponda determinarlos en un procedimiento declarativo, la carga de la prueba recaerá a su juicio —parece en cierta medida lógico— esencialmente sobre el titular registral más antiguo, y cuya representación gráfica no constase inscrita, que deberá acreditar la descripción gráfica exacta de la finca, de forma que de ser así, será el de mejor condición, conllevando, a estos efectos, la cancelación del folio registral más moderno, así como la base gráfica registral validada por el registrador —no obstante, este criterio deberá cohonestarse con la prueba de quién ostente mejor derecho sobre la finca, de forma que de no ser así bastaría con que el legislador contemplase una regla específica en tal sentido, por tanto, se trata de un indicio fundamental sobre la determinación de quien resulte ser el verdadero propietario, pero no debe ser el único—, por lo que, si es probada la identidad física, el principio de prioridad registral literal decaerá sobre el gráfico. Sobre este último caso, pueden surgir diferentes interpretaciones, en tanto que si no ha podido identificarse la finca, tampoco habrá podido acreditarse físicamente la doble inmatriculación sobre la vía de la identificación gráfica, por lo que debe producirse un reenvío estricto a la normas de Derecho civil puro para determinar cual es el verdadero propietario, en tanto que puede presumirse que quien alega su existencia la reconoce, y a la vista de su resultado se procederá a la cancelación del historial registral de la finca que ostente peor condición (*ex art. 38 LH*).

⁴⁰ En este sentido, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 14 de octubre de 2020 (BOE, núm. 288, de 31 de octubre de 2020) consideró la necesidad de la comprobación por parte del registrador, en el ejercicio de su función calificadora, de la existencia de la doble o múltiple inmatriculación mediante las investigaciones pertinentes en los libros del Registro, en la aplicación informática correspondiente de bases gráficas y en la cartografía catastral. Sin embargo, la RDGRN de 3 de octubre de 2018 (BOE, núm. 256, de 23 de octubre de 2018) consideró que la mera relación de parcelas catastrales colindantes efectuada no es elemento sustitutivo de la identificación de la finca o fincas afectadas por la doble inmatriculación, ni deben servir de base, con

carácter general «[...] al establecimiento de un deber del registrador consistente en efectuar comprobaciones e investigaciones en la totalidad del archivo del Registro para localizar las fincas hipotéticamente afectadas por una doble inmatriculación, sin ni siquiera existir ningún principio de prueba o indicio de tal situación. [...]».

⁴¹ ARRIETA SEVILLA, L.J. (2018). La subsanación de.. En J.L. Arrieta Sevilla, M.^a E. Sánchez Jordán (dirs.), J.A. García García (coord.): *Estudios sobre la..., op. cit.* 318.

⁴² En este sentido, la RDGRN de 22 de noviembre de 2016 (BOE, núm. 302, de 15 de diciembre de 2016) consideró que, fuera de los casos de iniciación de oficio por el registrador, la Ley Hipotecaria tan solo reconoce legitimación a los titulares registrales de derechos inscritos afectadas por la doble inmatriculación, de forma que frente a esta regulación «[...] para la regulación anterior a la Ley 13/2015 (cfr. Resoluciones 26 de febrero de 2013 y 2 de diciembre de 2014), la expresión legal de esta regla, así como la de la regla sexta, puede entenderse comprensiva no solo de los titulares derechos inscritos, sino también anotados, entendiendo la inscripción en sentido amplio y por tanto no solo comprensiva de las inscripciones propiamente dichas, sino también de las anotaciones preventivas. [...]» —FJ 3.º—. Sin embargo, la interpretación actual considera, de conformidad con la literalidad expresa de la Ley, que a excepción de los supuestos de iniciación de oficio por parte del registrador, la LH tan solo reconoce legitimación a los titulares de los derechos inscritos en las fincas afectadas, como así lo ha expresado la reciente Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 20 de octubre de 2020 (BOE, núm. 291, de 4 de noviembre de 2020).

⁴³ Artículo 40 LH «La rectificación del Registro solo podrá ser solicitada por el titular del dominio o derecho real que no esté inscrito, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto [...]».

⁴⁴ La citada RDGRN de 3 de octubre de 2018 recalcó la regla general de cancelar el historial de la finca más antigua. No obstante, permitió la cancelación del historial de la finca más reciente en situaciones en las que por «razones de economía procesal» así fuera justificado, siempre que mediara acuerdo expreso de los titulares registrales en los términos de la rectificación de los asientos registrales a los que aluden los artículos 1 y 40 de la Ley Hipotecaria.

⁴⁵ Este hecho ha sido confirmado por la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 30 de octubre de 2020 (BOE, núm. 307, de 23 de noviembre de 2020), con ocasión del recurso interpuesto ante el cierre del expediente tramitado sobre doble inmatriculación, al que procedió la registradora, ante la incomparencia ni del titular, ni tampoco de otros posibles causahabientes.

⁴⁶ Sobre la sustanciación del procedimiento por juicio verbal u ordinario habrá de estarse a lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil —en adelante, LEC—.

⁴⁷ Para ello, véase igualmente, las normas de competencia establecidas en la LEC.

⁴⁸ En el supuesto planteado se deniega la incorporación de la representación gráfica georreferenciada de una finca y su coordinación catastral, por haberse apreciado la posible identidad de parte de la finca con otra ya inscrita, de forma que tras la apertura del expediente por parte del registrador de un expediente de subsanación de doble inmatriculación, se procede a su tramitación en los términos previstos en el artículo 209 LH, habiendo comparecido todos los titulares registrales, previa notificación, a excepción de uno de ellos que fue inoficiosa y habiéndose procedido en este último caso a la notificación edictal, se da por concluido el expediente, por oposición de una de las partes, precisamente por quien pretende incorporar a la descripción literal la representación gráfica, quien alega la inexistencia de tal patología, y en consecuencia se suspende su incorporación. En esta misma RDGRN argumentó la imposibilidad de que sea el registrador quien pueda aceptar la eventual usucapión a favor del recurrente y ello, dado que «[...] dentro del estrecho margen que proporciona el procedimiento registral, el registrador no puede calificar la usucapión, tarea reservada a los órganos jurisdiccionales [...]».

⁴⁹ En este caso, fuera de los supuestos en los que existiese oposición, la denegación de la constatación de la doble inmatriculación deberá ser motivada, de conformidad con los casos en los que el registrador albergase dudas en cuanto a la identidad de la finca para los casos de inmatriculación o excesos de cabida, como así se ha pronunciado la Resolución de la Dirección de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 20 de octubre de 2020.

⁵⁰ La anotación preventiva es un asiento principal que goza de las características de temporalidad limitada, dada su provisionalidad, practicada en los respectivos Libros de Inscripciones, cuyo propósito radica en garantizar, a resultas de un juicio posterior, el derecho perfecto, pero no consumado o preparar un asiento definitivo. Su extinción procederá bien por cancelación, caducidad o conversión en inscripción, de ahí la nota de la transitoriedad, ver MONTAÑECH RAMOS, M. (2012). Principios hipotecarios. En J.R. de Verda y Beamonte y A. Serra Rodríguez (coords.). *Derecho Civil III... op. cit.* 413.

⁵¹ GARCÍA GARCÍA, J.M. (2016). *La finca registral y el Catastro*. Cizur Menor: Civitas Thomsom Reuters, 1010.

⁵² Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas (BOE, núm. 264, de 4 de noviembre de 2003). Así mismo, este precepto, en relación con los títulos inscribibles, dispone que «[...] 4. *La certificación administrativa expedida por órgano competente de las Administraciones públicas será título suficiente para proceder a la cancelación o rectificación de las inscripciones a favor de la Administración pública en los siguientes supuestos: a) Cuando, previa la instrucción del correspondiente procedimiento en cuya tramitación será preceptivo un informe técnico, se acredite la inexistencia actual o la imposibilidad de localización física de la finca. b) Cuando se reconozca el mejor derecho o preferencia del título de un tercero sobre el de la Administración pública en caso de doble inmatriculación, previo informe de la Abogacía del Estado o del órgano asesor correspondiente de la Administración actuante. c) Cuando se reconozca la titularidad, mejor derecho o preferencia del título de un tercero sobre una finca que aparezca inscrita a favor de las Administraciones públicas, previo informe de la Abogacía del Estado o del órgano asesor correspondiente de la Administración actuante. [...]*».

⁵³ Puede verse, la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, así como el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas que, en su artículo 95, referido al apeo y deslinde de los cauces de dominio público, precisa que, la resolución aprobatoria del deslinde podrá acceder al Registro de la Propiedad, inclusive para rectificar las inscripciones contradictorias. También el Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, incluye la regulación de los mecanismos disponibles por las diferentes administraciones para la regularización entre otros, de la doble inmatriculación. No obstante, la regulación que se incluye sobre la subsanación de la doble inmatriculación de bienes propiedad de las Administraciones públicas, a la que se remite en alusión del estudio del artículo 209.2 LH, habrá de entenderse sobre los bienes patrimoniales, sobre los que cabe su adquisición por prescripción adquisitiva, pero no sobre los bienes de dominio público, pues como se ha determinado la propia legislación, véase la de Montes —artículo 132, del Decreto 485/1962, de 22 de febrero, por qué se aprueba el Reglamento de Montes, «*El deslinde aprobado y firme declara, con carácter definitivo, el estado posesorio, a reserva de lo que resulte del juicio ordinario declarativo de propiedad*», lo que entraría en contradicción con la posibilidad de instar de oficio la cancelación o rectificación de los asientos afectados. Desde luego, si se declara el estado posesorio y se remite a un juicio declarativo que resuelva los derechos de los particulares interesados, previa inscripción de estos bienes en el Registro, no parece que la Administración pueda actuar de oficio. En tal caso, se estaría produciendo una contradicción con la legislación sectorial, produciéndose un vaciamiento de las notas características de estos bienes, conllevando además una desvirtuación de los propios procedimientos administrativos de deslinde, de los que requieren de un trámite de audiencia. Sobre la legislación de montes y la influencia del deslinde administrativo de los

montes catalogados en relación con la doble inmatriculación ver a BLANCO HIGUERA, A.L. (2003). La propiedad pública de los montes como condición necesaria para su catalogación antes y después de la Ley de Montes del 2003, *Revista Jurídica de Castilla y León*, [En línea] núm. 30, (Aparece numerado el documento de la página 1 a la 35), 20, disponible en, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4226421>, destacando que resulta habitual que surjan situaciones de doble inmatriculación. De hecho, el artículo 69 del Reglamento de Montes de 1962, aun aplicable en lo que al deslinde administrativo se refiere, determinó la obligatoriedad de inscribir los montes catalogados, a favor de quien corresponda el Monte, según el Catálogo, inclusive los actos o contratos que tengan su objeto en él, como es el caso del deslinde efectuado (actualmente, el artículo 18 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, —en adelante, LM— a propósito de los efectos jurídicos de la inclusión de los montes en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, señala que, «[...] 3. La Administración titular o gestora inscribirá los montes catalogados, así como cualquier derecho sobre ellos, en el Registro de la Propiedad, [...]»)). En definitiva, es posible el surgimiento de una situación de doble inmatriculación, dado que el apartado 8 del artículo 21 de la LM, contempla que la resolución definitiva del expediente sea título suficiente para la inmatriculación del monte, para la rectificación de las inscripciones que se hayan visto afectadas, en cuyo caso se resolvería una posible situación de doble inmatriculación, pero no para la rectificación de los derechos anteriormente inscritos a favor de terceros a los que hace referencia el artículo 34 LH, en todo caso, por remisión del artículo 6, en cuanto a los efectos del deslinde administrativo de montes, al precisar que «El deslinde aprobado y firme supone la delimitación del monte y declara con carácter definitivo su estado posesorio, a reserva de lo que pudiera resultar de un juicio declarativo de propiedad», por lo que resulta que la determinación del verdadero propietario en cuanto a la resolución del conflicto de titularidades se resolverá por aplicación de las reglas de Derecho Civil puro, sin que la normativa específica de montes plantee la remisión a las normas hipotecarias para su ventilación, y sin que se permita la posibilidad de interponer acción interdictal—. Este mismo autor, señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete 270/2000, de 6 de noviembre, Sección 2.ª, (Roj: SAP AB 1092/2000 - ECLI: ES:APAB:2000:1092) al precisar en el FJ 4.º que de la doble inmatriculación puede derivarse una usucapión contra tabulas que exigiría, por los artículos 64 RM y e, 1949 del Código civil, buena fe y justo título sustentado sobre una inscripción anterior, momento en el que se iniciaría el plazo de treinta años al que se refiere el Reglamento de Montes de 1926 para determinar la prescripción adquisitiva del particular del dominio del monte catalogado.

⁵⁴ ARRIETA SEVILLA, L.J. (2018). La subsanación de.. En J.L. Arrieta Sevilla, M.ª E. Sánchez Jordán (dirs.), J.A. García García (coord.): *Estudios sobre la..., op. cit.* 324.

⁵⁵ Hay que tener en cuenta, por remisión a la normativa autonómica, que cuando afecten a bienes de las Administraciones de las comunidades autónomas serán los letrados de las respectivas comunidades autónomas los encargados del estudio de los documentos, a excepción que tengan por objeto bienes de titularidad estatal, en cuyo caso procederá por parte de la Abogacía del Estado.

⁵⁶ Sobre la aplicación de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas puede verse la RDGRN de 22 de noviembre de 2016 (BOE, núm. 302, 15 de diciembre de 2016), a propósito del recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana núm. 2 a iniciar un procedimiento de doble inmatriculación. En el caso planteado se trata de ventilar una situación de esta tipología en la que no existe duda de una de las fincas es titularidad de la Administración Pública, por lo que es de aplicación, por remisión del apartado segundo del artículo 209 LH, el artículo 34.7 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre. De la resolución del recurso se obtiene que la Ley Hipotecaria remite a la vía administrativa la tramitación del procedimiento, por lo que, en todo caso, el registrador está plenamente facultado para recopilar toda la información de la Administración que considere sobre la existencia del procedimien-

to administrativo que trate este conflicto, reiterando que no debe procurarse el inicio paralelo del procedimiento contemplado en el artículo 209 LH, ya que si no se estaría duplicando el modo para su subsanación. (<https://regispro.es/resumen-resoluciones-dgrn-propiedad-publicadas-en-el-mes-de-diciembre-2016/#22-11-2016-doble-inmatriculacion-prevalencia-del-procedimiento-regulado-en-la-ley-de-patrimonio-de-las-administraciones-publicas>, última consulta: 14/1/2020).

⁵⁷ El procedimiento administrativo sobre los supuestos de regularización registral de bienes que sean titularidad de las Administraciones públicas se encuentra regulado en los artículos 48 a 53 del Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto (BOE, núm. 226, de 18 de septiembre de 2009).

⁵⁸ ARRIETA SEVILLA, L.J. (2018). La subsanación de. En J.L. Arrieta Sevilla, M.^a E. Sánchez Jordán (dirs.), J.A. García García (coord.): *Estudios sobre la...*, op. cit. 324.

⁵⁹ Dispone el artículo 103.1 CE que «[...] *La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.* [...]».

⁶⁰ A título de ejemplo puede citarse, en similares términos, el artículo 206 LH al establecer que «[...] 2. *En todo caso, será preciso que el Registrador compruebe la falta de previa inmatriculación de todo o parte del inmueble. Si advirtiera la existencia de fincas inscritas coincidentes en todo o en parte, denegará la inmatriculación solicitada, previa expedición de certificación de las referidas fincas, que remitirá al organismo interesado junto con la nota de calificación.* [...]», en relación con la inmatriculación de bienes de las Administraciones públicas o de las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de ellas.

⁶¹ El artículo 205 LH es claro en este sentido «[...] *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.* [...]».

⁶² SABORIDO SÁNCHEZ, P. (2017). «La protección del usuario registral a través de la reforma de los principios registrales. Al hilo de la búsqueda de coordinación entre Registro y Catastro». *Revista de Derecho Civil, vol. IV*, [En línea] núm. 4,106, disponible en, <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/279>

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Sobre la interpretación dada a esta regla, puede verse la RDGRN de 26 de febrero de 2013 (BOE, núm. 69, de 21 de marzo de 2013). En este caso, recaló la necesidad de la existencia de una «verdadera» doble inmatriculación, en tanto que el ordenamiento jurídico español excluye las cancelaciones basadas en el mero consentimiento formal cancelatorio, de forma que en caso de duda deberá resolverse en sede judicial, exigiéndose consentimiento de todos los titulares registrales.

⁶⁵ La anotación preventiva y la nota marginal, siguiendo a CLEMENTE MEORO, M. (1997). *Doble inmatriculación de...*, op. cit. 27, tienen como última finalidad la protección frente a la posible aparición de terceros amparados por la fe pública registral.

⁶⁶ Así, la STS 342/2011, Sala Primera, de lo Civil, de 13 de mayo de 2011 (Roj: STS 2900/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2900), a propósito de una acción declarativa de dominio instada para la resolución conflictiva surgida como consecuencia de una posible doble inmatriculación, de la que se deriva la inexistencia de infracción en relación con la aplicabilidad del artículo 313 RH, dado que de la misma acción declarativa de dominio, resulta el juicio declarativo ordinario al que hace referencia el citado artículo. Sí, dicha acción constituye la determinación de quien resulta ser el verdadero propietario de la finca, carece de significado que se haga constar en el folio la posible existencia de contradicción, que ya está resuelta.

⁶⁷ ALBALADEJO, M. (1989). *Derecho Civil. III...*, op. cit. 457.

⁶⁸ SABORIDO SÁNCHEZ, P. (2017). *La protección del...*, op. cit. 106.

⁶⁹ ARRIETA SEVILLA, L. J. (2009). *La doble inmatriculación...*, op. cit. 39 y sigs.

⁷⁰ En tal sentido, SABORIDO SÁNCHEZ, P. (2017): *La protección...*, op. cit. 106, CLEMENTE MEORO, M. (1997). *Doble inmatriculación de...*, op. cit. 33.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² ARRIETA SEVILLA, L.J.: La subsanación de..., en Arrieta Sevilla, L.J., Sánchez Jordán, M.ª E. (dir.), García García, J.A. (coord.): *Estudios sobre la...*, op. cit. 316, ha recogido la posición del Tribunal Supremo, en alusión a las Sentencias de 29 de marzo de 1984 y de 20 de septiembre de 1999, STS- 201/1984, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de marzo de 1984 (Roj: STS 81/1984 - ECLI: ES:TS:1984:81) y STS- 743/1999, Sala Primera, de lo Civil, de 20 de septiembre de 1999 (Roj: STS 5614/1999 - ECLI: ES:TS:1999:5614), que han contemplado la indebida acumulación de la acción de rectificación registral a la contradictoria del dominio, ya que la propia naturaleza de la rectificación o cancelación es la consecuencia de la acción ejercitada.

⁷³ CLEMENTE MEORO, M. (2007). *Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad*. 2.ª ed. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 34. De hecho, como ha señalado ARRIETA SEVILLA, L.J. (2009). *La doble inmatriculación...*, op. cit. 45, la nota marginal en la que se haga figurar la doble inmatriculación al amparo del artículo 313 se practicará al margen de ambas inscripciones, mientras que si se realiza por medio de demanda tan solo figurará en la finca registral del demandado, sin que se refleje este hecho en la del demandante.

⁷⁴ La STS 140/1997, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de marzo de 1997 (Roj: STS 1453/1997 - ECLI: ES:TS:1997:1453) argumentó que esta situación resulta fácilmente resoluble cuando idéntico titular registral lo sea al mismo tiempo en ambas fincas, sin embargo, complejo resulta el supuesto en que así no lo sea. De ahí que, partiendo de la premisa que el Registro de la Propiedad no persigue la publicidad de dos titulares distintos frente a una misma finca —de hecho, su propósito es claramente diferente, en tanto que no se permite la existencia de dos historiales diferentes sobre una misma finca— conlleve, como han señalado reiteradamente numerosos autores, una incongruencia producida en tales casos que derivan en la contradicción de las inscripciones afectando a la eficacia protectora del Registro de la Propiedad que, en todo caso, podrá suspenderse hasta la definitiva dilucidación de cuál es la verdadera realidad jurídica, que finalmente devendrá en la cancelación y rectificación de una de las inscripciones practicadas. <http://herasabogadosbilbao.blogspot.com/2015/12/doble-inmatriculacion-y-principio-de-fe.html> (última consulta: 31/05/2018).

⁷⁵ Partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recientemente reiterada por la STS 117/2016, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de marzo de 2016 (Roj: STS 788/2016 - ECLI: ES:TS:2016:788), es conveniente resaltar la interpretación en tal sentido, de forma que en aquellas situaciones en las que se haya originado un supuesto de doble inmatriculación habrá de resolverse por medio de las reglas de Derecho civil puro, prescindiendo de las de contenido hipotecario, dado que de la existencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, que son contradictorios e incompatibles entre sí, se deriva una ruptura de los principios sobre los que se rige el mecanismo tabular, dado que la protección a uno de los titulares supondría un detrimento con respecto del otro en lo que hace referencia a los llamados principios básicos del sistema registral, el de publicidad, legitimación y prioridad. En tales términos se pronuncia el FJ 4.º. Sobre la aplicación de las reglas de Derecho Civil puro para su resolución, puede citarse también la STS 755/2009, Sala Primera, de lo civil, de 2 de diciembre de 2009 (Roj: STS 7229/2009 - ECLI:ES:TS:2009:7229).

⁷⁶ Dispone el artículo 34 LH que «*El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud*

del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente». La STS 626/2008, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2008 (Roj: STS 3309/2008 - ECLI: ES:TS:2008:3309) amparó al titular que gozase de la protección conferida por el artículo 34 LH, en tanto que de los libros del Registro no se derivaba ninguna nota al margen que permitiese dudar de la titularidad de la finca por el transmitente y sin que correspondiera al adquirente realizar una investigación para verificar la buena fe del vendedor, bastando la mera comprobación en el Registro para adquirir la titularidad en los términos que en ella figure. Con mayor contundencia se ha pronunciado, siguiendo la argumentación anterior, la STS 732/2009, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de noviembre de 2009 (Roj: STS 6854/2009 - ECLI: ES:TS:2009:6854), al señalar sobre el supuesto enjuiciado, como acertadamente había manifestado la Sentencia de instancia, la doble inmatriculación procede resolverla a favor del tercero hipotecario —FJ 3.º—.

⁷⁷ Ver a CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (2014). Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2014 (237/2014). Imprudencia de la prescripción adquisitiva ordinaria de bien inmueble. Requisitos de la «prescripción contra tabulas» en perjuicio de tercer adquirente [En línea], disponible en https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-51_Comentarios_a_las_Sentencias_de_Unificacion_de_Doctrina_Civil_y_Mercantil_Imprudencia_de_la_prescripci%C3%B3n_adquisitiva_ordinaria_de_bien_inmueble_Requisitos_de_la_%22prescripci%C3%B3n_contra_tabulas%22_en_perjuicio_de_tercer_adquirente

⁷⁸ EL artículo 609 del Código civil dispone que «La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción».

⁷⁹ Este posicionamiento no es una novedad. El Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de junio de 1970, al que remite en sus argumentos ya especificó que tratándose de esta situación «[...] el problema no puede decidirse aplicando los preceptos legales que se citan como infringidos, los cuales no operan en tal supuesto, toda vez que los efectos que la inscripción confiere a sus respectivos titulares se neutralizan al ser incompatibles entre sí, debiendo solventar el conflicto conforme a los principios y reglas del ordenamiento común, y así lo tiene establecido esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 10 de enero de 1962, 31 de marzo de 1964 y 22 de junio de 1967». Sobre la preferencia de la aplicabilidad de las normas de derecho civil puro, pueden citarse las sentencias, ya anticipadas por esta, entre otras, STS 1259/1993, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de diciembre de 1993, (Roj: STS 9283/1993 - ECLI: ES:TS:1993:9283), STS 839/1994, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de septiembre de 1994, (Roj: STS 6181/1994 - ECLI: ES:TS:1994:6181), STS 44/1997, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de enero de 1997 (Roj: STS 458/1997 - ECLI: ES:TS:1997:458), STS 1191/2000, Sala Primera, de lo Civil, de 18 de diciembre de 2000 (Roj: STS 9345/2000 - ECLI: ES:TS:2000:9345) y 11 de octubre de 2004. También la STS 985/2005, Sala Primera, de lo Civil, de 12 de diciembre de 2005, (Roj: STS 7407/2005 - ECLI: ES:TS:2005:7407).

⁸⁰ Por todas, STS 117/2016, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de marzo de 2016, (Roj: STS 788/2016 - ECLI: ES:TS:2016:788) —FJ 4.º—.

⁸¹ Ambos criterios son recogidos con carácter general por el Tribunal Supremo en aquellos casos en los que ambos adquirentes se encuentren amparados por vía del artículo 34 LH, en tanto que «[...] el principio de la fe pública registral, aspecto de la general presunción de exactitud registral, se puede aplicar a ambos litigantes y, en consecuencia, queda neutralizado [...]» (STS 408/2011, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de junio de 2011, (Roj: STS 3575/2011 - ECLI: ES:TS:2011:3575) —FJ 3.º—).

⁸² La RDGRN de 2 de diciembre de 2014 (BOE, núm. 306, de 19 de diciembre de 2014) ha recogido el criterio apuntado por la jurisprudencia, citando en tal caso la STS (Sala Primera) de 3 de junio de 2011 la cual apuntó que el criterio mantenido por la

doctrina y jurisprudencia es el de la prevalencia de la inscripción cuyo dominio sea de mejor condición según el Derecho Civil puro. También citó la Sentencia de 18 de marzo de 2000 de la que destacó que «*La doctrina que ha mantenido esta Sala, aunque no con unanimidad pero sí en las últimas sentencias, como las de 30 de noviembre de 1989 y 30 de diciembre de 1993, es la prevalencia de la inscripción de la finca cuyo dominio sea de mejor condición atendiendo al Derecho civil*». No obstante, aceptar este criterio implica, desde luego, un rechazo en cierta medida a la preferencia del historial más antiguo y, por extensión del principio del tracto, ya que con la aplicación de este criterio puede quedar reducida la influencia de este último en favor de practicar la inscripción a favor de aquel que ostentase la propiedad en un momento concreto, generando, en consecuencia, cierta situación de inestabilidad y propiciando el surgimiento de dobles inmatriculaciones, que solo podría prevenirse eficazmente en aquellos casos en los que exista una verdadera coordinación Catastro-Registro de la Propiedad.

⁸³ <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oposiciones/temas/tema-33-hipotecario-registros/> (última consulta 5/6/2018).

⁸⁴ En este sentido FANDOS PONS, P. (2014). *Los efectos jurídicos...*, op. cit. 219, citó la STS 1191/2000, Sala Primera, de lo Civil, de 18 de diciembre de 2000 (Roj: STS 9345/2000 - ECLI: ES:TS:2000:9345), a la que ya se había hecho referencia, sobre la justificación de la evolución de los criterios doctrinales. No obstante, en lo que aquí respecta es importante destacar que de su contenido se extrae una clara preferencia del primer criterio, en tanto que de tener tal consideración el segundo bastaría con que así hubiera sido contemplado legalmente. Precisamente, en su FJ 2.º a cerca de la doble inmatriculación, siguiendo la STS de 30 de noviembre de 1989, apuntó los dos criterios anteriores matizando a continuación que «[...] del examen de dicha doctrina fácilmente se deduce que la regla general la constituye el primero de los criterios jurisprudenciales, y solo para ciertos casos en los que concurran circunstancias cuyos particulares será en los que se puede aplicar el segundo criterio; y esto es así por lo simple de la cuestión, puesto que de atenernos a este segundo criterio hubiese bastado que el legislador así lo hubiere sancionado y de no hacerlo lo que no cabe pensar es que lo remitiera a un juicio ordinario declarativo, cuando la cuestión estaba resuelta con el mero examen de las hojas registrales [...]», lo que desde luego refuerza la posición mantenida en la argumentación de este trabajo.

⁸⁵ En este sentido, resulta ciertamente relevante el análisis de la relación existente entre el contenido del artículo 32 de la LH —reproducción del artículo 606 del Código civil «*Los títulos de dominio, o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero*»— y el artículo 34 LH. Si el primero garantiza la inoponibilidad de lo no inscrito, el segundo corona el principio de fe pública registral, como ha tenido ocasión de determinar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, la STS 729/1989, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de octubre, (Roj: STS 5465/1989 - ECLI:ES:TS:1989:5465) «[...] según el cual el tercero que adquiere del titular registral confiado en el contenido del Registro se inscribe, está protegido y no le afecta la posterior declaración de nulidad del derecho del transmitente (arts. 34 y concordantes Ley Hipotecaria) Y principio de inoponibilidad de lo no inscrito, según el cual al tercero que inscribe no le afectan los actos inscribibles no inscritos. [...]» —FJ 2.º—. De este modo, la relevancia del artículo 34 LH es notoria, en tanto que las presunciones de exactitud e integridad del Registro adquieren el carácter de «*iuris et de iure*», en aquellos casos en los que adquirente disfruta de su protección, como ha tenido ocasión de destacar la jurisprudencia, entre otras, las STS de 7 de diciembre de 1987 y 23 de mayo de 1989 «[...] el adquirente de buena fe a título oneroso que por haber inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad no puede afectarle lo que no resulte de un determinado contenido registral, anterior a su adquisición, aunque en el orden civil puro el título por el que dicho contenido registral tuvo acceso al Registro de la Propiedad adoleciera de vicios que lo invalidaran [...]», citadas por FERNÁNDEZ ARROYO, M. (2000). La protección registral del tercer adquirente de un heredero voluntario: un su-

puesto de excepción a la fe pública registral. *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 18, Universidad de Extremadura, 255-284.

En relación con ello, la jurisprudencia, por todas cabe citar la SAP Madrid 259/2012, de 18 de mayo de 2012 (Roj: SAP M 6888/2012 - ECLI:ES:APM:2012:6888), ha reflexionado sobre los supuestos conflictivos de doble inmatriculación en la que concurren adquirentes bajo la posición determinadas en el artículo 32 LH y otros amparados por el artículo 34 LH, de forma que la cuestión a determinar es «[...] *si quien se muestra como propietario de fincas doblemente inmatriculadas en el Registro de la Propiedad, pero que no inscribió su derecho, puede obtener reconocimiento judicial de su título frente al titular inscrito, derivando a si este puede oponer su condición de tercero hipotecario [...]*», concluyendo, en suma, que «[...] *quien no tiene inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad se encuentra frente al principio de presunción de integridad o inoponibilidad recogido en el artículo 32 LH, que protege al titular inscrito de quien no tenga debidamente inscrito su derecho, obligando a este a acreditar la incorrección tabular. [...]*» —FJ 2.º—. Ello, al considerar la imposibilidad de excluir la remisión a los principios registrales en todos los casos, determinando la necesidad de considerar la preferencia del asiento registral, de conformidad con estos últimos, cuando el conflicto se produce entre derechos que «[...] *merecen la misma protección legal de acuerdo con las normas registrales [...]*», de forma que, esta misma sentencia ha concluido que «[...] *la necesidad de prescindir de las normas registrales solo estaría justificada cuando quienes pretendan la declaración de dominio a su favor sobre la misma finca doblemente inscrita ostenten la cualidad de titulares registrales que les permita hacer valer la presunción de legitimidad del artículo 38 LH, obligando al carente de inscripción a promover la nulidad del título adquisitivo del dominio del titular inscrito [...]*» —FJ 2.º—.

⁸⁶ El contenido de dicha sentencia fue apuntado sucintamente en el análisis del artículo 209 LH realizado al inicio de este capítulo.

⁸⁷ En este caso, se parte de una inmatriculación de finca de 1894, que sujeta a un legado fideicomisario, resulta figurar inscrita a favor de los descendientes de la testadora. Tras la inscripción de la extinción del usufructo con el que contaba el último de los fiduciarios, la madre de la fideicomisaria transmitió la finca de forma onerosa por medio de compraventa formalizada en escritura pública, originándose tras ello una inmatriculación de la finca en 1924. La finca inicial inscrita en 1984 fue permutada en cuanto a una mitad indivisa en 2004, de forma que tal adquirente cumplía con los requisitos del tercer hipotecario al que se refiere el artículo 34 LH. La finca, que erróneamente accedió al registro en 1924, fue transmitida por título de herencia a favor del titular registral en 1957.

⁸⁸ Artículo 35 LH. «*A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, y se presumirá que aquel ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa*».

⁸⁹ El artículo 36 LH destaca que, frente a los titulares que ostenten la condición otorgada por el artículo 34, tan solo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a la adquisición, siempre que pueda demostrarse por el adquirente de la finca que estaba debidamente informado de la posesión de la finca a título de dueño por persona distinta a su transmitente, o cuando no habiendo podido conocer tal extremo, el adquirente consienta tal posesión durante el año siguiente a la adquisición de la finca o derecho. En relación con este artículo es conveniente citar la STS 117/2016, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de marzo de 2016, (Roj: STS 788/2016 - ECLI:ES:TS:2016:788), sobre la expresa reiteración indicada en ella que ante supuestos de doble inmatriculación resultan de aplicación las normas de Derecho civil, teniendo preferencia frente a cualquiera otras. Con todo, de la misma se deduce que tiene prevalencia la inscripción del poseedor de quien la haya adquirido por usucapión, por lo que hace preferente su derecho y no precisa reconvencción. La alegación esgrimida por el recurrente sobre la aplicabilidad del principio «*prior tempore, potior iure*» para la

determinación de la preferencia del título no puede ser aplicada ya que el mismo no opera en los casos en los que se produce la adquisición del dominio por usucapición —FJ 4.º—. De lo cual puede deducirse que este último criterio, dada su estrecha vinculación con el principio de prioridad registral —«Principio hipotecario en virtud del cual los títulos o derechos que acceden al Registro de la Propiedad prevalecen, en caso de conflicto, frente a los títulos o derechos que no han accedido al mismo o sobre los que han accedido con posterioridad, atendiendo a las fechas de presentación de los documentos en el libro diario» (Diccionario del Español Jurídico —en adelante, DEJ—)—, tan solo operara en aquellos casos en los que no se haya producido una posesión efectiva del bien, de forma que será el único titular registral válido quien frente a tal situación le resulte aplicativo, de forma que, por su contenido, deriva en la imposibilidad de que otro pueda inscribir su derecho, en suma, por aplicación de los artículos 17 y 20 LH.

⁹⁰ Este aspecto también ha sido recogido por FANDOS PONS, P. (2014). *Los efectos jurídicos...*, op. cit. 216, al apuntar que «[...] aunque las inscripciones registrales se neutralicen, el criterio para resolver entre ellas es un criterio hipotecario: el de aplicación del principio de prioridad registral en condiciones de igualdad sustantiva. Es decir, se preferirá el derecho inscrito de fecha más antigua, con la descripción de la finca que en su caso haya hecho el titular registral [...]».

⁹¹ CLEMENTE MEORÓ, M.: *Doble inmatriculación de...*, op. cit. 52-94.

⁹² La usucapición *contra tabulas* hace referencia a la adquisición por medio de la posesión quieta, pacífica, ininterrumpida y en concepto de dueño de un derecho real que conste inscrito en el Registro de la Propiedad a favor de otro titular, por tanto, por medio de la posesión podrá ser usucapido un derecho que conste en el Registro. Cuestión distinta es si esta debe ser probada o no. La jurisprudencia parece decantarse afirmativamente sobre su prueba, aspecto que quedará facilitado al inscribir el derecho en el Registro de la Propiedad en la forma prevista en el artículo 35 LH. En todo caso, la usucapición perjudica al dueño que tenga inscrito su derecho, aunque el titular registral goce de la protección que le confiere el artículo 35 LH, en cuanto a la presunción de que fue este quien ha venido poseyendo en los términos anteriormente expuestos para su consumación, al menos durante el tiempo de la inscripción registral, ya que por este medio puede adquirir su derecho sobre la finca. Si quien vaya a adquirir el bien lo hace directamente del titular registral, ostentará la condición de tercero hipotecario del artículo 34 LH. Si dicha finca ha sido usucapida por persona distinta al transmitente el conflicto se resolverá por aplicación del artículo 36 LH, en favor del quien figure en el Registro, por ser su finalidad publicitar las circunstancias que se hallen en él. En todo caso, la usucapición no podrá perjudicar al tercero hipotecario amparado bajo el artículo 34 LH, con la salvedad de que la misma se pueda consumir en los términos del artículo 36 LH. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2012). La usucapición. En J.R. De Verda y Beamonte y A. Serra Rodríguez (coords.). *Derecho Civil III*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 114 a 127.

⁹³ ARRIETA SEVILLA, L.J. (2009). Fe pública registral, ..., op. cit. 192-199, ha precisado que en una situación de doble inmatriculación en la que solo uno de los titulares cumple con la protección del artículo 34 LH no ha de tener preferencia con respecto a quien inmatricule por vez primera o adquiera a título gratuito. Y ello, por cuanto, aunque la doble inmatriculación genera una situación patológica y anómala de la que resulta un contenido contradictorio de los datos del Registro no es procedente remitirse a la figura del artículo 34 LH y a la protección del tráfico jurídico para su resolución, y ello enlazado con la falta de cuidado del Registro para su prevención, pues si no se ha tenido por parte de este último la oportuna diligencia para evitar que tal circunstancia sugiera, no parece apropiado que el Registro deba erigirse como el verdadero protector de una de las partes por el simple motivo de ostentar tal condición. Por tanto, es concluyente su afirmación cuando señala que, «[...] El tercero no puede, por tanto, apoyarse en la conducta irregular del Registrador que tenía que haber denegado la segunda inmatriculación con base a los artículos 198 y 199 LH». Ese mismo autor en, FAJARDO FERNÁNDEZ, J.

y ARRIETA SEVILLA, L.J. (2007). Fe pública registral en invasión tabular parcial de finca no inmatriculada. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, [En línea.] núm. 702,1595, disponible en, <http://dadun.unav.edu/handle/10171/41637>, concluyó que, en aquellos casos de existencia de doble inmatriculación, bien total o parcial, «[...] el artículo 34 LH no debe aplicarse y la solución será la que proporcione el Derecho Civil puro. Esto es lo que dice el Derecho vigente, lo que aplican los jueces y lo que parece más razonable [...]».

⁹⁴ Sobre la buena fe, puede verse la STS 465/2014, Sala Primera, de lo Civil, de 12 de enero de 2015, (Roj: STS 271/2015 - ECLI: ES:TS:2015:271), citada por la RDGRN de 21 de diciembre de 2015 ya aludida, al precisar que «[...] debe partirse de que la buena fe constituye uno de los presupuestos de la protección registral, pues justifica que el tercero adquirente resulte protegido en la medida en que ha contratado confiando en la información ofrecida por el Registro. Si esta razón quiebra, y el tercero es conocedor de la inexactitud del Registro respecto a la realidad jurídica, la especial protección registral carece de justificación. [...]» —FJ 4.º—.

⁹⁵ Sobre la existencia de la buena fe, puede verse también a DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V.: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2013 (1829/2013). Doble inmatriculación por error y tercero hipotecario». [En línea], disponible en, https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-37 Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Doble inmatriculación por error y tercero hipotecario, *op. cit.* 581, ha dispuesto que «[...] no siendo éticamente exigible al tercero para gozar de la protección del artículo 34 LH y en orden a integrar el requisito de la buena fe que el mismo presupone la consulta de todos los historiales de todas las fincas del Registro por una consecuencia de la lógica más elemental, la protección o no por el artículo 34 LH, en lo que de la buena fe depende, resultará del historial registral completo de la finca que adquiera cumpliendo todos los requisitos exigidos por el mencionado artículo, de las particulares circunstancias de su adquisición y de las características físicas de la finca que adquiriera. Su buena fe, a salvo lo dicho, nunca se verá afectada ni perjudicada por la existencia de una doble o múltiple inmatriculación en el Registro de la finca por él adquirida, cuyo conocimiento no le es exigible para considerarle adquirente de buena fe. Lo que confirma el párrafo primero del artículo 10.5 de la LH en la redacción que le ha dado el artículo 1 de la Ley 13/2015, de 24 de junio, como antes vimos». Igualmente, en este sentido es destacable el contenido de la propia sentencia STS 465/2014, Sala Primera, de lo Civil, de 12 de enero de 2015, (Roj: STS 271/2015 - ECLI: ES:TS:2015:271) en cuyo FJ 4.º matiza que «[...] En este sentido, debe partirse de que la buena fe constituye uno de los presupuestos de la protección registral, pues justifica que el tercero adquirente resulte protegido en la medida en que ha contratado confiando en la información ofrecida por el Registro. Si esta razón quiebra, y el tercero es conocedor de la inexactitud del Registro respecto a la realidad jurídica, la especial protección registral carece de justificación. [...]».

⁹⁶ Aunque esta STS apunte que el contenido de la fe pública registral se extenderá a la titularidad de las fincas, pero no a sus datos físicos dada la inexistencia en el momento de su publicación de un precepto que asumiera un criterio extensivo a ambos aspectos. El contenido del artículo 10.5 LH, tras la reforma operada por la Ley 13/2015, abre la puerta a extender los criterios sobre ambos al establecer que, «[...] 5. Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real. [...]».

⁹⁷ FANDOS PONS, P. (2014). *Los efectos jurídicos...*, *op. cit.* 217, apuntó la dificultad sobre la prevalencia de la inscripción más antigua, si la descripción de la finca inscrita con anterioridad no es precisa, en tanto que no pueda ubicarse geográficamente, de forma que el principio de prioridad literario decaiga en favor de la vertiente gráfica,

especialmente por la mayor seguridad jurídica que tiene si consta la identificación gráfica de una de las dos fincas doblemente inmatriculadas.

⁹⁸ En estos términos se pronuncia ESTÉBANEZ IZQUIERDO, J.M., <http://www.gruposervilegal.com/doble-inmatriculacion-finca/> (última consulta 14/1/2020).

⁹⁹ LÓPEZ MEDEL, J. (1999). La doble inmatriculación y los efectos de la informatización. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, [En línea], núm. 655,2420, disponible en, <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/doble-inmatriculacion-informatizacion-325258> (fragmento), ya amparó la necesidad de establecer un sistema informático que permitiese la debida identificación de las fincas, de modo que por este conducto se obtuviera una adecuada definición de las mismas, ligado a una correcta definición catastral de las mismas, por lo que tan solo quedaría como aspecto residual los supuestos de «[...] *falsedad, fraude documental o errores singulares* [...]». No puede olvidarse, de hecho, que este aspecto ya ha sido anteriormente anunciado, que el acceso de las fincas al Registro de la Propiedad se realizaba primitivamente en base a las declaraciones en documentos auténticos de quienes afirmaban ser sus verdaderos propietarios, sin que tal información pudiera realmente ser contrastada para verificar que sus afirmaciones gozaban de exactitud. Ciertamente, en las últimas décadas del siglo XX, se empezó a generalizar el uso de la identificación de las fincas rústicas por polígono y parcela. Todavía resulta habitual la existencia de fincas que cuenten con una descripción laxa, que apenas permita situar la finca en el ámbito físico, y menos aún que pueda producir efectos sobre una porción determinada de terreno. Y, ello además por la imposibilidad de actualización de linderos y por la falta de interés de algunos titulares registrales o propietarios de las fincas para la actualización de la descripción de las fincas.

¹⁰⁰ La coordinación del Catastro con el Registro de la Propiedad ha sido abundantemente analizada por la doctrina. En este caso, puede destacarse el análisis efectuado desde la perspectiva notarial a ESQUIROL JIMÉNEZ, V. (2020). *La descripción de la finca en la escritura pública: su concordancia con la realidad, con el Registro de la Propiedad y con el Catastro*. Madrid: Marcial Pons, así como a PUYAL SANZ, P. (2016). *El nuevo régimen de coordinación entre el catastro y el registro de la propiedad*. Valencia: Tirant lo Blanch y PUYAL SANZ, P. (2016). Las Administraciones públicas ante el nuevo régimen de coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro. *Cuadernos de derecho local*, núm. 40, 248-280. Más crítico con esta normativa ha sido BRANCÓS NUÑEZ, E. (2020). La presunción de exactitud aplicada a la coordinación Catastro-Registro. *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 89, 72-77 y BRANCÓS NUÑEZ, E. (2021). Coordinación Catastro/Registro y la supuesta presunción de exactitud (2.ª parte). *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 96, 81-85, quién en su opinión manifiesta que el Registro no es un registro de fincas, sino un registro de derechos que se lleva por fincas, por más que la finca sea el objeto del derecho, de forma que el artículo 38 LH se refiere a los derechos, no a las fincas. De forma que, en su opinión, a propósito del contenido del artículo 10.5 LH, en su nueva redacción, considera que otorga una protección menos fuerte que la dispensada para los derechos por el artículo 38 LH, en tanto que, si la presunción tuviera la misma fuerza que la establecida en él, una vez inscrita la representación gráfica, el asiento ya no podría variarse si no es mediante pronunciamiento judicial. Sin embargo, puede darse el hecho de la descoordinación, por el cambio de la configuración catastral. En suma, este autor considera criticable la Ley 13/2015, dada la existencia de tres realidades, es decir, de tres fincas, la catastral, la registral y la real, al generar disfunciones y un coste elevado para el contribuyente dado el mantenimiento de dos bases y al no surgir ninguna descripción sólida. Recalca el valor del acta de deslinde sobre el terreno como el único instrumento que puede vincular a los colindantes, considera que la salvaguardia de los Tribunales se refiere a los derechos inscribibles inscritos, no a las circunstancias de hecho de las fincas y conviene que la presunción *ius et de iure* no es posible establecerla en contra de un hecho real y constatable por más que así lo dijera el artículo 10 LH. En el mismo sentido,

puede destacarse el análisis efectuado, a propósito del articulado de la Ley 13/2015, de 24 de junio, por OLIVA IZQUIERDO, A.M. (2016). *La nueva coordinación Registro-Catastro*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

¹⁰¹ Nótese, en relación con los predios rústicos, que las diferentes equivalencias en cuanto a medidas de superficie entre los diferentes territorios peninsulares fueron unos de los motivos por el que la descripción de las fincas no fuera uniforme y resultando, con ello, dificultosa su identificación. Así, en un primer momento, se partió de la descripción de las fincas en cuando a su cabida en yugadas, equivalente inicialmente a una superficie aproximada de veinticinco áreas y quince centiáreas, posteriormente se actualizó dicha superficie a la de cuarenta y cuatro áreas y setenta y dos áreas. Esta conversión, desde luego, no facilitó la debida identificación física de las fincas, tampoco la extensión sobre la que la protección registral debería extender sus efectos. Si los datos iniciales no fueron actualizados la ubicación y extensión de la misma resultaba ciertamente difícil. Desde luego, esta circunstancia facilitaba la doble inmatriculación.

¹⁰² ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., y TORRES LANA, J.A. (1992). *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo III. Madrid: Editorial Trivium, S.A.,545.

¹⁰³ Sobre los orígenes contemporáneos del Catastro puede citarse Ley de 23 de marzo de 1.906, que establece el Catastro Topográfico Parcelario (publicada en la Gaceta de Madrid núm. 88, de 24 de marzo de 1906), cuya consulta puede hacerse a través del siguiente enlace: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1906/083/A01156-01159.pdf> (última consulta: 14/1/2020), momento en el que la representación gráfica empieza a ser relevante. En este sentido, la norma contempla para la formación del Catastro, dos fases una primera de Avance Catastral, en la que se incluirían actuaciones de planimetría y agronomía. Posteriormente, se elaboraba un Catastro Topográfico Parcelario, que incluía un levantamiento topográfico de todas las lindes, incluyendo, según el artículo 2, de la Ley, «[...] la enumeración y descripción literal y gráfica de los predios rústicos y forestales, pertenencias mineras, solares, edificios, salinas, etc. [...] con expresión de superficies, situación, linderos, cultivos, o aprovechamientos, calidades, valores, beneficios [...]». IBIZA GARCÍA-JUNCO, A.M., *La colaboración entre el Catastro y el Notariado: Experiencia y Avances*, [en línea] 5-6, disponible en, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1381083>.

¹⁰⁴ GÓMEZ GALLIGO, J. (2015). Grandes expectativas derivadas de la Ley 13/2015, de 24 de junio en relación a la coordinación del Registro de la Propiedad y del Catastro. *CT/Catastro. Monográfico. Coordinación Catastro y Registro de la Propiedad*, [En línea], núm. 84,14, disponible en <http://www.catastro.minhap.es/documentos/publicaciones/ct/ct84/CT-Catastro%2084-web.pdf>

¹⁰⁵ En tal sentido se posiciona LLOBART BOSCH, M.ª. J. (1995), Catastro y equidad fiscal, *CT/Catastro*[En Línea], núm. 25-26,8, disponible en <http://www.catastro.meh.es/documentos/publicaciones/ct/ct25-26/art1.pdf>, al afirmar, en relación con el principio de equidad, que «[...] una de las formas más equitativas de repartir «el coste de la ciudad» es hacerlo en función del valor de los bienes inmuebles, dado que el mismo refleja no solo la relativa capacidad de pago de su propietario, sino también la incidencia sobre dichos bienes de las actuaciones municipales [...] el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), que gira sobre el valor catastral de estos bienes [...] debe corresponderse, en términos de justicia distributiva, con el valor real de los citados inmuebles [...] Para la obtención del valor catastral de cada bien inmueble se analiza y estudia no solo su superficie, linderos y demás datos físicos y jurídicos, sino, y muy especialmente, su valor de mercado y otros datos económicos [...]».

¹⁰⁶ Del contenido del artículo 3.3 TRLCI se desprende una declaración de certeza y exactitud de los datos catastrales, sin perjuicio del contenido del Registro de la Propiedad que prevalecerá, en todo caso. Es decir, de su lectura se desprende una atribución de presunción de veracidad de los datos catastrales, que no supone, en ningún caso, que tengan mayores efectos que los datos contenidos en el Registro. De ser así, los efectos protectores de este último y las formalidades exigidas sobre los documentos que tienen acceso a él decaerían en favor de datos meramente administrativos instruidos sin los requi-

sitos exigidos sobre los anteriores. Este aspecto es ciertamente relevante, y fue introducido en la reforma operada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2011). Con anterioridad, tal presunción quedaba circunscrita en el ámbito catastral, ahora vinculará a todos, por lo que quien colabore con este registro administrativo con la aportación de datos podrá aprovecharse de dicha presunción legal (la obligación de colaboración de los titulares catastrales queda expresamente contemplada en el artículo 10.2 TRLCI). En todo caso, frente a dicha presunción «*iuris tantum*» cabe prueba en contrario. Ahora bien, la carga de la prueba recaerá sobre quien pretenda hacer valer su derecho. En estos términos se pronuncia el artículo 24 del Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, por el que se desarrolla el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo (BOE, núm. 97, de 4 de abril de 2006). Sin embargo, los datos contenidos en el Registro de la Propiedad gozan de presunción y eficacia frente a terceros. En relación con ello, el artículo 9.4 TRLCI dispone, en relación con las posibles discrepancias entre la titularidad catastral y el del correspondiente derecho según el Registro de la Propiedad, que en aquellas fincas en las que figure la referencia catastral en este último, la preferencia de tomarse a los efectos del Catastro la titularidad que conste en el referido Registro, si bien, con la salvedad que el documento que se pretenda incorporar al repetido registro administrativo sea posterior al título inscrito en el Registro de la Propiedad. Puede verse en tal caso, el hecho que se haya producido una transmisión del bien y, por el momento no se haya procedido a inscribir el título, y si se haya declarado la alteración de titularidad ante Catastro. Sobre la relación Catastro-Registro de la Propiedad a la vista de la Ley 2/2011, de 4 de marzo puede verse a FANDOS PONS, P. y PRADO GASCÓ, V. J. (2010). La relación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro: una propuesta equilibrada a propósito del Proyecto de Ley de economía sostenible, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 172, 2575-2594.

¹⁰⁷ En este sentido DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2012). La usucapión. En J.R. de Verda y Beamonte y A. Serra Rodríguez (coords.), *Derecho Civil III...*, *op. cit.*, 115, apuntó, siguiendo la jurisprudencia, que las certificaciones no pueden ser, en si misma, una prueba efectiva de posesión, citando las SSTS 1138/1998, Sala Primera, de lo Civil, de 2 de diciembre de 1998, (Roj: STS 7216/1998 - ECLI: ES:TS:1998:7216) y STS 525/2000, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de mayo de 2000, (Roj: STS 4266/2000 - ECLI: ES:TS:2000:4266) «[...] las certificaciones catastrales no prueban la propiedad, no pasan de ser meros indicios que necesitan conjugarse con otros medios probatorios [...] con más razón no pueden ser tampoco por sí mismas prueba de una posesión a título de dueño [...]».

¹⁰⁸ La constancia, alteración o expedición de los datos catastrales procederá por conducto del Derecho administrativo y, en su caso, del procedimiento específico habilitado al efecto, dentro de los parámetros establecidos por esta rama del ordenamiento jurídico, de forma que ello no implica prejuzgar la propiedad o demás derechos reales sobre el bien que deberá hacerse valer por los cauces oportunos. Catastro no otorga ni reconoce derechos, como tal registro administrativo, tiene la obligación de tomar constancia de las modificaciones sufridas sobre los bienes que constan en él, de acuerdo con su función fundamentalmente tributaria, pero evidentemente sus datos no producen efectos en el ámbito civil en relación con la presunción de su existencia, ni tampoco pueden ser oponibles frente a terceros. <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/2011-catastro-efectos-juridicos.htm> (última consulta: 14/1/2020).

¹⁰⁹ Precisamente a dicha sentencia se refiere el Defensor del Pueblo de España en La realidad catastral en España. Perspectiva del Defensor del Pueblo, Madrid, 2012, 94-95. Lo cierto es que, como asegura el defensor del pueblo, esta indefinición es fuente de no pocos conflictos, especialmente en esta época con un volumen tal elevado en el tráfico jurídico.

¹¹⁰ Lo cierto es que en ella se fijó como doctrina legal que «*El sujeto pasivo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles es el propietario de los mismos, cuando de dicho derecho se*

trata y dado que los efectos traslativos del dominio, en caso de otorgarse escritura pública y si otra cosa no se acuerda en ella, se producen desde su formalización, el adquirente asume en ese momento la posición de sujeto pasivo del IBI, a quien le será exigible en el siguiente devengo, con independencia de que cumpla o no con su obligación de efectuar la declaración de la variación jurídica por cambio de titular y esta tenga acceso al catastro, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad en que se haya podido incurrir por incumplimiento de dicha obligación».

¹¹¹ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel 43/2015, de 4 de noviembre de 2015, (Recurso 49/2015) (Roj: SAP TE 132/2015 - ECLI: ES:APTE:2015:132), FJ 2.º «[...] es constante y antigua la jurisprudencia sobre el valor probatorio de la certificación del catastro, tales certificaciones no son título bastante para reivindicar, pues no pasan de ser meros indicios que necesitan conjugarse con otros elementos probatorios, por lo que con más razón no pueden ser tampoco por sí mismas prueba de una posesión a título de dueño (S. 26 de mayo de 2000). [...] presupuesto para el ejercicio de la acción reivindicatoria, es la acreditación del título de propiedad, y es jurisprudencia unánime del Tribunal Supremo, ya consolidada en el siglo anterior y el que le precedió, que la constancia en el registro administrativo catastral como sujeto pasivo del impuesto de rústica o urbana, no es título bastante para reivindicar, como no puede ser de otra manera, pues se basa en la simple declaración del sujeto que se propone tributar, funcionando al margen del sistema de transmisión propio de los derechos reales previsto en el Código civil. No por ello puede dejar de considerarse como un indicio de posesión de los bienes en concepto de dueño, pues ciertamente, al margen de la tergiversación que en ocasiones se ha pretendido, para preconstituir un principio de prueba de la posesión en aras a adquirir un dominio carente de título de transmisión, o de prueba del mismo, buscando un expediente de inmatriculación, o contradecir el dominio de otro titular no poseedor o poseedor en mejor o peor posición; la coherencia moral poseyendo título, obliga a declarar al sujeto que es suyo lo que verdaderamente lo es y de tal presunción se debe partir confiando en la probidad con que se conducen las partes en la producción de actos jurídicos relevantes [...]».

¹¹² La RDGRN de 7 de abril de 2007 (BOE, núm. 94, de 20 de abril de 2017) especificó a partir de la nueva regulación, especialmente del contenido del artículo 205 LH que la referencia expresa sobre la identidad de la finca del título inmatriculación con respecto del anterior que acredite su adquisición se ceñirá a la descripción de la finca, de forma que resulta inaplicable el artículo 298 RH, en tanto que exigía que el título público de adquisición acompañase certificación catastral descriptiva y gráfica en la que constase que dicha finca se encuentra catastrada a favor del transmitente o del adquirente. Precisamente argumenta que este último precepto queda derogado por aplicación de la disposición derogatoria única de la Ley 13/2015 por cuanto, argumenta que «[...] ha de interpretarse que deben entenderse tácitamente derogados todos los artículos del Título VI del Reglamento Hipotecario, los cuales fueron dictados en ejecución del Título VI de la Ley Hipotecaria, pues la nueva redacción legal es en sí misma suficientemente detallada, y basada en principios inspiradores totalmente diferentes de los que dieron cobertura en su día a los artículos reglamentarios que, ahora, por ello, han de entenderse íntegramente derogados a partir del 1 de noviembre de 2015 [...]». Y, aunque el supuesto concreto que la motiva es consecuencia de una titularidad en investigación, lo cierto es que parece extenderse su aplicabilidad en todos aquellos otros de falta de identidad entre la titularidad catastral y los otorgantes del título inmatriculador. En este sentido, DELGADO RAMOS, J. (2016). Objetivos que proclama y reformas que introduce la Ley 13/2015 de reforma de la legislación registral y catastral. Estudio especial de la coordinación y descoordinación entre Catastro y el Registro de la Propiedad. El desarrollo y aplicación práctica de la Ley. *Revista de Derecho Civil*. [En línea], vol. III, núm. 1,152, disponible en, <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/192> ya apuntó la falta de justificación que para inmatricular una finca, en el título al menos el transmitente o el adquirente debiera coincidir con el titular catastral, matizando que, si bien es cierto que de la anterior regulación del

artículo 205 LH, dada la facilidad para acceder a la inmatriculación, se exigía por vía del artículo 298 LH esta concordancia como mero indicio probatorio y, en el mismo sentido, precisó que «[...] tampoco nos parece suficientemente justificado que el hecho de ser titular catastral, condición a la que se puede acceder incluso sin haber aportado título público de dominio, le otorgue a quien la ostenta, en la práctica, el derecho de vetar e impedir que el propietario que sí acredita su titularidad civil con al menos dos títulos consecutivos pueda inmatricular la finca a su nombre en el Registro de la Propiedad. [...]». Por ver esta, si este aspecto va a tener una incidencia directa sobre las nuevas inscripciones practicadas frente a otras que previamente consten en el Registro, pero sin una representación gráfica que complete su descripción literal, de forma que no resulte impeditivo de las anteriores y sobre las que se puede derivar una doble inmatriculación, precisamente por la imposibilidad de su identificación, en tanto que, el elemento persuasivo que implicaba el requisito de la identidad con la titularidad catastral decae, facilitando la inmatriculación sobre la base de dos títulos, aunque entre ellos debe mediar un año.

¹¹³ Aunque, según se desprende de la RDGRN de 19 de julio de 2018 (BOE, núm. 90, de 7 de enero de 2018), parece que el alcance de la consulta de los datos catastrales a los que se refiere tal precepto se extiende tan solo a la consulta de la cartografía catastral, tanto la actual como la histórica, sin que ello implique el acceso a otra información contenida en las bases de datos catastrales, lo cierto es que la RDGRN de 2 de agosto de 2016 (BOE, núm. 211, de 1 de septiembre de 2016), reguladora de la aplicación informática registral, no incluye un pronunciamiento expreso sobre este último aspecto, de forma que igualmente podría ser comprensiva de ellos.

¹¹⁴ Sobre la coordinación entre ambas instituciones puede verse a FANDOS PONS, P. (2017). El análisis registral de coordinación gráfica de la finca registral con la parcela catastral. *GEOSIG reg 2014: Servicio de bases gráficas*, [En línea], núm. 11, disponible en, http://www.registradores.org/wp-content/revista/geosig/pdf/GEOSIG_11.pdf, 4-13. En este sentido, también puede verse FANDOS PONS, P. (2018). Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (I): la vertiente geográfica del principio de rogación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 768, 1893-1937, FANDOS PONS, P. (2019). Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (II): el principio de legalidad. La calificación registral gráfica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 773, 1249-1297, FANDOS PONS, P. (2020). Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (III): el principio de inscripción gráfica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 195-244, FANDOS PONS, P. (2020). Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (IV): el principio de especialidad registral gráfica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 781, 2665-2712 y FANDOS PONS, P. (2021). Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (V): el principio de tracto sucesivo registral gráfico. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 781, 913-963.

¹¹⁵ Artículo 348 del Código civil. «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla».

¹¹⁶ Ver, por la importancia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel 43/2015, de 4 de noviembre de 2015, (Recurso 49/2015) (Roj: SAP TE 132/2015 - ECLI: ES:APTE:2015:132), con origen en un juicio ordinario de propiedad sobre terrenos incluidos en un Monte de Utilidad Pública, previsto en la norma forestal, «[...] SEGUNDO.- No comparte este Tribunal la valoración de la prueba efectuada por el Juez de Instancia. Debe partirse como premisa respecto a la identificación de la finca reivindicada que para llenarlo no es bastante su descripción en el título presentado con la demanda de reivindicación, sino que se requiere que la finca se determine por los cuatro puntos cardinales, claro que estos deben venir determinados exactamente con toda precisión, ha de fijarse con precisión la situación, cabida y linderos de la finca, demostrando que el predio reclamado es al que se

refieren los títulos (SS. 2 de mayo de 1963, 6 de octubre de 1964, 11 de diciembre de 1973, y 14 de mayo de 1974, etc.) Mas, la identificación no consiste solo en describir la cosa fijando con precisión la cabida y los linderos, sino que además, ha de ser demostrado sin lugar a dudas que el predio topográficamente es el mismo a que se refieren los documentos y demás medios de prueba (SS. 8 de abril de 1976, 31 de octubre de 1983, 25 de febrero de 1984), es decir, la identificación exige un juicio comparativo entre la finca real y la titular (SS. 15 de febrero de 1990, 25 de noviembre de 1991 y 1 de abril de 1996)».

¹¹⁷ ARRIETA SEVILLA, L.J. (2009). *La doble inmatriculación...*, *Op. cit.*, 296.

¹¹⁸ Siguiendo a MIRANDA HITTA, J.S. (1998). La coordinación de las fuentes de información territorial. Análisis de las implicaciones de la Ley 13/96 desde la perspectiva catastral. *CT Catastro*, [En línea] n.º. 32,15, disponible en, <http://www.catastro.meh.es/documentos/publicaciones/ct/ct32/art1.pdf>, sobre la referencia catastral que, «[...] basada en coordenadas geográficas y permite la perfecta localización de la finca tan solo mediante la mera utilización de la información contenida en sí misma, sin necesidad de descripciones o indicaciones complementarias [...]».

¹¹⁹ De forma que, este código alfanumérico identificador «[...] permite situar el inmueble inequívocamente en la cartografía oficial del Catastro [...] constando asignada una referencia catastral a una finca ya inmatriculada, no es admisible, por aplicación de los principios hipotecarios de prioridad y tracto sucesivo, que pretenda atribuirse la misma referencia a otra finca y, menos aún, la inscripción de la representación gráfica [...]», como así reflejó la RDGRN de 5 de julio de 2018 (BOE, núm. 74 de 19 de julio de 2018) —FJ 5.º—.

¹²⁰ IBIZA GARCÍA-JUNCO, A.M., *El Catastro español en el Registro de la Propiedad*, [En línea]18, disponible en, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4175704>.

¹²¹ IBIZA GARCÍA-JUNCO, A.M., *La colaboración entre...*, *op. cit.* 9.

¹²² *Ídem.* 10.

¹²³ Esta obligación contenida en el artículo 50.1 de la Ley 13/1996 se encuentra actualmente regulado en el artículo 38 del TRLCI.

¹²⁴ Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

¹²⁵ IBIZA GARCÍA-JUNCO, A.M., *La colaboración entre...*, *op. cit.* 4.

¹²⁶ La Disposición final cuarta de la Ley 13/2015, de 24 de junio, dispone «A los efectos de la aplicación de la presunción a que se refiere el apartado 5 del artículo 10 de la Ley Hipotecaria, no se considerará suficiente la comprobación o validación que se hubiera realizado por los Registradores, conforme al segundo inciso de la regla 1.ª del apartado Cinco del artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, a los solos efectos de hacer constar la referencia catastral al margen de la inscripción de la finca».

¹²⁷ Así, esta misma resolución dispuso que «[...] como ha puesto de relieve esta Dirección General [...] la referencia catastral de la finca solo implica la identificación de la localización de la finca inscrita en cuanto a un número de referencia catastral, pero no que la descripción tenga que ser concordante con la del Catastro ni que se puedan inscribir en tal caso todas las diferencias basadas en certificación catastral descriptiva y gráfica. [...] no sustituye a la descripción de la finca que figura en el Registro ni implica una incorporación inmediata del cambio de naturaleza, de linderos y superficie catastrales en el folio registral. Y más recientemente ha señalado esta Dirección General (Resolución de 6 de mayo de 2016) que «la constancia en el Registro de los datos de identificación catastral es una circunstancia más de la inscripción, conforme al artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria. La certificación catastral permite la constancia registral de la referencia catastral que es el código alfanumérico identificador que permite situar el inmueble inequívocamente en la cartografía oficial del Catastro. Debe recordarse que la constancia registral de la referencia catastral conforme al artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria tendrá unos efectos limitados ya que en ningún caso puede equipararse con la coordinación gráfica a la que se refiere el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, no supone la inscripción de la representación gráfica ni la rectifica-

ción de la descripción literaria conforme a la misma (art. 9.b) párrafo séptimo). Para ello sería necesario que se hubiese solicitado la inscripción de tal representación gráfica y que se tramite el procedimiento correspondiente [arts. 9.b) y 199 de la Ley Hipotecaria] [...]».

¹²⁸ MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA, *Guía de la certificación catastral descriptiva y gráfica* [En línea], disponible en, http://www.catastro.meh.es/ayuda/Guia_Certificacion_Catastral_Descriptiva_Grafica.pdf

¹²⁹ En este sentido la RDGRN de 21 de abril de 2016 (BOE, núm. 133, de 2 de junio de 2016) no permite la aportación de otra certificación que no sea la descriptiva y gráfica para la inmatriculación, a la vista del contenido del artículo 205 LH.

¹³⁰ Artículo 51. TRLCI, a propósito de los datos protegidos dispone que tienen tal consideración «*A efectos de lo dispuesto en este título, [...] el nombre, apellidos, razón social, código de identificación y domicilio de quienes figuren inscritos en el Catastro Inmobiliario como titulares, así como el valor catastral y los valores catastrales del suelo y, en su caso, de la construcción de los bienes inmuebles individualizados*».

¹³¹ En tal sentido es de aplicación la reciente Circular 02.03/2017/P, de 27 de octubre, sobre el acceso a la información catastral.

¹³² Tal es el caso de la RDGRN de 26 de febrero de 2013, previamente citada.

¹³³ El artículo 53.7 de la Ley 13/1996 ya establecía que, en lo sucesivo no procedería inmatriculación de ninguna finca en el Registro si no se aportaba juntamente con el título que se pretendiera inmatricular certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción que de la misma se obtenga en el referido título. En este sentido, puede verse la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y FÉ Pública de 14 de octubre de 2020, ya citada.

¹³⁴ Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo, por el que se modifica el Reglamento Hipotecario en materia de informatización, bases gráficas y presentación de documentos por telecopia (BOE, núm. 80, de 3 de abril de 1990).

¹³⁵ En ello se justifica el Real Decreto. Puede verse a ARRIETA SEVILLA, L.J. (2009). *La doble inmatriculación...*, *op. cit.*, 319.

¹³⁶ Esta cartografía catastral se aportará en soporte papel o digitalizado (apartado primero, del artículo 398.b) RH).

¹³⁷ No puede obviarse que, como consecuencia de la inestabilidad política vivida en España durante el siglo XX, y especialmente durante la Guerra Civil española (1936-1939), un buen número de documentos públicos desaparecieron lo que impidió que pudiera continuarse con el historial registral, dando lugar a nuevas inmatriculaciones de fincas que ya figuraban en el Registro. En estos términos se pronuncia el texto normativo, en cuanto a la necesidad de su aprobación.

¹³⁸ Instrucción de 2 de marzo de 2000 (BOE de 21 de marzo de 2000), en la que se establecía la necesidad de establecer una coordinación catastral y registral que permitiese definir con exactitud sobre el territorio, lo que significaría dotar de mayor seguridad jurídica al tráfico inmobiliario. ARRIETA SEVILLA, L.J. (2009). *La doble inmatriculación...*, *op. cit.*, 320 ha destacado el siguiente contenido del texto «*[...] una de las necesidades tradicionalmente sentida en el ámbito del Registro de la Propiedad ha sido el poder identificar las fincas objeto de tráfico jurídico mediante un soporte cartográfico que permita su precisa delimitación territorial, robusteciendo la seguridad jurídica de las transmisiones patrimoniales*».

¹³⁹ Ley 24/2001, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

¹⁴⁰ Cuando lo que se pretenda sea el acceso por vez primera de una finca al Registro, o vayan a realizarse operaciones de ámbito urbanístico, entre otros, véase parcelación, reparcelación, u otras alteraciones del terreno como 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 acompañará al título completando con ello la descripción de la finca, y en el que deberán

figurar además, si constaren, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices, en virtud de lo dispuesto en la letra b) del artículo 9 LH, que se incorporarán como un elemento más de la descripción de la finca. La representación antedicha podrá cumplimentarse con carácter voluntario cuando se practique la inscripción, o bien como una operación registral específica. Serán de aplicación los requisitos contemplados en el artículo 199 LH, en ambos casos, del que se deriva la incorporación al folio real de la representación gráfica tras ser notificados a los titulares registrales del dominio de la finca, si ellos no hubieran iniciado tal procedimiento, así como a los titulares registrales de las fincas colindantes, que en todo caso será por medio de notificación personal. Tras dos intentos, si no se hubiera logrado o se desconociera el domicilio se practicará por medio de anuncio en el Boletín Oficial del Estado.

¹⁴¹ En similares términos se pronuncia FANDOS PONS, P. (2014). *Los efectos jurídicos...*, *op. cit.* 215-216, al puntualizar que «[...] Con la identificación de la base gráfica de la finca registral la posibilidad de doble inmatriculación de fincas, quedará como un fenómeno residual, reduciendo a inscripciones antiguas, con descripciones literarias no georreferenciadas, pero ya no podrán producirse nuevas dobles inmatriculaciones en el Registro de la Propiedad y la identificación gráfica de la finca, puede hacer aflorar las dobles inmatriculaciones latentes. [...]».

¹⁴² Por remisión del artículo 198 de la Ley Hipotecaria, la concordancia entre ambos se podrá llevar a efecto por la subsanación de la doble o múltiple inmatriculación. En efecto, con la constancia en el Registro de la referencia catastral, o al menos de ciertos datos identificativos sobre el plano catastral —especialmente en fincas rústicas los de polígono y parcela—, aunque exista una nueva descripción de la misma, resultará más complejo la existencia de una doble inmatriculación. En este sentido, todavía resulta habitual poder encontrarse un buen número de fincas sin una identificación catastral, lo que dificulta en gran medida su identificación física, especialmente en los casos en los que no se ha reanudado el tracto, planteando ciertos problemas en cuanto a conflicto de titularidades. El artículo 198 LH, en su nueva redacción dada tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015, describe que la concordancia se podrá realizar, además del ya citado, mediante los siguientes procedimientos, entre los que se encuentran la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro, el deslinde registral de la finca, la rectificación de su descripción, la inscripción tanto de plantaciones, edificaciones, instalaciones, como de otras mejoras incorporadas a la finca, la inmatriculación de fincas a que no lo estén a favor de ninguna persona, las actuaciones registrales derivadas de bienes de las Administraciones públicas, así como en los expedientes de reanudación del tracto sucesivo interrumpido, y la liberación registral de cargas o gravámenes extinguidos. ARROYO, E. (2015). Una reforma decisiva para lograr la coordinación Catastro-Registro, *Revista Escritura Pública*, Mayo/Junio [En línea], 28, disponible en, http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-140214.pdf

¹⁴³ Cuando se pretenda incluir la representación gráfica de la finca al folio real, habrá de acompañarse junto con el título inscribible la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, con la excepción de que se prevea la posibilidad de presentarse una representación gráfica georreferenciada alternativa. Esta última deberá respetar la delimitación de la finca matriz o del perímetro del conjunto de las fincas aportadas que resulte de la cartografía catastral, como así lo expresa la redacción del citado precepto legal. Cuando la misma, se proyectase sobre parte de parcelas catastrales, habrá de indicarse las partes que resulten afectadas y no afectadas. Ahora bien, el conjunto de las citadas se adecuará a la delimitación resultante de la cartografía catastral, debiendo, además, acompañarse de cuantos requisitos en el ámbito técnicos permitan su incorporación al Catastro, tras la práctica de la inscripción. La representación gráfica aportada será objeto de incorporación al folio real de la finca, con el condicionante de que el registrador no tenga dudas sobre la identificación entre esta representación y la finca inscrita, en cuyo caso deberá resolver la

discordancia, aunque sea en parte de ella, con otra representación gráfica que ya hubiere sido incorporada, además de la posible afección de bienes de dominio público, sobre los que se proyectare la citada representación. La correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca se entenderá que se ha producido cuando ambas delimitaciones contemplen un mismo terreno y las diferencias de cabida, si es que existieran, no excedan de un diez por ciento de la superficie que conste inscrita y siempre que no impidan la correcta identificación de la finca inscrita ni su discordancia en relación con los colindantes (art. 199.2 LH).

¹⁴⁴ Resolución de 26 de octubre de 2015, conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad, a propósito de lo dispuesto en el 10.6 LH.

¹⁴⁵ Este intercambio de información se ha visto reforzado por la adopción de determinadas especificaciones, contempladas en la Resolución de 7 de octubre de 2020, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución 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 (BOE, núm. 269, de 10 de octubre de 2020). Así, por ejemplo, cítese que en el ámbito de las simples discrepancias geométricas, sobre las que pueden ocasionarse situaciones de doble inmatriculación, para su rectificación prevé que, en sede registral, deban utilizarse los procedimientos determinados para tal fin por la legislación hipotecaria, determinando las parcelas implicadas y afectadas y con consentimiento expreso de los propietarios, debiendo notificarse la nueva geometría a los titulares registrales y catastrales.

¹⁴⁶ Las representaciones gráficas presentadas y no inscritas y las inscritas se pueden consultar en el siguiente enlace: <http://geoportal.registradores.org/geoportal/index.html>

¹⁴⁷ Cuando se haya procedido a practicar la coordinación en las correspondientes certificaciones catastrales descriptivas y gráficas se hará constar tal circunstancia, con expresión de la finca a la que se refiere y la fecha en que se produjo.

¹⁴⁸ Ambos procedimientos tendrán como propósito rectificar la correspondiente descripción catastral o registral de las parcelas o fincas afectadas.

¹⁴⁹ Téngase en cuenta el contenido de la disposición adicional primera de la Ley 13/2015 a propósito de la aplicación informática registral, disponiendo que a los efectos de que la DGRN pueda homologar su existencia habrá de permitir, por medio de los servicios de mapas web en línea, que se pueda enlazar e inter operar visualmente, además de realizar análisis de contraste, con la cartografía elaborada por la Dirección General del Catastro, así como con otras cartografías o planimetrías, debidamente georreferenciadas y aprobadas oficialmente por las diferentes Administraciones que tengan competencias en ordenación territorial, dominio público, urbanismo y medioambiente, y que resultaran trascendentes para el conocimiento de la ubicación y delimitación de los bienes de dominio público, además del alcance y contenido de las limitaciones públicas al dominio privado.

¹⁵⁰ Precisamente esta referencia explícita sobre la objetividad de los datos catastrales queda nítidamente expuesta en el artículo 22 TRLCI al precisar que «*El valor catastral es el determinado objetivamente para cada bien inmueble a partir de los datos obrantes en el Catastro Inmobiliario y estará integrado por el valor catastral del suelo y el valor catastral de las construcciones*».

(Trabajo recibido el 12 de abril de 2021 y aceptado para su publicación el 4 de octubre de 2021)

Conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar¹

Dominical and possession disputes caused by the family home right of use assignment

por

IGNACIO FERNÁNDEZ CHACÓN
*Profesor ayudante Doctor de Derecho civil
Universidad de Oviedo*

CLARA GAGO SIMARRO
*Profesora ayudante Doctora de Derecho civil,
Universidad de Oviedo*

RESUMEN: La atribución del uso de la vivienda familiar suscita numerosos problemas desde el punto de vista dominical y posesorio, tanto entre los cónyuges como con terceros, vistos los dispares títulos jurídicos en virtud de los cuales los cónyuges venían ocupando dicha vivienda antes de la crisis matrimonial. El régimen jurídico aplicable al derecho de uso difiere en función de si la vivienda es propiedad o copropiedad de los cónyuges o de un tercero. A la hora de dirimir los derechos dominicales y posesorios que asisten tanto a los cónyuges como a los terceros implicados en tales situaciones se discute la naturaleza jurídica de dicho derecho de uso, su trascendencia jurídico-real y su oponibilidad a terceros, así como la interrelación existente entre el régimen aplicable a la vivienda vigente el matrimonio y tras la crisis matrimonial.

Aunque el enfoque de esta problemática experimentó un antes y un después tras la STS plenaria de 18 de enero de 2010, los razonamientos en ella adoptados por el Alto Tribunal continúan planteando numerosos interrogantes e inducen a confusión en no pocos aspectos, déficit que se aprecia, igualmente, en los pronunciamientos de la DGRN sobre este particular y cuya solución vuelve a estar en la palestra tras la reciente reforma operada en el artículo 96 del Código civil el pasado mes de junio en virtud de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Por ello, resulta necesaria la formulación de una teoría unitaria sobre la naturaleza del derecho de uso y las implicaciones jurídico-reales que dicho derecho entraña tanto para el cónyuge o cónyuges titulares de la vivienda como para los terceros propietarios, fruto de la cual dirimir de forma coherente la solución aplicable en cada una de la hipótesis que se suscitan en la práctica judicial, no solo en sede de *lege lata* sino también de *lege ferenda*, caso de estimar necesaria una nueva reforma legislativa en la línea de la formulada en la Propuesta de Código civil o en algunos Derechos forales.

ABSTRACT: The assignment of the use of the family home raises many problems from a dominical and possessory point of view both between the spouses and with third parties, considering the different legal titles by virtue of which the spouses had been occupying said home before the matrimonial crisis. The legal regime applicable differs depending on whether the house is owned or co-owned by the spouses or by a third party. The legal nature of the right of use, its legal significance from the perspective of property rights and its enforceability against third parties, as well as the interrelation between the regime applicable to the home during the marriage and after the matrimonial crisis, are discussed in order to clarify the ownership and possessory rights of both spouses and third parties involved in such situations. Although the approach to this problem has changed after the STS 18 January 2010, the reasoning adopted in said ruling raises multiple questions and leads to confusion in many aspects, a deficit that can also be seen in the decisions of the DGRN on this matter. Therefore, it is necessary to develop a unitary theory on the nature of the right of use and the legal implications that such right entails for the spouse or spouses as well as for the third party owners of the house, in order to clarify the solution applicable in each of the hypotheses that arise in Court practice, not only de lege lata but also de lege ferenda, if a legislative reform such as the one contained in the Civil Code Proposal is considered as necessary.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar. Atribución del derecho de uso. Oponibilidad a terceros.

KEY WORDS: *Family home. Right of use assignment. Enforceability against third parties.*

SUMARIO: I. INEXISTENCIA DE UN PRETENDIDO DERECHO AUTÓNOMO DERIVADO DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.—II. VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DE LOS CÓNYUGES: 1. PROPIEDAD EXCLUSIVA DE UNO DE LOS CÓNYUGES: A) *La discutida naturaleza jurídica del derecho de uso: trascendencia práctica.* B) *Limitación dispositiva del cónyuge titular de la vivienda antes y después de la crisis matrimonial.* C) *En particular la hipoteca de la vivienda familiar.* 2. VIVIENDA FAMILIAR PERTENECIENTE A AMBOS CÓNYUGES.—III. VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DE UN TERCERO: 1. POSESIÓN DE LA VIVIENDA TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL. 2. POSESIÓN DE LA VIVIENDA VIGENTE EL MATRIMONIO. 3. MECANISMOS DE DEFENSA DEL TERCERO PROPIETARIO.—IV. VIVIENDA FAMILIAR COPROPIEDAD CON UN TERCERO.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INEXISTENCIA DE UN PRETENDIDO DERECHO AUTÓNOMO DERIVADO DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La confrontación del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido *ex artículo 96 del Código civil* tras la crisis matrimonial con los derechos tanto del cónyuge o cónyuges titulares como de terceros ha generado tradicionalmente no pocas controversias en el ordenamiento jurídico español. Y es que los supuestos que respecto a dicha confrontación se plantean son muy heterogéneos entre sí, dependiendo del sujeto titular de la vivienda (uno de los cónyuges, ambos, uno o ambos con un tercero, o solo un tercero), así como de su concreción temporal (antes o después de la atribución del uso de la vivienda familiar).

La disparidad de supuestos con la que lidiar contrasta con la parca regulación acerca de las implicaciones que la atribución del uso de la vivienda familiar entraña, limitada a lo dispuesto en el artículo 96.IV del Código civil (actual artículo 96.3 tras la reforma operada por la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica), en el artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y a las referencias que a la vivienda habitual de la familia se contienen en el artículo 91 del Reglamento Hipotecario. Ese mutismo del legislador estatal, al que se une una abundante

y dispar jurisprudencia y doctrina en constante evolución, contrasta con la regulación más detallada prevista en algunos de los derechos forales (como el catalán o el navarro), en los que se precisan con mayor detalle las consecuencias jurídico-reales asociadas a la atribución del uso de la vivienda familiar.

Como punto de partida, la formulación de reglas precisas encaminadas a solucionar los posibles conflictos posesorios y dominicales derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar requiere trazar una clara diferenciación entre dos grandes grupos de casos: aquellos en los cuales la vivienda familiar es propiedad exclusiva del cónyuge no beneficiario del derecho de uso —único supuesto para el que está pensando el artículo 96.IV del Código civil al referirse al cónyuge no titular— o pertenece en copropiedad a ambos cónyuges; y aquellos otros en los que la vivienda familiar pertenece a un tercero². Y ello porque la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar se encuentra condicionada, a su vez, por el tipo de derecho que los cónyuges tenían con anterioridad a la atribución judicial³, y no a la inversa⁴.

Adoptar un enfoque diferente equivaldría a reconocer que la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar adoptado *ex* artículo 96 del Código civil implica la transformación del derecho previo de ocupación de la vivienda de los cónyuges en un derecho nuevo, cuyo titular exclusivo sería el cónyuge beneficiario y cuyo fundamento último no sería otro que la resolución judicial o acta notarial que determina o confirma la atribución del uso de la vivienda⁵.

Así pues, el derecho de uso debe enjuiciarse y ser analizado como una mera proyección del título jurídico por el que ambos cónyuges o el cónyuge titular y no beneficiario tenían en su poder sobre la vivienda familiar⁶, a saber: propiedad exclusiva del cónyuge no beneficiario del uso⁷ o de un tercero, propiedad común, copropiedad de ambos cónyuges o copropiedad de ambos o de uno solo de los cónyuges con un tercero o sencillamente usufructo, uso, habitación, arrendamiento, comodato o mero precario. De hecho, dicho enfoque es el acogido por el Tribunal Supremo, en particular a partir de sus Sentencias de unificación de doctrina de 14 de enero de 2010 y 18 de enero de 2010. Como precisa la segunda de las sentencias referidas: «...en el tema de la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, deben tenerse en cuenta dos tipos de situaciones que se pueden producir (...): 1.º Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial (...). 2.º Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio (...) debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho

de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios» (FJ 5.º).

Como puede apreciarse, la sentencia transcrita diferencia claramente entre los supuestos en los que la vivienda familiar pertenece en exclusiva al cónyuge beneficiario o a ambos cónyuges de aquellos otros en los que dicha vivienda pertenece total o parcialmente a un tercero, para a continuación desglosar los efectos que, en función de tales supuestos, cabe reconocer a la resolución judicial o notarial que atribuye el derecho de uso⁸.

De acuerdo con el planteamiento adoptado por el Tribunal Supremo en las sentencias referidas, únicamente cuando la vivienda es propiedad de uno o ambos cónyuges la resolución de separación o divorcio tiene algún tipo de virtualidad transformadora de la situación jurídica preexistente de estos con respecto a su uso⁹. Por el contrario, si la vivienda familiar es propiedad de un tercero la decisión judicial sobre el uso no puede *crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes* cuando constante el matrimonio el uso de la vivienda tenía su origen en un contrato, ni operar subrogación alguna en el contrato preexistente a favor del cónyuge beneficiario del derecho de uso¹⁰.

La única excepción a la referida imposibilidad de subrogación contractual «forzosa y automática» se da cuando la vivienda familiar había sido arrendada por el cónyuge no beneficiario del derecho de uso, pues la modificación de la relación contractual preexistente vigente el matrimonio cuenta con una regulación *ex professo* en el artículo 15 LAU, en el que se precisan los efectos de la decisión judicial en torno al uso respecto al tercero propietario, lo que aconseja su exclusión del objeto de estudio del presente trabajo. A los efectos que aquí interesan, basta mencionar que el artículo 15 LAU articula una subrogación *ex lege* del contrato de arrendamiento tras la crisis matrimonial, cuyo titular pasa a ser el cónyuge beneficiario del derecho de uso siempre que se den los requisitos previstos en el apartado segundo de dicho precepto¹¹.

No obstante, la diferenciación de la solución que debe darse a los conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar en atención a la titularidad de la vivienda es insuficiente a efectos prácticos. Tanto si la vivienda pertenece a uno o ambos cónyuges como si esta pertenece a un tercero, son múltiples las dudas e interrogantes que deben resolverse en función de las circunstancias concurrentes en cada supuesto particular, a los que la referida Sentencia de 18 de enero de 2010 trata de dar respuesta de la forma más detallada posible, si bien orillando algunas cuestiones importantes. Cuestiones sin cuyo tratamiento la *cuadratura del círculo* en torno a las repercusiones de la atribución del uso de la vivienda familiar tanto respecto a los propios cónyuges como respecto a terceros quedaría huérfana de justificación.

En particular, cuando la vivienda pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges y el uso se atribuye al cónyuge no titular, el artículo 96 del Código civil introduce una limitación al poder de disposición del cónyuge titular. El alcance de dicha limitación dispositiva prevista en el artículo 96 del Código civil requiere ulteriores consideraciones, como también las merece la oponibilidad o inoponibilidad del derecho de uso frente a terceros adquirentes a consecuencia de los actos dispositivos realizados sobre la vivienda familiar, así como frente a los titulares de derechos reales anteriores o posteriores a la atribución del uso.

También plantean sus propias peculiaridades e interrogantes los casos en los que la vivienda es común o pertenece en régimen de copropiedad a ambos cónyuges, cual acontece con la posibilidad de uno de ellos de solicitar la división de la cosa común sin consentimiento del otro o, nuevamente, con la oponibilidad del derecho de uso frente a terceros adquirentes. A ello se suma, además, la problemática particular de los supuestos en los que la vivienda familiar es copropiedad de uno o ambos cónyuges junto a un tercero, en particular por lo que respecta a la situación de dicho tercero una vez se produce la crisis matrimonial y se atribuye judicialmente el uso al cónyuge no copropietario.

Finalmente, cuando la vivienda familiar pertenece en exclusiva a un tercero el alcance que la atribución de su uso *ex* artículo 96 del Código civil puede tener frente a dicho tercero puede verse no pocas veces enturbiado, en atención a las dudas que planean sobre el título previo en virtud del cual se ocupaba la vivienda vigente el matrimonio. Concretamente, se trata de la diferenciación entre las figuras de comodato y precario antes y después de la crisis matrimonial, pero también —y más importante a nuestro modo de ver— de la procedencia en tal caso de un pronunciamiento judicial acerca de la atribución del uso de la vivienda familiar, vista la imposibilidad de comparecencia del tercero en el proceso matrimonial y la inexistencia de comprobación alguna de la titularidad de la vivienda por los tribunales de justicia en el transcurso de dicho proceso.

De ahí la necesidad de proceder al análisis en detalle de cada uno de los particulares supuestos de titularidad de la vivienda familiar y los problemas que en cada uno de ellos se plantean, tarea a la cual se dedican las páginas que siguen de acuerdo con la sistemática acogida por el Tribunal Supremo, es decir, distinguiendo entre los supuestos de propiedad/copropiedad de los cónyuges de la vivienda y de pertenencia de dicha vivienda a un tercero exclusiva o conjuntamente con uno o ambos cónyuges.

II. VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DE LOS CÓNYUGES

La Sentencia plenaria de 18 de enero de 2010 sistematiza dentro de un mismo bloque los casos en los que la vivienda familiar pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges o conjuntamente a ambos a efectos de determinar la naturaleza y efectos que la atribución del uso de la vivienda familiar entraña (tanto frente a terceros como entre los propios cónyuges), a pesar de que los problemas que suscitan ambos supuestos gozan de autonomía propia.

El derecho de uso de la vivienda familiar no puede tener las mismas connotaciones cuando el cónyuge beneficiario no es propietario de la vivienda que cuando la vivienda le pertenece en parte. Mientras en el primer caso el derecho de uso de la vivienda familiar deriva de la resolución judicial o del convenio que atribuye dicho uso *ex* artículo 96 del Código civil, en el segundo el derecho de uso se superpone al derecho dominical de cada cónyuge, lo que obliga a determinar la interacción del derecho de uso con las facultades que a ambos cónyuges les corresponden en su condición de comuneros y aconseja el análisis de ambos supuestos de forma diferenciada.

1. PROPIEDAD EXCLUSIVA DE UNO DE LOS CÓNYUGES

La atribución del uso de la vivienda familiar regulada en el artículo 96 del Código civil se limita, *stricto sensu*, a los supuestos en los que la vivienda familiar pertenece en exclusiva al cónyuge no beneficiario del uso, como se infiere del juego terminológico de dicho precepto cuando establece que *para disponer de la vivienda cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial*¹².

Cuando el cónyuge al que se le atribuye el uso de la vivienda familiar es el propietario en exclusiva de la vivienda —bien porque ya lo era *ab initio* o porque se le adjudica como consecuencia de la liquidación del régimen económico matrimonial— el derecho de uso carece de sentido, pues dicho derecho queda comprendido dentro de las facultades dominicales¹³, motivo por el cual la Dirección General de los Registros y del Notariado rechaza su posibilidad de inscripción registral en tal caso¹⁴.

La resolución judicial o notarial que atribuye el derecho de uso sobre la vivienda familiar al cónyuge no propietario implica la mutación de la posición jurídica previa a la crisis matrimonial del cónyuge titular respecto a dicha vivienda en un doble sentido: a partir de ese instante queda desprovisto de su derecho de uso, al haberse atribuido a su expareja; y, además, según el tenor literal del artículo 96, ve limitadas sus facultades de disposición sobre la vivienda en cuestión, de la que según la tesis dominante no puede disponer sin el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso o de

la correspondiente autorización judicial¹⁵. No obstante, tanto la naturaleza jurídica del derecho de uso que el cónyuge no titular pasa a ostentar sobre dicho inmueble como el alcance de la limitación del poder de disposición del cónyuge titular resultan aspectos discutidos, no exentos de notables lagunas e incoherencias, al menos tal y como han venido sido abordados a lo largo de los últimos años tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial.

A) *La discutida naturaleza jurídica del derecho de uso: trascendencia práctica*

Son diversas las teorías que se han formulado a nivel doctrinal en aras a dotar de perfiles propios al derecho de uso y deslindarlo de la titularidad del cónyuge no beneficiario. La controversia viene motivada por el silencio y parquedad regulatoria a este respecto del legislador, a diferencia de cuanto acontece en el caso del Derecho catalán¹⁶ o de otros ordenamientos foráneos¹⁷, así como por la necesidad de justificar el acceso al Registro de la Propiedad del derecho de uso y su consiguiente oponibilidad frente a terceros adquirentes. Circunstancias todas ellas que motivan la discusión en torno a la naturaleza real, personal o *sui generis* del derecho de uso de la vivienda familiar, tal y como destaca la Sentencia de 14 de enero de 2010.

Una de las opciones que tradicionalmente se han barajado en estos casos de cara a justificar la naturaleza del derecho de uso atribuido al cónyuge no titular es su configuración como un derecho de naturaleza real¹⁸, en concreto como un derecho real de uso¹⁹ o habitación²⁰, planteamiento expresamente acogido en alguna ocasión por la jurisprudencia, caso, por ejemplo, de la Sentencia de 18 de octubre de 1994²¹.

Sin embargo, para buena parte de la doctrina la atribución del uso de la vivienda familiar no implica la atribución de un derecho nuevo²², sino que se limita a conferir un derecho posesorio de tipo exclusivo y excluyente al cónyuge beneficiario, pasándose de una situación de coposesión vigente el matrimonio a una posesión en exclusiva tras la crisis matrimonial²³. De tal forma que dada la imposibilidad de concurrencia en distintas personas de la posesión fuera de los casos de indivisión (art. 445 CC) *el legislador obliga a tomar en cuenta solo una posesión, que provisionalmente prevalecerá sobre la otra o sobre las demás posesiones aparentemente concurrentes* (STS de 26 de junio de 2008). De hecho, actualmente la solución expuesta es por la que parece haberse decantado el Tribunal Supremo a partir de su Sentencia plenaria de 18 de enero de 2010, según la cual: «...cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar (...) el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. Se debe mantener al cónyuge en la posesión única

acordada bien en el convenio regulador, bien en la sentencia (...). De ello se va a deducir una importante conclusión: el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el artículo 83.3 CF y el artículo 233-22 del proyecto de libro II del Código civil catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad. El artículo 96 del Código civil se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho. Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario» (FFJJ 5.º y 6.º)²⁴.

El objetivo último de dicho planteamiento actual del Tribunal Supremo no es otro que huir de la tortuosa calificación del derecho de uso de la vivienda familiar como derecho real o personal, optando por calificarlo sencillamente como *un derecho de naturaleza familiar*, tal y como afirma la Sentencia de 14 de enero de 2010²⁵. Catalogación del derecho de uso de la vivienda familiar que viene a ser una especie de solución de compromiso o *tertium genus* que permite al Alto Tribunal evadirse de toda la problemática inherente a tener que lidiar con la conceptualización en abstracto de los derechos reales y personales y su correlativa oponibilidad frente a terceros y acceso al Registro de la Propiedad²⁶.

A nuestro modo de ver, cuando la atribución del uso de la vivienda familiar tiene lugar en un caso en el que el inmueble pertenece en exclusiva al cónyuge no beneficiario la naturaleza personal o real de dicho derecho resulta en buena medida irrelevante a efectos prácticos. El empeño de parte de la doctrina y la jurisprudencia en vincular la naturaleza real o personal del derecho de uso obedece, según se ha apuntado, a la necesidad de justificar su acceso al Registro de la Propiedad y su oponibilidad a terceros²⁷. Así se aprecia en la propia Sentencia plenaria de 18 de enero de 2010 cuando afirma que el Código civil catalán se decanta por configurar el derecho de uso como un derecho de naturaleza real, *al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad*²⁸.

De conformidad con la argumentación del Alto Tribunal cabe preguntarse si la calificación del derecho de uso como un derecho de naturaleza personal/obligacional implicaría la imposibilidad de su acceso al Registro. Interrogante que el propio Tribunal Supremo clarifica en la referida sen-

tencia al reconocer que el derecho de uso es oponible a los terceros que adquieran el bien de su titular, lo que deriva —aunque la sentencia no lo precise expresamente— en la correspondiente posibilidad de acceso al Registro y constancia registral con anterioridad al momento en que el tercero adquiere el inmueble. Según el Tribunal Supremo las razones que justifican dicha oponibilidad a terceros del derecho de uso «...se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o excónyuges» (FJ 7.º).

En nuestra opinión, sin embargo, la justificación transcrita resulta incompleta además de desacertada, pues la razón de ser del acceso al Registro de la Propiedad de la atribución del uso de la vivienda familiar y su oponibilidad frente a terceros deriva del propio artículo 96 del Código civil, al margen por tanto de su configuración como un derecho real o personal²⁹, en la medida en que el objeto de la publicidad registral no se restringe a los derechos reales sino a otras muchas situaciones jurídicas que afectan a bienes inmuebles sean o no derechos reales³⁰.

Debe tenerse en cuenta que la actual configuración jurisprudencial del derecho de uso como un mero derecho posesorio exclusivo y excluyente de la vivienda familiar por parte del cónyuge beneficiario resultaría, en principio, incompatible con su acceso al Registro de la Propiedad, en la medida en la que la posesión en sí misma no resulta susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad *ex* artículo 5 de la Ley Hipotecaria³¹. Por eso el fundamento del acceso al Registro del derecho de uso de la vivienda familiar y de su oponibilidad a terceros se encuentra en la limitación que al poder dispositivo del cónyuge titular no beneficiario impone el artículo 96 del Código civil³². Es esta limitación la que le confiere trascendencia jurídico-real al derecho de uso y con ello posibilita y aconseja su inscripción registral aun cuando este se configure como un derecho de naturaleza personal³³, tal y como la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de destacar en reiteradas ocasiones³⁴. No en balde, el artículo 7 del Reglamento Hipotecario expresamente permite la inscripción de «...cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales», cual acontece con la limitación al poder de disposición del cónyuge titular que la atribución judicial del derecho de uso implica *ex* artículo 96 del Código civil³⁵.

De esta forma, no existe pues inconveniente alguno en catalogar el derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho de naturaleza personal *intuitu personae, per relationem* y con trascendencia jurídico-real, basado en la limitación dispositiva que al cónyuge titular impone el artículo 96 del Código civil. Además, esta construcción evita caer en el equívoco de convertir al cónyuge beneficiario del derecho de uso en titular de un derecho real del

que carecía vigente el matrimonio, solución criticada por buena parte de la doctrina ya que el reconocimiento de un derecho real en pro de dicho cónyuge no titular únicamente resultaría admisible si con anterioridad a la crisis matrimonial ya ostentaba dicho derecho³⁶.

A mayor abundamiento, la catalogación del derecho de uso como un derecho de naturaleza personal con trascendencia real no solo resultaría aplicable cuando la vivienda pertenece en exclusiva al cónyuge no beneficiario del uso, sino en todos los demás supuestos. Así, por ejemplo, si la vivienda pertenece a un tercero la naturaleza personal del derecho de uso permite ofrecer una solución satisfactoria, en tanto que impide transmutar o extender a terceros los efectos de una relación *intuitu personae* —entre los cónyuges— y evita tener que discutir la viabilidad de subrogaciones o mutaciones «artificiosas» en la relación contractual previa que venía dando soporte al uso de la vivienda vigente el matrimonio, salvo en el caso de la vivienda arrendada dada la previsión expresa de subrogación del cónyuge beneficiario prevista en el artículo 15 LAU.

B) Limitación dispositiva del cónyuge titular de la vivienda antes y después de la crisis matrimonial

La limitación al poder de disposición del cónyuge titular del artículo 96 del Código civil es la que permite compatibilizar la actual configuración jurisprudencial del derecho de uso como un mero derecho ocupacional de naturaleza familiar con su acceso al Registro de la Propiedad. De no estar prevista dicha limitación dispositiva en artículo 96 del Código civil la justificación de las repercusiones jurídico-reales y posesorias asociadas al derecho de uso frente a terceros tendría mayor interés del que actualmente tiene, al menos cuando la vivienda pertenece en exclusiva al cónyuge no beneficiario del uso³⁷. Así lo demuestra el hecho de que el contenido del derecho de uso de la vivienda familiar se cifre a efectos registrales en una limitación del poder de disposición del cónyuge titular³⁸.

De hecho, la configuración del derecho de uso de la vivienda familiar como una limitación dispositiva del cónyuge titular y su posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad ha sido recientemente ratificada por el legislador estatal con la nueva redacción dada al artículo 96 del Código civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que supone la adición de un inciso final a dicho precepto —que ahora pasa a ser el artículo 96.3 del Código civil— de acuerdo con el cual: «esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación

errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe»³⁹.

A nuestro parecer, la reciente reforma en ningún caso implica la necesidad de dejar sin efecto el planteamiento adoptado por el Tribunal Supremo en su Sentencia plenaria de 18 de enero de 2010 anteriormente analizado⁴⁰. El expreso reconocimiento en la nueva redacción dada al artículo 96 del Código civil de la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad del derecho de uso no implica una transmutación de la naturaleza jurídica de dicho derecho (como derecho real), pese a la equiparación que el Alto Tribunal efectuaba en tal sentido respecto al artículo 233-22 del Código civil de Cataluña, en el que igualmente se reconoce la publicidad registral del derecho de uso⁴¹, solución que se reproduce también en la Ley 72 del Fuero Nuevo de Navarra⁴², cuya constitucionalidad pese a las competencias exclusivas del Estado en materia de ordenación del Registro de la Propiedad *ex* artículo 149.1.8 CE ha sido recientemente confirmada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de septiembre de 2021⁴³. Y ello porque dicho razonamiento implicaría reconocer que las limitaciones dispositivas tienen en todo caso naturaleza jurídico-real, dejando sin explicación la trascendencia jurídico-real asociada a derechos personales que restringen las facultades dispositivas del propietario, caso, por ejemplo, de la opción de compra cuyo acceso al Registro explícitamente se reconoce en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario⁴⁴.

Dicho lo cual, se plantea un problema adicional consistente en determinar la extensión de las facultades dispositivas del cónyuge propietario sobre la vivienda familiar y los requisitos que deben darse para que el derecho de uso del cónyuge beneficiario resulte oponible a terceros. Interrogantes cuya respuesta se encuentra condicionada por la interpretación que se postule del referido artículo 96 del Código civil y su posible interrelación con los artículos 1320 y 1322 del Código civil, así como con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Son numerosos los autores que identifican la imposibilidad del cónyuge titular de realizar actos dispositivos sobre la vivienda familiar sin el consentimiento del cónyuge beneficiario del derecho de uso o de autorización judicial supletoria prevista en el artículo 96 del Código civil con la prohibición del artículo 1320 del Código civil aplicable vigente el matrimonio⁴⁵; conclusión que, *a priori*, puede resultar avalada por el tenor literal casi idéntico de ambos preceptos⁴⁶. De hecho, la identidad de razón entre ambos preceptos se infiere, asimismo, de la catalogación que en ocasiones se predica de la limitación dispositiva del cónyuge titular como una auténtica prohibición legal de disponer *ex* artículo 26 de la Ley Hipotecaria⁴⁷, solución que se postula, asimismo, respecto a la limitación contenida en el artículo 1320 del Código civil⁴⁸.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, la Sentencia plenaria de 18 de enero de 2010 no se pronuncia a este respecto, a diferencia de la Sentencia de 14 de enero de 2010, a cuyo tenor el derecho de uso contemplado en el

artículo 96 del Código civil: «...comporta una limitación de disponer cuyo alcance se determina en el artículo 96 IV del Código civil en los siguientes términos: «Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial». Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008) (FJ 3.º).

Como puede apreciarse, en el razonamiento transcrito —reproducido a su vez en la más reciente Sentencia de 6 de febrero de 2018 (FJ 2.º) y también en varias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁴⁹— no se precisa diferenciación alguna entre la limitación dispositiva del cónyuge titular sobre la vivienda familiar prevista en los artículos 96 y 1320 del Código civil. Con dicho silencio el Alto Tribunal parece dar a entender que estamos ante reglas *gemelas*, tanto en lo que se refiere a los concretos actos dispositivos sobre la vivienda familiar para los que el cónyuge titular debe contar con el preceptivo consentimiento de su excónyuge o autorización judicial supletoria, como en lo que respecta a la sanción aplicable en defecto de dicho consentimiento/autorización: la prevista en el artículo 1322 del Código civil, es decir, la nulidad o anulabilidad del negocio dispositivo en función de su naturaleza onerosa o gratuita⁵⁰.

Constante el matrimonio la jurisprudencia incluye entre los actos dispositivos para los que el cónyuge titular de la vivienda familiar debe contar con el consentimiento de su consorte aquellos que implican «... la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real» (STS de 8 de octubre de 2010)⁵¹.

A tenor de dicho planteamiento, especialmente clarificadora y prolija resulta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de junio de 2018⁵², según la cual «...los artículos 1320 del Código civil y 91 del Reglamento Hipotecario utilizan una fórmula general descriptiva, basada en un verbo («disponer»), que no completa con la enumeración ejemplificativa de actos incluidos en la exigencia del doble consentimiento. Por el contrario, el Código civil catalán es mucho más explícito: el titular, sin el

consentimiento del otro cónyuge, no puede hacer *acto alguno de enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de uso ordinario que comprometa su uso* (art. 231.1-9). El Código de Derecho Foral aragonés, por su parte, se refiere a «actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario ordinario de la misma», expresión que completa con la referencia a aquellos otros actos que tengan como consecuencia *sustraerlos al uso común* (art. 190.1). La expresión legal del Código civil es deliberadamente amplia. Por eso es indiferente que el acto dispositivo tenga naturaleza real o personal. El Código no solo exige el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, la autorización judicial para realizar un acto de disposición sobre la vivienda habitual, sino también para realizar un acto de disposición de los derechos sobre esa vivienda. De este modo, si la vivienda familiar es propiedad de uno de los cónyuges, él solo no podrá disponer de ella; y si es arrendatario, él solo no podrá extinguir el contrato por su sola voluntad o renunciar expresa o tácitamente al derecho de prórroga de la relación arrendaticia. En el primer caso, por constituir un acto de disposición sobre la vivienda misma y, en el segundo, por constituir un acto de disposición de un derecho sobre esa vivienda. Así sucede con la estipulación de un contrato de arrendamiento por parte del cónyuge propietario del inmueble, aunque se tratase de un arrendamiento parcial. Atendiendo a la finalidad de la exigencia legal y a la terminología utilizada, es claro que se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la norma las enajenaciones voluntarias, a título oneroso (como la compraventa o la aportación del inmueble a una sociedad, aunque fuera unipersonal) o a título gratuito (como la donación) del inmueble, incluso, respecto de las realizadas a título oneroso, aquellas cuya finalidad fuera obtener el dinerario suficiente para adquirir a continuación otro inmueble más amplio, mejor situado o más conveniente para el mismo fin; y, en general, todos aquellos actos que impliquen sustraer al uso común los derechos sobre la vivienda familiar (que es la expresión que utiliza el artículo 190.1 del Código de Derecho Foral de Aragón). Atendiendo a esa finalidad y a esa terminología, es igualmente claro que se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la norma la constitución de un usufructo o de un derecho de uso o habitación o la constitución de una hipoteca en garantía de una obligación ya que, en caso de incumplimiento, se puede producir la realización forzosa del inmueble. Mientras que, en los casos de constitución de un derecho real de uso y disfrute, la sustracción de la vivienda al uso de la familia es real y efectiva, en los casos de constitución de una hipoteca, esa sustracción es meramente potencial (STS de 8 de octubre de 2010), pero ese carácter potencial que tiene la sustracción no exime del requisito del doble consentimiento»⁵³ (FJ 6.º).

Como puede verse, en el razonamiento transcrito el Centro Directivo diferencia, al margen de su naturaleza personal o real y en función de si se trata de una vivienda en propiedad o en arrendamiento, entre actos de disposición de la vivienda propiamente dicha (compraventa, aportación a una sociedad o donación, entre otros) y actos de disposición de los derechos sobre la vivienda que comprometan su uso (extinción del contrato de arrendamiento, constitución de un usufructo, un derecho de uso o habitación o un derecho de hipoteca), subsumiendo ambas clases de actos dispositivos en la limitación dispositiva del cónyuge titular del artículo 1320 del Código civil. Razonamiento en atención al cual se postula la válida enajenación de la nuda propiedad con reserva de usufructo, pues tal enajenación no compromete el uso de la vivienda por la unidad familiar⁵⁴.

Como pone de manifiesto la Sentencia de 8 de octubre de 2010, el consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda familiar como limitación al poder de disposición del otro cónyuge «constituye una medida de control, que se presenta como *declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno —es decir, concluido por otro— por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte*, siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión» (FJ 5.º).

En defecto de dicho consentimiento el acto dispositivo a título oneroso sobre la vivienda familiar realizado por el cónyuge titular vigente el matrimonio lleva aparejado, como la sentencia transcrita precisa, la anulabilidad del negocio, a tenor del artículo 1322 del Código civil (salvo autorización judicial)⁵⁵. En tal caso no procedería la entrada en juego de la figura del tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en la medida en que la inscripción registral no convalida la invalidez del título que le da soporte (art. 33 LH)⁵⁶: el artículo 1322 del Código civil opera como una auténtica prohibición legal de disposición *ex* artículo 26.2 de la Ley Hipotecaria, cuya operatividad a efectos registrales se refuerza con la aplicación del artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario, exigiéndose a efectos de la inscripción del acto dispositivo en cuestión que el cónyuge disponente manifieste en la escritura que el inmueble no constituye la vivienda habitual de la familia⁵⁷. Manifestación del disponente que encuentra su correlato en el artículo 1320 del Código civil, en el que expresamente se determina que «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe»⁵⁸.

Ahora bien, el esquema descrito únicamente resultará aplicable cuando el acto dispositivo haya sido realizado por el cónyuge titular vigente el matrimonio y sin el consentimiento de su consorte, consentimiento que podrá ser expreso o tácito (o *presunto*) así como anterior, simultáneo o posterior al acto dispositivo en cuestión, como reiteradamente ha tenido

ocasión de destacar la jurisprudencia⁵⁹. De ahí que en el caso enjuiciado por la referida Sentencia de 8 de octubre de 2010 se estimase la validez del préstamo hipotecario concertado por el marido sobre la vivienda familiar, dado que la esposa había consentido la constitución de la correspondiente hipoteca⁶⁰.

La virtualidad práctica del consentimiento del otro cónyuge vigente el matrimonio respecto a los actos dispositivos que puedan entrañar la posterior pérdida de la vivienda familiar es llevada por el Tribunal Supremo hasta sus últimas consecuencias, como se aprecia, en particular, en la Sentencia de 22 de noviembre de 2010. En el asunto de autos la vivienda pertenecía en copropiedad a los cónyuges en el momento de la sentencia de divorcio que atribuyó el uso de la vivienda a la esposa; con posterioridad, el inmueble salió a pública subasta, y fue adquirido por el padre del marido. La esposa planteaba la obligación de la viuda del adquirente —su exsuegra— de respetar su derecho de uso sobre la vivienda familiar⁶¹, planteamiento que el Tribunal Supremo no acoge puesto que —aunque no alude expresamente a ello en su fundamentación— la ejecución de la vivienda tenía su origen en el impago de una deuda ganancial contraída de común acuerdo por ambos cónyuges, con la consiguiente aceptación por la esposa al contraer la deuda de la posibilidad de pérdida a futuro de la vivienda por impago⁶².

En cambio, si el acto dispositivo realizado por el cónyuge titular es anterior a la celebración del matrimonio los artículos 1320 y 1322 del Código civil no serán aplicables, pues en ese momento el inmueble no constituía la vivienda familiar. De esta forma el adjudicatario de la vivienda familiar constante el matrimonio como consecuencia de una ejecución hipotecaria por un préstamo concertado por el cónyuge titular en estado de soltero estará protegido en su derecho, tal y como se concluyó en la Sentencia de 6 de marzo de 2015⁶³. Aunque la referida sentencia no lo precisa, con mayor motivo el artículo 96 del Código civil no resultará aplicable en tal caso, pues la atribución judicial del derecho de uso —presupuesto de la limitación al poder de disposición del cónyuge titular prevista en dicho precepto— encuentra su fundamento en la protección de la vivienda familiar, por lo que si el acto del que dimana la adquisición del inmueble por un tercero (ejecución hipotecaria) es anterior al matrimonio no puede oponerse el derecho de uso sobre una vivienda que, en dicho momento, no constituía la vivienda familiar. Así pues, resulta obvio que la solución alcanzada por el Tribunal Supremo en este caso no es más que pura aplicación del principio de prioridad registral del derecho de hipoteca frente al derecho de uso de la vivienda familiar⁶⁴.

A nuestro modo de ver, la limitación dispositiva del cónyuge titular sobre la vivienda familiar *ex* artículo 96 del Código civil opera únicamente respecto al derecho de uso judicialmente atribuido, sin que se extienda a la

posibilidad de disposición del derecho de propiedad sobre dicho inmueble. Consecuentemente, la enajenación de la vivienda familiar realizada por el cónyuge titular sin el consentimiento del otro cónyuge no resulta inválida ni anulable *ex* artículos 1320 y 1322 del Código civil, pues ello supondría confundir el derecho de uso de la vivienda familiar con el derecho de propiedad⁶⁵.

Cuando el cónyuge beneficiario del derecho de uso presta su consentimiento a la enajenación de la vivienda familiar no está consintiendo la transmisión, sino la extinción con motivo de ella de su derecho de uso, por más que en su vigente redacción el artículo 96.3 del Código civil se refiera a la necesidad de contar con el consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial para la disposición *de todo o parte* de la vivienda familiar⁶⁶. Lo correcto habría sido que con motivo de la modificación operada en dicho precepto por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad el legislador hubiese aprovechado para referirse a la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial para la disposición por el cónyuge titular *del derecho de uso sobre la vivienda familiar*, en la medida en que la expresión actual induce sobremanera a error o confusión.

Es importante tener en cuenta que el derecho de uso sobre la vivienda habitual constituye una de las diversas facultades que integran el dominio del cónyuge titular, restringiendo los actos dispositivos que resulten incompatibles con dicho uso, caso, por ejemplo, del arrendamiento de la vivienda en cuestión. Otro tanto podría decirse de la constitución por parte del cónyuge titular de un derecho de usufructo, de uso o de habitación sobre la vivienda, derechos a los que expresamente alude la Dirección General de los Registros y del Notariado en algunas de sus resoluciones relativas al derecho de uso y sus implicaciones jurídico-reales⁶⁷.

Por lo tanto, el cónyuge titular puede enajenar la vivienda familiar sin contar con el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso (y sin autorización judicial), resultando en tal caso inaplicables los artículos 1320 y 1322 del Código civil⁶⁸, tal y como por lo demás se establece en el artículo 219-26.3 de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil⁶⁹ siguiendo la estela del artículo 233-25 del Código civil catalán⁷⁰ y de la Ley 72 del Fuero Nuevo de Navarra⁷¹.

El esquema descrito es el mismo que se produce en los casos de enajenación de una vivienda arrendada de conformidad con el artículo 14 LAU, o cuando uno adquiere un inmueble sobre el que pesa un derecho de usufructo o un derecho de uso o habitación. Es evidente que el arrendador puede enajenar la vivienda arrendada, del mismo modo que puede hacerlo el nudo propietario en caso de usufructo o el propietario de un inmueble sobre el que pesa un derecho de uso o habitación, planteamiento que resulta igualmente extrapolable a los casos de enajenación por el cónyuge titular de la vivienda familiar sobre la que recae el derecho de uso.

Ahora bien, en tales casos el adquirente deberá asumir la continuidad del derecho de uso siempre y cuando este figure inscrito en el Registro de la Propiedad o, cuando sin estar inscrito, tuviera conocimiento de su existencia. Por el contrario, si el derecho de uso no figura inscrito y el comprador de la vivienda desconoce su existencia —en atención a las vertientes positiva y negativa de la fe pública registral⁷²—este deberá ser considerado a todos los efectos tercero hipotecario ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria, resultándole inoponible el derecho de uso⁷³. Planteamiento de acuerdo con el cual debe entenderse la referencia contenida en la vigente redacción del artículo 96.3 del Código civil, tras la reforma operada por la Ley 8/2021, al hecho de que «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

Mayores problemas pueden suscitar los casos en los que la atribución del uso de la vivienda familiar deriva de la adopción de una medida provisional en el transcurso de un procedimiento de separación o divorcio (art. 103 CC) o de la resolución o acta notarial que decreta la separación legal de los cónyuges, ya que las reglas del régimen matrimonial primario dentro de las cuales se ubican los artículos 1320 y 1322 del Código civil continúan siendo aplicables. Sin embargo, incluso en tales casos consideramos que la aplicación de tales preceptos a los actos dispositivos realizados por el cónyuge titular que se limitan a la nuda propiedad no tiene cabida, pues en ambas hipótesis el uso de la vivienda familiar por el cónyuge no titular goza de un *status* jurídico autónomo derivado de su reconocimiento judicial y, por ende, oponible frente a terceros adquirentes, como expresamente contempla el artículo 219-23.1 de la propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil⁷⁴.

C) *En particular la hipoteca de la vivienda familiar*

Tanto la jurisprudencia como la Dirección General de los Registros y del Notariado incluyen la hipoteca dentro de los actos dispositivos sobre la vivienda familiar proscritos por el artículo 96 del Código civil. Sin embargo, en nuestra opinión y a diferencia de cuanto acontece con la constitución de un usufructo, un derecho de uso o habitación, la hipoteca de la vivienda familiar con posterioridad a la atribución del uso no genera incompatibilidad alguna con el derecho de uso ni se integra dentro del ámbito de limitación del poder de disposición del cónyuge titular ex artículo 96 del Código civil, al igual que acontece en el caso de la enajenación voluntaria de la vivienda.

La justificación aducida por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Tribunal Supremo para la incardinación de la hipoteca dentro de los actos dispositivos incompatibles con el derecho de uso sobre

la vivienda familiar —y por ende prohibidos de acuerdo con el artículo 96 del Código civil— estriba en la potencial sustracción de la vivienda a la familia que la ejecución hipotecaria entraña, conclusión que se extrapola igualmente vigente el matrimonio (art. 1320 CC)⁷⁵. No obstante, lo cierto es que dicho planteamiento no puede ser compartido y merece un análisis más en detalle, habida cuenta de las distintas hipótesis que pueden darse y de las matizaciones que deben tenerse en cuenta, particularmente en lo que respecta a la posibilidad del cónyuge beneficiario del derecho de uso de hacer valer su derecho en el transcurso del procedimiento de ejecución aun cuando la hipoteca sea anterior a la atribución del uso.

En primer lugar, conviene recordar que el derecho de uso se circunscribe a una de las facultades que integran el dominio sobre la vivienda familiar —la facultad de uso y disfrute—, de tal forma que dicho uso no se ve obstaculizado por el hecho de que el cónyuge titular hipoteque el inmueble, del mismo modo que el nudo propietario puede hipotecar el bien sin merma alguna del derecho del usufructuario (arts. 489 CC y 107.2.º LH⁷⁶). De ahí que la inclusión de la hipoteca por el cónyuge titular de la vivienda familiar sobre la que recae el derecho de uso dentro de los actos dispositivos vedados por el artículo 96 del Código civil no resulta en modo alguna acertada, apreciándose nuevamente en este punto una confusión entre el significado de la limitación dispositiva del cónyuge titular vigente el matrimonio *ex* artículo 1320 del Código civil y el alcance de dicha limitación tras la crisis matrimonial, al igual que acontece en el caso de la enajenación.

Vigente el matrimonio el derecho de uso de la vivienda familiar por el cónyuge no titular deriva en exclusiva de la propiedad del otro cónyuge, de forma tal que la pérdida del dominio por parte de este último tendrá como correlato la imposibilidad de que el uso familiar de la vivienda persista, de ahí que la hipoteca del inmueble suponga un riesgo potencial de desaparición del destino familiar del inmueble que, por ende, queda subsumido dentro de los actos dispositivos que requieren el consentimiento de ambos cónyuges *ex* artículo 1320 del Código civil⁷⁷. Por el contrario, en los supuestos de crisis matrimonial el derecho de uso sobre la vivienda familiar goza de un *status* jurídico autónomo *ex* artículo 96 del Código civil que permite una clara diferenciación entre la nuda propiedad del inmueble —afectada por el derecho de hipoteca— y su uso y disfrute, que no se ven en modo alguno comprometidos por la posibilidad de una ejecución hipotecaria *ad futurum*.

Consecuentemente, la hipoteca de la vivienda familiar con posterioridad a la atribución judicial del derecho de uso no es susceptible de enervar dicho derecho cuando este figura inscrito, fruto de la mera aplicación del principio de prioridad registral. Más aún, pese a que el derecho de uso sobre la vivienda no figure inscrito en el Registro de la Propiedad el tercero adquirente deberá respetarlo si tiene conocimiento de su existencia al margen

de la información registral, en atención a las vertientes positiva y negativa de la buena fe exigidas al tercero hipotecario para ser considerado como tal *ex* artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en los términos antes referidos a propósito de analizar la enajenación de la vivienda familiar.

Por otro lado, aun cuando la inscripción de la hipoteca resulte anterior al matrimonio o a la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar, si el ejecutante conoce con anterioridad a la presentación de la demanda de ejecución la existencia del derecho de uso o este figura inscrito en el Registro de la Propiedad se plantea la necesidad de determinar el grado de intervención que el cónyuge beneficiario del uso ha de tener en el proceso de ejecución, en aplicación de los artículos 132 de la Ley Hipotecaria y 661, 662, 675 y 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como de la doctrina relativa al tercero poseedor de bienes hipotecados dimanante de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2013. Máxime teniendo en cuenta que el artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario exige, además, para proceder a la «...anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado» cuando el carácter de vivienda familiar conste registralmente⁷⁸.

De acuerdo con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de marzo de 2018, en el caso del derecho de uso sobre la vivienda familiar no resulta aplicable el artículo 661 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la obligación de comunicación de la ejecución a que se refiere dicho precepto se restringe a los arrendatarios y a los ocupantes de hecho, figuras ambas dentro de las cuales no puede encuadrarse el derecho de uso inscrito en el Registro. El derecho de uso del cónyuge no titular se incardina, pues, en el artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dedicado a los terceros poseedores cuyo derecho figura inscrito, a diferencia del tercero ocupante del artículo 661 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que únicamente ostenta un título posesorio no inscrito *ex* artículo 438 del Código civil. Consecuentemente el cónyuge beneficiario del uso que cuenta con inscripción registral de su derecho debe ser —al igual que ocurre en el caso del usufructuario⁷⁹— demandado en el transcurso del procedimiento ejecutivo y requerido de pago, de acuerdo con los artículos 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 132 de la Ley Hipotecaria, aun cuando el derecho de hipoteca fuese anterior a la atribución judicial de dicho derecho de uso, ya que de no ser así la adquisición derivada de la ejecución del inmueble no podrá ser inscrita en el Registro de la Propiedad⁸⁰.

Por el contrario, cuando el derecho de uso no figura inscrito en el Registro de la Propiedad dicho derecho no podrá ser opuesto a terceros —como el acreedor hipotecante o el adquirente del remate— que cuenten con inscripción registral de su derecho y cumplan los requisitos del artículo 34 de

la Ley Hipotecaria. Es más, en tales casos queda excluida la posibilidad de denegar la inscripción del título del adquirente como consecuencia del proceso ejecutivo, pues tanto el artículo 132 de la Ley Hipotecaria como el artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refieren exclusivamente a titulares de derechos inscritos⁸¹ (los únicos a los cuales debe ofrecérseles la posibilidad de liberar el bien). De esta forma, la intervención del cónyuge beneficiario se circunscribiría al ámbito procesal, por lo que si después de la interposición de la demanda ejecutiva se desvela la ocupación de la vivienda en virtud de su derecho de uso no inscrito deberá ser notificado, para que de acuerdo con el artículo 661 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —y como cualquier otro ocupante de hecho— presente al tribunal en el plazo de 10 días los títulos que legitiman su situación posesoria. Si el Tribunal considera que el cónyuge beneficiario tiene derecho a permanecer en el inmueble el procedimiento ejecutivo continuará adelante, remitiéndose la discusión acerca de la oponibilidad o no de dicho derecho frente al tercero adquirente al correspondiente procedimiento declarativo, pudiendo entretanto el adquirente proceder a la inscripción de su adquisición en el Registro de la Propiedad⁸².

2. VIVIENDA FAMILIAR PERTENECIENTE A AMBOS CÓNYUGES

Aunque el artículo 96 del Código civil se refiere tan solo al cónyuge no titular de la vivienda familiar —pues inicialmente dicho precepto estaba únicamente pensado para los supuestos en los cuales la vivienda familiar pertenece en exclusiva al cónyuge no beneficiario del derecho de uso— también tienen cabida dentro de su ámbito de aplicación los casos en que la vivienda en cuestión pertenece a ambos conjuntamente (en copropiedad⁸³ o integrante de la sociedad postganancial⁸⁴), pues se trata igualmente de situaciones en las cuales no existe un tercero en liza ajeno a la relación matrimonial.

En tales casos de vivienda común o copropiedad de ambos cónyuges, independientemente del porcentaje que cada uno de ellos ostente y de cómo se haya llegado a dicha situación de cotitularidad⁸⁵, se aprecia con claridad la escisión entre la nuda propiedad de la vivienda familiar y el derecho de uso de esta por parte del cónyuge beneficiario. De esta forma, el cónyuge no beneficiario tiene vetada la posibilidad de realizar actos dispositivos susceptibles de constreñir el derecho de uso de la vivienda familiar, pero no por ello se ve abocado a permanecer *sine die* en régimen de copropiedad⁸⁶, pues tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial resulta pacífica la admisión de su derecho a ejercitar la acción de división de la cosa común *ex artículo 400 del Código civil*⁸⁷.

Así, la diferenciación entre el derecho de propiedad de cada uno de los cónyuges copropietarios y el derecho de uso de la vivienda familiar se traduce

en el reconocimiento de la plena compatibilidad del derecho de uso con el ejercicio de la acción de división de la cosa común y consiguiente traspaso del inmueble a manos de un tercero adquirente. A tal efecto, el derecho de uso resultará oponible frente al tercero adquirente mientras subsista la situación que motivó la atribución del uso (STS de 3 de diciembre de 2008)⁸⁸, al menos siempre y cuando este se encuentre inscrito en el Registro de la Propiedad o, pese a no constar registralmente, dicho tercero sea consciente de su existencia. Planteamiento que supone la superación de la teoría según la cual se entendía que la acción de división implicaba la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar y consiguiente expulsión del cónyuge usuario⁸⁹.

Esta compatibilidad entre el derecho de uso de la vivienda familiar y el ejercicio de la acción de división de la cosa común por parte del cónyuge titular, para el que no se requiere el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso que no puede oponerse ni entorpecer dicha facultad de división⁹⁰, no hace sino corroborar el distinto alcance que las limitaciones dispositivas sobre la vivienda familiar derivadas de la aplicación del artículo 96 del Código civil implican respecto a sus homólogas vigentes el matrimonio *ex* artículo 1320 del Código civil, en los términos anteriormente apuntados.

De esta forma, no parece razonable considerar que en los supuestos de propiedad exclusiva del cónyuge no beneficiario del derecho de uso este no puede enajenar o hipotecar la vivienda familiar sin el consentimiento del otro cónyuge (o autorización judicial) dada la incompatibilidad entre tales actos dispositivos y el derecho de uso y, a continuación, reconocer —sin cortapisa alguna— la posibilidad de enajenación de la vivienda en los supuestos de copropiedad a consecuencia del ejercicio de la acción de división de la cosa común sin necesidad de consentimiento del otro cónyuge. En ambos casos el resultado final es el mismo: la vivienda familiar es adquirida por un tercero al que el derecho de uso resultará oponible en la medida en que el tercero reúna los requisitos del artículo 34 LH, es decir, si el derecho de uso tiene constancia registral o pese a no tenerla es conocido por el adquirente.

III. VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD EXCLUSIVA DE UN TERCERO

El artículo 96 del Código civil establece *algunas* de las pautas que ha de seguir el juzgador en aras a determinar la atribución del uso de la vivienda familiar propiedad de los cónyuges en los supuestos de crisis matrimonial, pero —tal y como se ha apuntado a lo largo del trabajo— reduce su ámbito de aplicación a los supuestos en que la vivienda o bien pertenece en exclusiva al cónyuge no beneficiario del derecho de uso o a ambos cónyuges conjuntamente⁹¹.

Sin embargo, es relativamente común que la propiedad de la vivienda familiar no pertenezca a ninguno de los cónyuges, como acontece, por ejemplo, cuando el inmueble es ocupado por el matrimonio en virtud de un contrato de arrendamiento en el que uno o ambos cónyuges son arrendatarios⁹², o cuando les ha sido cedida gratuitamente por un familiar o allegado. De hecho, como consecuencia de la crisis económica de los últimos años, el incremento del precio de la vivienda y la dificultad de los jóvenes de acceder al mercado laboral e independizarse asumiendo el coste de la compra/alquiler de una vivienda se ha incrementado, desgraciadamente, el número de progenitores (o familiares) que ceden a sus hijos (parientes o allegados) un inmueble donde fijar el domicilio o residencia habitual.

En tales casos la decisión judicial sobre el uso y disfrute de la vivienda familiar en un proceso de crisis matrimonial puede afectar negativa e injustificadamente a los intereses del tercero propietario. Y es que, al margen de las repercusiones económicas que vigente el matrimonio tiene para los terceros propietarios la cesión gratuita del uso del inmueble, cuando tras la crisis matrimonial se atribuye el derecho de uso a uno de los cónyuges *ex artículo 96 del Código civil* tales propietarios se ven frecuentemente abocados a la necesidad de incoar un procedimiento declarativo para recuperar la posesión del inmueble, habida cuenta de la imposibilidad de hacer valer sus derechos dominicales en el transcurso del correspondiente procedimiento de nulidad, separación o divorcio.

1. POSESIÓN DE LA VIVIENDA TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL

Como se ha precisado con anterioridad, la atribución judicial a uno de los cónyuges del derecho de uso sobre la vivienda familiar no crea un derecho *ex novo* con una protección y entidad superior a la que previamente y durante el matrimonio ostentaban los cónyuges⁹³. Por tanto, si vigente el matrimonio estos carecían de un título legítimo de posesión tras la crisis matrimonial el cónyuge beneficiario del derecho de uso únicamente podrá poseer la vivienda en concepto de mero precarista (STS de 26 de diciembre de 2005)⁹⁴.

En efecto, como destacaba ya en su día la Sentencia de 31 de diciembre de 1994 «...la atribución [por el juez] del uso de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí solo proteger el que la familia ya tenía (...) pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda» (FJ 2.º)⁹⁵. Lo que se traduce, según precisaba la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2003, en que la resolución judicial en

virtud de la cual se atribuye el uso de la vivienda familiar no es susceptible de alterar el título jurídico que legitimaba la ocupación por los cónyuges con anterioridad a la crisis matrimonial, ocupación de la que dimana la consiguiente atribución del derecho de uso (FJ 7.º).

Dicha argumentación se sintetiza en la Sentencia de 14 de marzo de 2013, según la cual: «...la atribución del uso de la vivienda por sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia no puede constituir un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda» (FJ 2.º).

Así pues, la atribución judicial del derecho de uso sobre la vivienda familiar con motivo de la separación o divorcio no transmuta el título de posesión anterior ni permite enervar una demanda de desahucio por precario, de forma que la continuidad en el uso de la vivienda por parte del cónyuge beneficiario quedará restringida a los casos en los que con anterioridad a la crisis matrimonial el uso de la vivienda encontraba acomodo en un título posesorio legítimo. En efecto, como señala la Sentencia de 31 de diciembre de 1994 «...ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí solo proteger el que la familia ya tenía» (FJ 2.º).

De esta forma, la cesión gratuita del uso de la vivienda familiar obliga a dilucidar el título en virtud del cual los cónyuges ostentaban la posesión con anterioridad a la crisis matrimonial, debiendo comprobar si poseían en virtud de un contrato previo (en particular, de comodato) o, si por el contrario, eran meros precaristas⁹⁶. No en balde, la existencia de un contrato previo de comodato vigente el matrimonio determinaría que el desalojo de la vivienda familiar del cónyuge beneficiario del derecho de uso solo podría prosperar tras el vencimiento del término correspondiente, tras la desaparición del uso específico y determinado para el que se cedió el inmueble o, excepcionalmente cuando concurren razones de urgencia del tercero propietario (art. 1749 CC)⁹⁷. En cambio, si los cónyuges tienen la condición de precaristas los propietarios podrán reclamar la posesión en cualquier momento, pues los poseedores carecen de título legítimo de posesión y — como hemos dicho — la sentencia judicial que atribuye el derecho de uso no crea un derecho *ex novo* cuya protección posesoria resulte superior a la que previamente y durante el matrimonio ostentaban los cónyuges.

No obstante lo anterior, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente, la pertenencia de la vivienda familiar a un tercero implica la automática catalogación del cónyuge beneficiario del derecho de uso como un mero precarista, sin necesidad de tener que proceder a valorar la previa existencia de un contrato de comodato vigente el matrimonio. En efecto, la Sentencia de 2 de octubre de 2008 sienta como doctrina jurisprudencial que «la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial» (FJ 3.º)⁹⁸. Por su parte, la Sentencia plenaria de 18 de enero de 2010⁹⁹, tras realizar una clasificación de las posibles situaciones que pueden darse respecto a la titularidad de la vivienda familiar, reitera dicho planteamiento, destacando a los efectos que aquí interesan cómo «...cuando el tercero propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y de favor al usuario de la vivienda, producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al otro cónyuge, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio» (FJ 7.º)¹⁰⁰.

Lo decisivo a efectos de la consideración como precarista del cónyuge beneficiario del uso de la vivienda familiar perteneciente a un tercero estriba en la desaparición tras la separación o divorcio del uso específico y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que estaba destinada la vivienda cedida, de forma tal que aun cuando se admita la existencia de un contrato de comodato vigente el matrimonio dicho contrato se extingue con la ruptura matrimonial, poseyéndose a partir de ese momento la vivienda en precario¹⁰¹. En definitiva, aun cuando pudiera acreditarse un previo contrato de comodato para un uso específico y determinado constante la convivencia matrimonial, este se extingue automáticamente tras la separación o el divorcio.

Dicho planteamiento implica, por un lado, que el derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar no origina un título válido de posesión que permita al cónyuge titular continuar en la vivienda familiar, pues ello «entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda»¹⁰² y; por otro, que el hipotético contrato de comodato existente durante la vigencia del matrimonio a resultas del uso específico y determinado del inmueble como vivienda familiar se transforma en precario tras la sentencia —decreto o acta notarial— de separación o divorcio¹⁰³; tal y como se establece en el artículo 219-24 de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil¹⁰⁴, siguiendo la estela del artículo 233-25 CCCat, a

cuyo tenor «si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución»¹⁰⁵.

La imposibilidad de atribución del uso de la vivienda familiar perteneciente a un tercero a los cónyuges podrá provocar, en no pocas ocasiones, un grave perjuicio a los hijos menores comunes del matrimonio, ya que en la mayoría de los casos el criterio de atribución del derecho de uso se asocia a la guarda y custodia de los hijos menores o discapacitados (art. 96.1 CC). No obstante, la protección de los hijos menores o en situación de discapacidad no puede operar como fundamento de la restricción de los derechos dominicales de terceros ajenos al proceso matrimonial, pues no es a ellos a quienes corresponde sufragar forzosamente las necesidades habitacionales de aquellos, por más que se trate de un interés digno de protección¹⁰⁶. Caso de haberse decretado el desalojo de la vivienda familiar la vía para proteger el interés de los hijos menores o en situación de discapacidad será a través de un procedimiento de modificación de las medidas adoptadas por la aparición de circunstancias sobrevenidas que no fueron tenidas en cuenta al momento de la separación o divorcio¹⁰⁷, a través —en su caso— de un aumento de la pensión alimenticia o, incluso, de la atribución del derecho de uso sobre otra vivienda (no familiar) al cónyuge custodio¹⁰⁸. Mecanismos a través de los cuales se logra un justo equilibrio entre los intereses de los hijos menores o discapacitados y los de los titulares dominicales de la que fue la vivienda familiar durante el matrimonio, posibilitándoles la recuperación de su posesión sin necesidad de incoar un procedimiento ulterior de desahucio por precario¹⁰⁹.

Por lo demás, la solución propuesta es además la acogida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de octubre de 2011, en la que se admite «atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos» (FJ 5.º)¹¹⁰. No obstante, en el caso de autos el Tribunal, pese a declarar el uso de una vivienda distinta y confirmar la posesión en precario de la vivienda familiar propiedad de terceros (padres del esposo), permitió a la esposa y a su hija continuar residiendo en la vivienda hasta que pudiesen ocupar la vivienda copropiedad del matrimonio, que estaba por aquel entonces arrendada.

2. POSESIÓN DE LA VIVIENDA VIGENTE EL MATRIMONIO

Tal y como se ha explicado, de acuerdo con la Sentencia plenaria de 18 de enero de 2010 con posterioridad a la crisis matrimonial la posesión del

titular del derecho de uso de la vivienda familiar propiedad de un tercero deviene en precario. Sin embargo, dicha sentencia no entra a analizar si vigente el matrimonio puede considerarse la existencia de un contrato de comodato entre el propietario y los cónyuges, contrato que en todo caso se extinguiría —visto el razonamiento del Alto Tribunal— tras la sentencia, decreto o acta notarial de separación o divorcio.

La determinación de la existencia de un contrato de comodato durante el matrimonio que legitimase la ocupación del inmueble por los cónyuges tiene importantes implicaciones, pues en caso de estimarse que efectivamente mediaba dicho contrato la posibilidad de recuperación de la vivienda familiar por parte del tercero comodante y propietario únicamente resultaría factible tras la separación o divorcio, no por tanto durante la vigencia del matrimonio salvo concurrencia en su persona de razones de urgente necesidad (art. 1749 CC).

Como punto de partida debe tenerse en cuenta que la doctrina jurisprudencial expuesta se limita a los supuestos de cesión temporal del inmueble para un uso específico y determinado —no por un periodo de tiempo concreto¹¹¹—, caso de su utilización como vivienda familiar por parte de los cónyuges. De ahí que la jurisprudencia considere que los cónyuges comodatarios pasan una vez se produce la crisis matrimonial a detentar la vivienda no ya como comodatarios sino en condición de meros precaristas, pudiendo «el comodante reclamarla [la cosa] a su voluntad» (art. 1750 CC).

No obstante, a nuestro modo de ver la cesión gratuita de la vivienda de la familia no se acomoda a los presupuestos legalmente exigibles para considerar la existencia de un contrato de comodato vigente el matrimonio: el uso específico y determinado¹¹², por un lado, y el carácter temporal del contrato, por otro¹¹³. Habitar en una casa no es más que el destino y fin genérico de la cosa prestada, por más que se habite en ella con el cónyuge y esa vivienda constituya la vivienda familiar, debiendo evitar caer en la tentación de concluir que por «el simple dato de que se produzca con la intención de cubrir las necesidades de una familia sirva sin más para calificarla de comodato»¹¹⁴. «En suma, debe destacarse que el préstamo de una cosa para su normal disfrute, según las características que le son propias, no puede equiparse al supuesto en que exista un *uso* determinado (...), pues de lo contrario desaparecería esa referencia temporal contenida en el precepto y todos los comodatos devendrían en indefinidos a voluntad del prestatario mientras la cosa prestada le resultase útil (la vivienda para habitarla o el vehículo para circular con él)»¹¹⁵.

Lo cierto es que atribuir naturaleza de comodato a las cesiones para un uso tan genérico, propio e inherente a la cosa cedida, y con tanto potencial de indefinición y perpetuación temporal como acontece con el uso familiar, desvirtúa sobremanera la naturaleza del contrato de comodato¹¹⁶. Compartir

esta tesis derivaría en un grave menoscabo a los terceros propietarios de la vivienda, además de suponer un desincentivo al altruismo familiar y ser susceptible de provocar situaciones manifiestamente injustas en beneficio del cesionario (y su cónyuge) en contra de los intereses del cedente y presunto comodante¹¹⁷, que tan solo podría recuperar la vivienda durante la vigencia del matrimonio en caso de concurrir justa causa *ex* artículo 1749 del Código civil¹¹⁸.

Consecuentemente, la cesión gratuita del inmueble que constituye la vivienda familiar no puede llevar aparejada la existencia de un contrato de comodato, a salvo los supuestos en los que las partes lo hubieran celebrado expresamente sujeto a término o a un fin específico y determinado. En definitiva, compartimos la conclusión alcanzada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.ª) de 8 de marzo de 2007, cuando afirma que «...la realidad social impone que la interpretación normal de la cesión entre familiares del uso de una vivienda de su propiedad es que, salvo prueba en contrario, la cesión la hacen en consideración al pariente, sin una duración, ni un uso determinado, de modo que no se puede presumir el deseo de los parientes propietarios de una cesión vitalicia y de forma absolutamente gratuita, sin ninguna posibilidad de recuperación» (FJ 1.º).

La Sentencia de 14 de julio de 2010 comparte esta conclusión al confirmar la sentencia de apelación y, en consecuencia, rechazar la existencia de un contrato de comodato durante la convivencia conyugal, al declarar que «la actora cedió la vivienda a su hijo para que constituyese su hogar familiar, pero no consta su voluntad de renunciar a recuperarla mientras constituyese el domicilio de la familia. En este sentido, no se dan los elementos característicos del comodato, por lo que la posesión de la vivienda por la demandada lo es a título de precario»¹¹⁹.

Por todo ello, en nuestra opinión debe considerarse que la cesión gratuita de la vivienda fruto de la mera condescendencia o beneplácito de su propietario genera tan solo una posesión en concepto de precario que, por ende, habilita al propietario a reclamar su recuperación en cualquier momento, tanto constante el matrimonio como tras el cese de la convivencia matrimonial¹²⁰. Resulta paradójico asumir que la cesión gratuita de una vivienda a un familiar comporte la imposibilidad del cedente de recuperar su posesión por la existencia de un contrato tácitamente acordado por la mera existencia de un *uso específico y determinado* del inmueble. No en balde, en el caso de los contratos gratuitos la imposibilidad de conocer la verdadera voluntad de los contratantes con arreglo a los criterios hermenéuticos de los artículos 1281 a 1288 del Código civil obliga a resolver las dudas que puedan surgir *en favor de la menor transmisión de derechos e intereses*¹²¹, lo que excluye la posibilidad de presumir voluntad alguna del cedente de obligarse a mantener en el uso de la vivienda a los cesionarios durante un

determinado tiempo, vista la ausencia de consentimiento contractual a tal efecto¹²².

3. MECANISMOS DE DEFENSA DEL TERCERO PROPIETARIO

El juez o tribunal —letrado de la Administración de Justicia o notario— puede decretar la atribución del uso de la vivienda familiar perteneciente a un tercero en un procedimiento de separación o divorcio, es decir, sin cuestionarse su titularidad y, en consecuencia, el tercero propietario en exclusiva de la vivienda familiar se ve abocado a la necesidad de incoar un procedimiento declarativo ulterior para recuperar la posesión del inmueble que gratuitamente había cedido constante la convivencia matrimonial.

En nuestra opinión, el planteamiento adoptado a tal efecto por la Sentencia plenaria de 18 de enero de 2010 resulta insatisfactorio al imponer la necesidad de incoar un procedimiento judicial ulterior para reivindicar la posesión del inmueble. Resulta llamativo que en el transcurso del procedimiento aparejado a la crisis matrimonial los Juzgados y Tribunales no efectúen indagación alguna acerca de la titularidad de la vivienda, limitándose, una vez se acredita su carácter familiar, a atribuir el derecho de uso al cónyuge custodio o cuyo interés resulte más digno de protección. Máxime si se tiene en cuenta que dicho planteamiento se lleva hasta sus últimas consecuencias, hasta el punto que la jurisprudencia no duda en afirmar que «la atribución dispuesta en las resoluciones judiciales dictadas en la causa matrimonial es absolutamente independiente de la naturaleza del derecho o razón en virtud de la cual la familia haya venido ocupando la vivienda, por lo que el órgano judicial, al hacerla, únicamente ha de reparar en esta situación de hecho (...) la titularidad y condiciones de ocupación de la vivienda no son circunstancias que eximan de aplicar el artículo 96 del Código civil» [SAP de Alicante (Sección 4.^a) 8 de abril de 1998]¹²³.

Dicha circunstancia, sumada a la imposibilidad acreditada del tercero titular de la vivienda de intervenir en el proceso de crisis matrimonial, hace que este deba inexorablemente incoar un procedimiento declarativo ulterior para hacer valer sus derechos dominicales sobre la vivienda familiar cuyo uso ha sido atribuido *indebidamente*. Tal es la solución expresamente ratificada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2003, en la que se desestima la vulneración del artículo 24.1 CE a resultas de la decisión judicial que había denegado a la recurrente (propietaria de la vivienda familiar) el derecho a personarse en el proceso de separación matrimonial de su hijo y su nuera por carecer de interés legítimo *ex* artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que no tiene la condición de cónyuge y, además, sus derechos patrimoniales no se verán afectados o perjudicados por

la decisión adoptada «ya que para la defensa y ejercicio de dichos derechos tiene abierta la vía del proceso debido constitucionalmente para este tipo de derechos, que es el juicio declarativo que corresponda» (FJ 5.º).

El Tribunal Constitucional descarta que la imposibilidad de la propietaria de la vivienda de intervenir en el proceso de crisis matrimonial implique vulneración alguna de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE, pese a reconocer la condición de precaristas de los cónyuges y afirmar que la sentencia judicial que atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar no crea un derecho *ex novo* que suponga una limitación de las facultades dominicales de la propietaria: si poseían en precario tras la sentencia de separación o divorcio el cónyuge beneficiario del derecho de uso sigue poseyendo en precario (FJ 7.º)¹²⁴, pudiendo la propietaria reivindicar en un proceso posterior la posesión del inmueble.

El planteamiento del Tribunal Constitucional se reproduce igualmente —como no puede ser de otra forma *ex* artículo 5.2 LOPJ¹²⁵— en la Sentencia de 2 de octubre de 2008, según la cual «...el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte —porque no pueden serlo— en el procedimiento matrimonial» (FJ 2.º)¹²⁶.

Así pues, en términos procesales la atribución del uso de la vivienda familiar propiedad de un tercero lleva aparejada la concurrencia de dos problemas diferenciados: por un lado, la relación familiar que afecta a los cónyuges que se proyecta en la determinación del uso de la vivienda familiar con independencia del título que originariamente legitima su posesión, limitándose el juez a verificar que de facto la vivienda constituye el hogar familiar; y, por otro lado, la problemática en torno a la titularidad del inmueble, que no afecta exclusivamente a los cónyuges, sino también al tercero propietario y fruto de la cual se podrá concluir si efectivamente estamos en presencia o no de una situación de precario¹²⁷.

Puesto que el juez no se cuestiona en el transcurso del proceso matrimonial la propiedad de la vivienda, sino que se limita a atribuir el uso conforme a los parámetros del artículo 96 del Código civil, no crea en virtud de la resolución que atribuye el derecho de uso un título de ocupación ejercitable *erga omnes*, por lo que el tercero propietario puede recuperar la posesión en cualquier momento a través de un procedimiento declarativo *ad hoc*¹²⁸. Esta dinámica procesal evidencia cómo la jurisprudencia parece decantarse por dotar de carácter preferente a la familia y subsidiariamente al derecho de propiedad, solución que resulta cuanto menos llamativa, habida cuenta que el propio Tribunal Supremo insiste en destacar que si la vivienda familiar

pertenece a un tercero el derecho de propiedad debe prevalecer sobre el derecho de familia¹²⁹.

Que los terceros propietarios de la vivienda familiar se vean abocados tras la crisis matrimonial a incoar un procedimiento declarativo ulterior a resultas del cual poder recuperar la posesión del inmueble cedido gratuitamente no resulta en modo alguno una solución satisfactoria ni —contrariamente al parecer del Tribunal Constitucional— acorde con las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

A nuestro parecer, partiendo de que el tercero titular de la vivienda no puede intervenir en el procedimiento de crisis matrimonial, debería impedirse al juez o tribunal que resuelve el divorcio o la separación adoptar la medida de atribución de la vivienda familiar a favor de uno de los cónyuges en tal caso. Dado que el artículo 96 del Código civil únicamente resulta aplicable si la vivienda pertenece a uno o ambos cónyuges el juez debería comprobar que efectivamente se dan los presupuestos jurídico-reales de aplicación de dicho precepto a través, por ejemplo, de una nota simple expedida por el Registro de la Propiedad. De esta forma, si el inmueble pertenece en exclusiva a un tercero, el tribunal deberá inhibirse de adoptar decisión alguna respecto a la atribución del uso, salvo que se acredite la existencia de un título jurídico que dé soporte a la posesión del inmueble con posterioridad a la crisis matrimonial (caso, por ejemplo, de un contrato de arrendamiento *ex art. 15 LAU*).

A través de dicho proceder aunque el tercero titular de la vivienda no puede ser parte en el proceso de divorcio o separación sus intereses dominicales pueden ser protegidos a resultas de la inhibición del juez o tribunal de adoptar medida alguna respecto del uso de la vivienda familiar¹³⁰. De hecho, ese esquema parece acogerse en el artículo 219-24.2 de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil, dedicado al ámbito objetivo de la medida de atribución de la vivienda familiar, cuando establece que «las medidas adoptadas por el juez pueden afectar a viviendas privativas de cualquiera de los cónyuges o comunes a ambos que hayan servido de domicilio familiar. Sin embargo, quedan excluidos de este régimen aquellos inmuebles pertenecientes a terceras personas donde los cónyuges hayan vivido mientras duró la convivencia conyugal por mera tolerancia de su titular o mediando comodato a favor de cualquiera de los cónyuges»¹³¹.

Otro tanto parece acontecer en el ámbito registral, pues la Dirección General de los Registros y del Notariado veta el acceso al Registro de la Propiedad del derecho de uso de la vivienda familiar cuando la titularidad dominical corresponde en exclusiva a un tercero, dado que el derecho de uso es oponible en el seno de las relaciones entre cónyuges (*per relationem*), pero no frente al tercero protegido en su derecho, de conformidad con el principio de buena fe registral [RDGRN 19 septiembre 2007 (FJ 2.º)]. No

en balde, es doctrina jurisprudencial consolidada que la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda a uno de los cónyuges «...es inoponible frente a terceros ajenos a las relaciones entre los cónyuges y al proceso matrimonial en el que son partes» (STS de 14 de julio de 2010)¹³². A lo que añade la imposibilidad de acceso en tales casos en aplicación del principio de tracto sucesivo (art. 20 LH) «corolario de la tutela judicial efectiva»: como el tercero no puede ser parte en el proceso de crisis matrimonial se impide el acceso del derecho de uso al Registro¹³³. De tal forma que como precisa la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de septiembre de 2017 «...no constando la intervención del titular registral en el procedimiento de divorcio cuya sentencia aprobatoria del convenio regulador es objeto de presentación, no puede procederse a la inscripción» (FJ 3.º)¹³⁴.

El Centro Directivo con base en el principio de tracto sucesivo que conecta con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se posiciona —certeramente a nuestro juicio— en contra del parecer del Tribunal Constitucional a este respecto, con unas consecuencias que no resultan baladíes, ya que el cónyuge titular del derecho de uso no estará protegido frente a las vicisitudes que puedan afectar al inmueble, caso, por ejemplo, de la enajenación de la vivienda a un tercero adquirente.

IV. VIVIENDA FAMILIAR COPROPIEDAD CON UN TERCERO

La doctrina jurisprudencial que califica como precaria la posesión del cónyuge titular del derecho de uso de la vivienda familiar cedida gratuitamente por un tercero se extrapola igualmente a los casos en los que la vivienda pertenece a un tercero en régimen de copropiedad con uno o ambos cónyuges como se aprecia, en particular, en la Sentencia plenaria de 18 de enero de 2010. En el caso enjuiciado la hermana del marido copropietaria del inmueble consintió el uso y disfrute de la vivienda por su hermano, dónde fijó su domicilio conyugal. No obstante, tras la sentencia de divorcio y consecuente atribución judicial del uso de la vivienda a su cuñada, la mujer ejercitó una acción de desahucio por precario con la finalidad de obtener el desalojo de la vivienda.

La sentencia de primera instancia rechazó la condición de precarista de la esposa, entendiendo que «el título originario que justifica la posesión se encuentra no simplemente en la concesión graciosa de la actora, sino esencialmente en la copropiedad que ostenta el esposo de la demandada, del que dimana el uso actual por ella, es decir, el derecho a poseer inherente al condominio que corresponde a ese copropietario está judicialmente atribuido a la demandada»¹³⁵. No obstante, el Tribunal Supremo, valiéndose del mismo

razonamiento que aplica a los supuestos en los que la vivienda pertenece en exclusiva a un tercero confirma la sentencia de apelación¹³⁶, revocatoria de la sentencia de primera instancia, y, en consecuencia, considera que la esposa carece de título alguno que legitime su posesión, pues «...del artículo 445 del Código civil no debe deducirse que siempre que exista condominio, se produce una coposesión, sino que se trata de una excepción que justifica la posesión plural sobre una misma cosa» (FJ 7.º)¹³⁷.

A priori, llama la atención que pese a que la propia sentencia confirma que los casos de copropiedad con un tercero resultan más complejos al «ofrecer una característica especial, puesto que uno de los cónyuges, era copropietario de la vivienda antes de haber contraído matrimonio» (FJ 3.º) acto seguido emplee la misma argumentación y adopte idéntica solución que en los casos en los que la vivienda pertenece en exclusiva a tercero¹³⁸.

Pese a lo llamativo de la fundamentación del Tribunal Supremo, lo cierto es que ambos supuestos están excluidos del ámbito material de aplicación del artículo 96 del Código civil en la medida en que, según hemos destacado, la atribución del uso de la vivienda familiar de acuerdo con dicho precepto únicamente procede cuando la vivienda pertenece en exclusiva al cónyuge no beneficiario del uso o a ambos cónyuges conjuntamente. Y de hecho, a nuestro parecer, es precisamente la exclusión de los demás supuestos la que permite entender el razonamiento adoptado por el Tribunal Supremo en los casos en los que la vivienda familiar es copropiedad de un tercero haciendo uso de la misma argumentación que en los casos de titularidad exclusiva de un tercero.

Consecuentemente y atendiendo al planteamiento anterior, en estos casos de copropiedad procedería reiterar las mismas reflexiones anteriormente efectuadas en relación a los supuestos de titularidad exclusiva de un tercero: el juez con ocasión de determinar la atribución del uso de la vivienda familiar en el transcurso del proceso matrimonial debería comprobar que la vivienda pertenece a uno o ambos cónyuges. En caso contrario, es decir, cuando el inmueble pertenezca total o parcialmente a un tercero¹³⁹, deberá inhibirse y adoptar otras medidas alternativas como, por ejemplo, el incremento de la pensión de alimentos o la atribución de otra vivienda adecuada para satisfacer las necesidades de sustento y habitación de los hijos menores (STS de 10 de octubre de 2011).

Pese a lo expuesto, no han faltado autores que se muestran críticos con la estimación de la demanda de desahucio por precario si la vivienda pertenece en copropiedad al cónyuge no titular del derecho de uso y a un tercero, so pretexto de considerar que en tales casos «...no hay precario alguno. El título de la esposa, como título judicial, se basa en el título de propiedad del esposo, copropiedad compartida con su hermana con la cual acordaron que el uso sería del matrimonio (...) Producida la separación

conyugal y atribuido el uso de la vivienda a la esposa, tal atribución no se basa en un precario, sino en una copropiedad con uso convenido entre los copropietarios y uso ahora atribuido judicialmente»¹⁴⁰. En definitiva, dicha argumentación se basa en que la vivienda no es ajena al matrimonio y, por tanto, el cónyuge titular del derecho de uso cuenta a su favor con un título que legitima su posesión, luego en tales supuestos no existe precario alguno, debiendo acudir a las normas comunes de la copropiedad para solucionar las posibles disputas generadas entre los comuneros por la atribución del uso¹⁴¹.

Esta utilización de las normas propias de la comunidad de bienes para solucionar los problemas dominicales y posesorios asociados a la atribución del uso de la vivienda familiar se aprecia con nitidez en la Sentencia de 28 de abril de 2016, en la que se confirma la condición de precarista de la esposa titular del derecho de uso y disfrute, ya que el esposo «no tenía *título dominical* bastante, ni solo ni junto con su hermana, para modificar la situación de precario» (FJ 2.º), pues en el caso enjuiciado la actora y madre del esposo era titular de más del cincuenta por ciento de la propiedad de la vivienda y contraria al uso y disfrute del inmueble por su exnuera¹⁴². Por lo tanto, el copropietario (o su cónyuge) podrán poseer el bien en exclusiva de acuerdo con el resto de los cotitulares, pero en el caso de que alguno o varios de ellos reivindicque su uso y disfrute deberá atenderse al acuerdo de la mayoría de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 del Código civil.

Como puede apreciarse, el razonamiento empleado por el Tribunal Supremo permite considerar como precarista al cónyuge beneficiario del derecho de uso únicamente cuando la participación en la comunidad del tercero excede del cincuenta por ciento, tal y como ocurría en el caso enjuiciado facilitando sobremanera la conclusión alcanzada. Siguiendo esta misma argumentación cuando la participación del tercero no alcanza dicho porcentaje este debería pechar con el derecho de uso judicialmente reconocido, ya que en este supuesto el recurso a las normas generales de la comunidad de bienes no permitiría considerar como precarista al cónyuge beneficiario del uso. Dicha conclusión se extrapola, asimismo, a los casos en los que la superación del umbral del cincuenta por ciento de participación deriva de la suma de las cuotas del cónyuge copropietario no beneficiario del uso y el tercero, ya que la resolución judicial que atribuye el uso vincula al cónyuge no beneficiario y limita su posibilidad de hacer valer su cuota de participación en aras a dejar sin efecto el derecho de uso de la vivienda familiar.

A mayores, el recurso por el Tribunal Supremo a la regla basada en la mayoría de cuotas *ex* artículo 398 del Código civil tampoco soluciona la problemática del uso de la vivienda familiar cuando al tercero le corresponde el cincuenta por ciento, pues la inexistencia de mayoría a favor del tercero o de los cónyuges implicaría la necesaria intervención discrecional del juez (art. 398.3 CC) de cara a dirimir el interés prevalente, es decir, si

el derecho de uso debe persistir o no en perjuicio de dicho tercero, como estiman algunos autores¹⁴³.

A nuestro parecer, el recurso a la facultad de intervención judicial prevista en el artículo 398 del Código civil en este caso para decidir si el derecho de uso de la vivienda familiar debe mantenerse no resulta posible, pues «...la utilización de la finca por uno solo de los partícipes en la comunidad, excluyendo el goce o uso de los demás es ilegítimo, infringe el artículo 394 e impide la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 398» [SSTS de 18 de febrero de 1987 (FJ 9.º) y 9 de diciembre de 2015 (FJ 3.º)]. Máxime si se tiene en cuenta que en estos supuestos de copropiedad con un tercero puede que el cónyuge beneficiario del derecho de uso no sea ni tan siquiera copropietario, lo que no haría sino reforzar la imposibilidad de uso exclusivo y excluyente por parte de un sujeto que ni siquiera forma parte de la comunidad.

Además, no puede olvidarse que aun cuando el cónyuge beneficiario del uso formase parte de la comunidad uno de los comuneros no puede excluir a los restantes del uso y disfrute de la cosa común si no es por acuerdo unánime (STS 6 febrero 1984)¹⁴⁴, por lo que debería estimarse la acción de división de la cosa común *ex* artículo 400 del Código civil ¹⁴⁵, pues el mantenimiento de la comunidad limitando el uso y disfrute a los comuneros en contra de su voluntad consecuencia de una decisión judicial que les es ajena frustraría sus intereses¹⁴⁶.

Por otro lado, el ejercicio de la *actio communi dividundo* no requeriría del consentimiento del cónyuge beneficiario *ex* artículo 96 del Código civil¹⁴⁷ ni supondría la subsistencia del derecho de uso de la vivienda familiar (subsistencia que, en cambio, se reconoce cuando la vivienda es copropiedad de los cónyuges), dado que el tercero copropietario no puede quedar vinculado por una decisión judicial o notarial decretada en el transcurso de un proceso de separación o divorcio en el que no puede intervenir¹⁴⁸. De hecho, como se ha precisado con anterioridad, la copropiedad con un tercero de la vivienda familiar imposibilitaría la constancia registral del derecho de uso, por lo que resultará inoponible al tercero adquirente a resultas de la acción divisoria.

Sin embargo, sin perjuicio de tales consideraciones acerca de los problemas que la aplicación de las reglas propias de la comunidad de bienes a los supuestos de copropiedad de la vivienda familiar con un tercero pudieran implicar, en nuestra opinión lo decisivo es que el derecho de uso resulta inoponible a terceros distintos de los cónyuges ya que el supuesto de hecho del artículo 96 del Código civil se restringe a los casos en los que el inmueble es propiedad exclusiva de uno de ellos o copropiedad de ambos. Como consecuencia de ello desaparece toda posibilidad de conflicto derivada de la posesión de la vivienda familiar por el cónyuge titular del derecho de uso frente al tercero propietario o copropietario. De ahí que el empleo de

las normas de la comunidad de bienes resulte del todo improcedente para dirimir si el cónyuge beneficiario del derecho de uso detenta el bien en concepto de precarista o no en función de las respectivas cuotas y acuerdos de los comuneros en cuestión.

V. CONCLUSIONES

I. La Sentencia plenaria de 8 de enero de 2010 supuso un antes y un después respecto a la conceptualización de la naturaleza jurídica e implicaciones del derecho de uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial, dejando de lado la discusión acerca de la naturaleza real u obligacional de dicho derecho y optando sencillamente por conceptualizarlo como un derecho de naturaleza familiar con acceso al Registro de la Propiedad y, por ende, oponible a terceros, conforme a los requisitos y principios de la normativa hipotecaria.

II. De acuerdo con dicha sentencia la atribución del derecho de uso *ex artículo 96 del Código civil* no implica la creación de un derecho nuevo y distinto del que los cónyuges tenían vigente el matrimonio, ni tampoco una subrogación *ex lege* del contrato que autorizaba el uso de la vivienda familiar, a excepción de la regla prevista en el artículo 15 LAU. Consecuentemente, la oponibilidad a terceros del derecho de uso se restringe a los supuestos en los que la vivienda pertenece a uno o ambos cónyuges, dejando de lado los casos en los que la vivienda es propiedad de un tercero o en los que dicho tercero es copropietario del inmueble junto a uno o ambos cónyuges.

III. No obstante, el planteamiento adoptado por el Tribunal Supremo no resulta plenamente satisfactorio ni en su análisis del derecho de uso de la vivienda familiar cuando esta pertenece al matrimonio ni cuando dicha vivienda pertenece a un tercero en exclusiva o en régimen de copropiedad con los cónyuges. En el primer supuesto, el Tribunal Supremo no efectúa diferenciación alguna ni entre el alcance de la limitación dispositiva que respecto a la vivienda familiar tiene el cónyuge titular o cotitular antes y después de la crisis matrimonial, ni tampoco acerca de la sanción aplicable a los actos dispositivos realizados por dicho cónyuge sin el consentimiento de su consorte, cuestiones ambas que entroncan con la interrelación existente entre los artículos 96 y 1320 y 1322 del Código civil: vigente el matrimonio el uso y disfrute de la vivienda familiar por el cónyuge no titular carece de entidad propia y es mero correlato de las facultades que integran el respectivo derecho de su consorte (propiedad, arrendamiento, comodato...); en cambio, tras la crisis matrimonial la atribución del uso de la vivienda dota al derecho de uso de autonomía propia, en la medida

en que desgaja el goce y disfrute del inmueble de las restantes facultades dominicales del cónyuge titular. Diferenciación que justifica el distinto tratamiento de los artículos 96 y 1320 del Código civil y la inaplicación de la sanción del artículo 1322 del Código civil a los actos dispositivos realizados tras la crisis matrimonial.

IV. En la medida en que tras la crisis matrimonial el derecho de uso de la vivienda familiar pasa a tener entidad propia y resulta oponible a terceros la enajenación o la hipoteca no pueden incluirse dentro de la limitación dispositiva del artículo 96.IV del Código civil que se restringe a los actos dispositivos que comprometen las facultades de uso. Es esa limitación dispositiva del cónyuge titular la que posibilita el acceso al Registro de la Propiedad del derecho de uso convirtiéndolo en oponible frente a terceros.

V. De hecho, en la jurisprudencia se aprecia una importante contradicción entre la pacífica admisión de la acción de división de la cosa común en los casos de vivienda familiar copropiedad de ambos cónyuges con el consecuente traspaso dominical a un tercero y la simultánea negación de la posibilidad de enajenar la vivienda cuando esta pertenece en exclusiva al cónyuge no beneficiario del uso. Contradicción que resulta inexplicable habida cuenta de que el resultado práctico resulta coincidente en ambos casos, pues la propiedad se transmite a un tercero que deberá respetar la continuidad del derecho de uso en la medida en que este figure registralmente inscrito o, sin estarlo, tenga conocimiento de su existencia.

VI. En los casos de vivienda propiedad exclusiva de un tercero o copropiedad con uno o ambos cónyuges, la doctrina jurisprudencial acierta al calificar como precaria la posesión del cónyuge beneficiario del derecho de uso tras la crisis matrimonial, si bien no explica el porqué. Indirectamente ello supone limitar el ámbito de aplicación del artículo 96 del Código civil a los supuestos de propiedad o copropiedad de los cónyuges y equiparar el derecho de uso a un derecho de naturaleza personal y *per relationem* entre los cónyuges. Aunque el Tribunal Supremo no lo menciona, lo decisivo para considerar como precarista al cónyuge beneficiario del uso en estos supuestos tiene que ver con la referida limitación del ámbito de aplicación del artículo 96 del Código civil y la inoponibilidad de dicho uso a cualesquiera terceros —copropietarios o propietarios en exclusiva de la vivienda familiar—, sin que resulten aplicables las reglas propias de la comunidad de bienes en materia de adopción de acuerdos del artículo 394 del Código civil.

VII. La imposibilidad de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges si pertenece en exclusiva o en copropiedad a un tercero no contraviene el principio del interés superior del menor, pues no es a los terceros propietarios de la vivienda familiar a quienes corresponde sufragar forzosamente las necesidades habitacionales de los hijos menores o en

situación de discapacidad, por más que se trate de un interés digno de protección. Teniendo, en consecuencia, que adoptar otras medidas alternativas que satisfagan las necesidades habitacionales de aquellos.

VIII. Finalmente, también resulta discutible la asunción tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional de la necesidad del tercero propietario o copropietario de la vivienda familiar de acudir a un procedimiento declarativo ulterior para recuperar la posesión de dicho inmueble, habida cuenta de su imposibilidad de intervenir en el proceso de crisis matrimonial. Dicho planteamiento no parece convincente desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva, como certeramente estima la —actual— Dirección General Seguridad Jurídica y Fe Pública al negar la posibilidad de acceso al Registro del derecho de uso con base en el principio de tracto sucesivo.

VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC de 29 de septiembre de 2003 (RTC 2003, 166)
- STC de 8 de abril de 2013 (RTC 2013, 79)
- STC de 16 de septiembre de 2021 (*JUR* 2021, 301536)

SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de 25 de mayo de 1983 (*RJ* 1983, 2878)
- Sentencia de 6 de diciembre de 1983 (*RJ* 1983, 6921)
- Sentencia de 6 de febrero de 1984 (*RJ* 1984, 576)
- Sentencia de 2 de julio de 1985 (*RJ* 1985, 3638)
- Sentencia de 18 de febrero de 1987 (*RJ* 1987, 715)
- Sentencia de 20 de febrero de 1988 (*RJ* 1988, 1073)
- Sentencia de 22 de septiembre de 1988 (*RJ* 1988, 6852)
- Sentencia de 5 de junio de 1989 (*RJ* 1989, 4295)
- Sentencia de 7 de junio de 1990 (*RJ* 1990, 4741)
- Sentencia de 11 de octubre de 1990 (*RJ* 1990, 7858)
- Sentencia de 11 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992, 10136)
- Sentencia de 22 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992, 10684)
- Sentencia de 20 de mayo de 1993 (*RJ* 1993, 3807)
- Sentencia de 5 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6430)
- Sentencia de 14 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6439)
- Sentencia de 18 de octubre de 1994 (*RJ* 1994, 7722)

- Sentencia de 31 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994, 10330)
- Sentencia de 4 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 2636)
- Sentencia de 6 de junio de 1997 (*RJ* 1997, 4612)
- Sentencia de 8 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 1404)
- Sentencia de 3 de mayo de 1999 (*RJ* 1999, 3428)
- Sentencia de 27 de diciembre de 1999 (*RJ* 1999, 9493)
- Sentencia de 11 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 3926)
- Sentencia de 28 de marzo de 2003 (*RJ* 2003, 3040)
- Sentencia de 26 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006, 180)
- Sentencia de 8 de mayo de 2006 (*RJ* 2006, 2342)
- Sentencia de 29 de septiembre de 2006 (*RJ* 2006, 6514)
- Sentencia de 9 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3439)
- Sentencia de 27 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 3865)
- Sentencia de 15 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 338)
- Sentencia de 5 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 3202)
- Sentencia de 26 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 3301)
- Sentencia de 2 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5587)
- Sentencia de 29 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 6923)
- Sentencia 1034/2008, de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 6925)
- Sentencia 1036/2008, de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 403)
- Sentencia 1037/2008, de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 924)
- Sentencia de 13 de noviembre de 2008 (*RJ* 2009, 5)
- Sentencia de 14 de noviembre de 2008 (*RJ* 2009, 393)
- Sentencia de 3 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 524)
- Sentencia de 13 de abril de 2009 (*RJ* 2009, 2895)
- Sentencia de 30 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4244)
- Sentencia de 22 de octubre de 2009 (*RJ* 2009, 5704)
- Sentencia de 14 de enero de 2010 (*RJ* 2010, 2323)
- Sentencia (Pleno) de 18 de enero de 2010 (*RJ* 2010, 1274)
- Sentencia de 10 de junio de 2010 (*RJ* 2010, 5387)
- Sentencia de 14 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 6041)
- Sentencia de 23 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 7136)
- Sentencia de 8 de octubre de 2010 (*RJ* 2010, 7445)
- Sentencia de 22 de noviembre de 2010 (*RJ* 2011, 936).
- Sentencia de 13 de diciembre de 2010 (*RJ* 2010, 140)
- Sentencia de 18 marzo de 2011 (*RJ* 2011, 935)
- Sentencia de 10 de octubre de 2011 (*RJ* 2011, 6839)
- Sentencia de 27 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 3383)
- Sentencia de 16 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 5904)
- Sentencia de 11 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 8848)
- Sentencia de 5 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1992)
- Sentencia de 14 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 2420)

- Sentencia de 15 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 217415)
- Sentencia de 14 de octubre 2014 (*RJ* 2014, 4729)
- Sentencia de 6 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 1104)
- Sentencia de 26 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 5608)
- Sentencia de 9 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 5895)
- Sentencia de 28 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 2216)
- Sentencia de 6 de febrero de 2018 (*RJ* 2018, 352)
- Sentencia de 24 de marzo de 2021 (*RJ* 2021, 1307)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia de Madrid de 24 de marzo de 1992 (*AC* 1992, 474)
- Sentencia de Córdoba de 16 de octubre de 1992 (*AC* 1992, 1379)
- Sentencia de Madrid de 2 de noviembre de 1993 (*AC* 1993, 2359)
- Sentencia de Cádiz (Sección 3.^a) de 11 de diciembre de 1993 (*AC* 1993, 2539)
- Sentencia de Alicante (Sección 4.^a) de 8 de abril de 1998 (*AC* 1998, 4500)
- Sentencia de Asturias (Sección 1.^a) de 2 de septiembre de 1999 (*AC* 1999, 7362)
- Sentencia de Asturias (Sección 2.^a) de 3 de mayo de 2004 (*JUR* 2004, 190185)
- Sentencia de Las Palmas (Sección 3.^a) de 9 de junio de 2004 (*JUR* 2004, 204344)
- Sentencia de Valladolid (Sección 3.^a) de 31 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 124626)
- Sentencia de Badajoz (Sección 3.^a) de 8 de julio de 2005 (*JUR* 2006, 47229)
- Sentencia de A Coruña (Sección 6.^a) de 24 de octubre de 2006 (*JUR* 2006, 285541)
- Sentencia de Pontevedra (Sección 1.^a) de 22 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 254212)
- Sentencia de Barcelona (Sección 13.^a) de 8 de marzo de 2007 (*JUR* 2007, 120706)
- Sentencia de Valencia (Sección 8.^a) de 9 de julio de 2007 (*JUR* 2007, 318384)
- Sentencia de Las Palmas (Sección 5.^a) de 28 de mayo de 2010 (*AC* 2010, 1603)
- Sentencia de Valencia (Sección 7.^a) de 20 de abril de 2012 (*AC* 2012, 1798)
- Sentencia de Valencia (Sección 6.^a) de 22 de febrero de 2013 (*JUR* 2013, 253080)

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de 13 de julio de 1988 (*RJ* 1998, 5967)
- Resolución de 25 de octubre de 1999 (*RJ* 1999, 7680)
- Resolución de 31 de marzo de 2000 (*RJ* 2000, 2739)
- Resolución de 19 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 5847)
- Resolución de 28 de noviembre de 2002 (*RJ* 2003, 151)
- Resolución de 17 de diciembre de 2002 (*RJ* 2003, 2176)
- Resolución de 18 de octubre de 2003 (*RJ* 2003, 8546)
- Resolución de 20 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 2376)
- Resolución de 21 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 5487)
- Resolución de 19 de enero de 2006 (*RJ* 2016, 2975)
- Resolución de 6 de julio de 2007 (*RJ* 2007, 6161)
- Resolución de 19 de septiembre de 2007 (*RJ* 2007, 6167)
- Resolución de 21 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 245)
- Resolución de 10 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 634)
- Resolución de 14 de mayo de 2009 (*RJ* 2009, 3006)
- Resolución de 9 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 6668)
- Resolución de 6 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 1981)
- Resolución de 23 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 1595)
- Resolución de 19 de enero de 2016 (*RJ* 2016, 2975)
- Resolución de 5 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4617)
- Resolución de 20 de octubre de 2016 (*RJ* 2016, 5682)
- Resolución de 4 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4348)
- Resolución de 8 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 1336)
- Resolución de 30 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 2512)
- Resolución de 13 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2999)
- Resolución de 10 de octubre de 2018 (*RJ* 2009, 634)
- Resolución de 27 de diciembre de 2018 (*RJ* 2017, 5862)

DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

- Resolución de 18 de febrero de 2021 (*RJ* 2021, 988)

VII. BIBLIOGRAFÍA

ACHÓN BRUÑÉN, M. (2006). La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 28, 37-86.

- ADÁN GARCÍA, M.E. (2014). La comunidad de bienes y el régimen económico matrimonial, en Reyes López (Coord.), *Comunidad de bienes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 341-362.
- AGUILAR RUIZ, L. (2010). Cesión gratuita de vivienda a un hijo: comodato o precario. Crisis matrimonial y facultad de recuperación del uso del inmueble: comentario a la STS de 13 de abril de 2009 (*RJ* 2009, 2895), *RADP*, núm. 24, 255-267.
- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2010). La comunidad de bienes, en García de Leonardo y Albiez Dohrmann (Coord.) *Situaciones de cotitularidad*, Madrid: Dykinson, 9-30.
- AMORÓS GUARDIOLA, M. (1967). La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios, *RCDI*, núm. 463, 1523-1586.
- ANGUITA RÍOS, R.M. (2011). Las distintas situaciones de la vivienda en régimen de sociedad de gananciales ante las crisis matrimoniales, *ADC*, núm. 2, 611-652.
- AÑÓN LARREY, A. (2020). El derecho sobre la vivienda familiar establecido por acuerdo entre los cónyuges como derecho real de uso y habitación en los casos de crisis matrimonial, *RBD*, núm. 30, 560-577.
- BALLARÍN MARCIAL, A. (1949). El Registro de la Propiedad español, *ADC*, núm. 2, 1949, 676-686.
- BELLO JANEIRO, D. (1995). El precario, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 1995, 161-180.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2012). La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común, *RCDI*, núm. 734, 3458-3508.
- BLANDINO GARRIDO, M.A. (1998). Régimen jurídico de los actos de gestión sobre la vivienda familiar de naturaleza ganancial, *La Ley*, núm. 2, 1963-1981.
- CABEZUELO ARENAS, A.L. (2012). La atribución del uso de las segundas residencias en los procedimientos matrimoniales, *RAD*, núm. 6, 73-83.
- (2018). Comentario a los artículos 219-24 a 219-29 de la Propuesta de Código civil, en Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), *Propuesta de Código civil*, Madrid: Tecnos, 382-384.
- CAÑIZARES LASO, A. y RODRÍGUEZ ROSADO, B. (2021). Las prohibiciones de disponer: el pacto de reserva de dominio, en DEL REY BARBA, S. y ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*, T. I, Valencia: Tirant lo Blanch, 371-424.
- CARRASCO PERERA, A.F. (2020). Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Pamplona: Thomson-Reuters, 2020.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1986). *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. 4 (Las particulares relaciones obligatorias), Madrid: Reus.
- CERVILLA GARZÓN, M.D. (2005). *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Barcelona: Marcial Pons.
- (2017). Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la Doctrina, en Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Reus, 13-38.
- (2017). Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar: revisión y puesta al día, *InDret*, núm. 4, 1-27.

- CHAPARRO MATAMOROS, P. (2019). Naturaleza y efectos jurídicos del derecho de uso de la vivienda familiar en España, *RDP*, BIB 2019/9329, 1-23.
- CORTADA CORTIJO, N. (2001). Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000, *CCJC*, núm. 56, 609-620.
- COSTAS RODAL, L. (2010). Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial, *RADP*, núm. 5, 23-32.
- CUADRADO PÉREZ, C. (2012). Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia, *RCDI*, núm. 743, 3149-3194.
- CUENA CASAS, M. (2012). Régimen jurídico de la vivienda familiar, en Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas (Dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. III, Pamplona: Thomson-Reuters, 275-441.
- CREMADES GARCÍA, P. (2008). Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores, *Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. 3.
- DE LA PUENTE ALFARO, F. (2005). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución, en Hernández-Moreno (Dir.), *Anales VI (2003-2004): Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral e Inmobiliario y Mercantil*, Barcelona: Grupo Difusión, 103-124.
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2017). La atribución de la vivienda familiar: estudio jurisprudencial en caso de cesión por terceros ajenos al vínculo matrimonial, en *Reflexiones jurídicas sobre cuestiones actuales*, Pamplona: Aranzadi, 243-258.
- DE LOS MOZOS, J.L. (1982). Comentario al artículo 1320, en Albaladejo García y Díaz Alabart (Dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, Vol. 1, Madrid: Edersa, 125-133.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G. (2015). El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana, *RCDI*, núm. 752, 3387-3466.
- DELGADO SÁEZ, J. (2015). Cesión gratuita de vivienda familiar, tras la crisis matrimonial, ¿comodato o precario?, en *Reflexiones sobre derecho privado patrimonial*, vol. V, Madrid: Ratio Legis, 121-137.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. III, Pamplona: Thomson-Civitas.
- ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona, Aranzadi.
- ESPIAU ESPIAU, S. (1992). *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, Barcelona: PPU.
- (1993). Comentario a la STS de 11 de diciembre de 1992, *CCJC*, núm. 31, 93-100.
- (1995). Comentario a la Sentencia de 31 de diciembre de 1994. Atribución judicial del uso de la vivienda familiar. Cesión en precario. Disposición de la vivienda. Oponibilidad a terceros, *CCJC*, núm. 38,667.
- FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (2018). *La transmisión de la propiedad en la compraventa*, Pamplona: Thomson-Reuters.
- FUENTES LOJO, J.V. (1995). Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994*, Barcelona: Bosch, 72-74.

- GARCÍA CANTERO, G. (1982). Comentario a los artículos 96 y 1320 del Código civil, en *Comentarios al Código y compilaciones forales*, T. II, Madrid: Edersa, 406-415 y 125-133.
- GARCÍA MAYO, M. (2019). *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Madrid: Reus.
- (2019). El arrendamiento forzoso de la vivienda tras la crisis familiar: una propuesta de futuro para España, *AC*, núm. 9, 1-27.
- (2020). Crisis familiar y vivienda propiedad de tercero, *RJN*, núm. 110, 405-442.
- GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V. (1994). Atribución de uso de vivienda familiar y *actio communi dividundo*, *AC*, núm. 5, 75-96.
- GARCÍA-RUIZ DE HUIDOBRO, A. (2021). El objeto de la inscripción, en DEL REY BARBA, S. y ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*, T. I, Valencia: Tirant lo Blanch, 297- 332.
- GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. (1986). La relevancia registral de la vivienda familiar y de los derechos sobre la misma, en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona: Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, 125-171.
- GIMÉNEZ DUART, T. (1988). La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge (ensayo contra el art. 1322), *AAMN*, t. 28, 233-364.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (1992). *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- GÓMEZ LINACERO, A. (2021). Precario y comodato diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida, *AC*, núm. 2.
- GORDILLO CAÑAS, A. (1982). La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia, *ADC*, núm. 4, 1111-1160.
- (2004). El principio de inoponibilidad, el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral, *ADC*, núm. 2, 381-547.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1994). Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial, *RDA*, Vol. I, BIB 1994/72.
- HERRERO GARCÍA, M.J. (1984). Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código civil, en *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 291-340.
- HORNERO MENÉNDEZ, C. (2000). Cesión de la vivienda a hijo casado: ¿comodato o precario? (Estudio jurisprudencial de una polémica), *RADP*, núm. 5, 129-144.
- ISAC I AGUILAR, A. (1096). Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: El uso de la vivienda conyugal, *RCDI*, núm. 577, 1721-1734.
- JUANES PECES, A. y GALVÁN ARIAS, J.R. (1992). La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial, *La Ley*, núm. 3, 969-974.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (2008). *Elementos de Derecho Civil*, Vol. IV (Familia), Madrid: Dykinson.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. (1968). *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona: Librería Bosch.

- LEGERÉN MOLINA, A. (2013). Comentario a la STS de 5 de noviembre de 2012, *CCJC*, núm. 92, 525-544.
- LLAMAS POMBO, E. (2014). *La compraventa*, Madrid: La Ley.
- LLORENTE SANSEGUNDO, I. (2007). *La opción de compra inmobiliaria en garantía*, Pamplona: Thomson-Reuters.
- LÓPEZ LIZ, J. (1998). *Bienes inmuebles y sociedad conyugal: adquisición, administración y disposición, hipoteca y embargo, con particular estudio del derecho real de uso especial de la vivienda familiar*, Barcelona: Bosch.
- LUCINI CASALES, A. (1990). La vivienda familiar en el régimen del Código civil reformado, *RCDI*, núm. 596, 87-119.
- LUNA SERRANO, A. (1982). *El nuevo régimen de la familia: La transformación del derecho de familia y la formación del jurista, matrimonio y divorcio*, Vol. I, Madrid: Civitas, 1982.
- LUQUE JIMÉNEZ, M.C. (2012). *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- LUQUE TORRES, G. (2002). *Crisis matrimoniales: consecuencias registrales y sucesorias*, Granada, Comares.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2008). El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?, *RDP*, núm. 2, 13-32.
- (2009). Comentario a la Sentencia de 2 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5587), *CCJC*, núm. 80, 677-694.
- MARÍN VELARDE, A. (2010). Atribución de la vivienda familiar: posición jurídica del cónyuge poseedor de la vivienda cuando la titularidad del inmueble pertenece en copropiedad a su consorte. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 (*RJ* 2010, 1274), *RADP*, núm. 25, 285-293.
- (2011). La debilidad de la posición jurídica del cónyuge no propietario poseedor de la vivienda familiar *ex* artículo 96 del Código civil. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010, *RADP*, núm. 26, 363-369.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. (2005). Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición, *AC*, núm. 19, 2309-2356.
- (2011). Procedencia o no del desahucio por precario de la esposa beneficiaria, en virtud de sentencia de separación, de la atribución del uso de la vivienda familiar perteneciente en copropiedad al marido y a un tercero: Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. IV, Madrid: Dykinson, 329-365.
- MARTÍN RETORTILLO, C. (1953). El comodato en nuestros días, *ADC*, 839-856.
- MATEO SANZ, J.B. (2019). Comentario al artículo 26 de la Ley Hipotecaria, en Domínguez Luelmo (Dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Pamplona: Thomson-Reuters, 570-608.
- MERINO GUTIÉRREZ, A. (1995). Venta de cosa ajena y venta de cosa ganancial, *La Ley*, 916-921.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2000), *Prólogo* al libro de RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E., *Disposición de bienes gananciales*, Pamplona: Aranzadi.

- MONDÉJAR PEÑA, M.I. (2002). Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 8, 437-448.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2013). Comentario al artículo 1320 del Código civil, en *Comentarios al Código civil*, t. VII, Valencia: Tirant lo Blanch, 9327-9335.
- MORENO NAVARRETE, M.A. (2012). Sentencia de 10 de octubre de 2011. Atribución del uso de la vivienda familiar en residencia distinta a la de la convivencia familiar durante el matrimonio, *CCJC*, núm. 89, 463-476.
- MURCIA QUINTANA, E. (1992). *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 CC)*, Madrid: Civitas.
- NASARRE AZNAR, S. (2011). Comentario a la Sentencia de 8 de octubre de 2010 (*RJ* 2010, 7445), *CCJC*, núm. 87, 1533-1550.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1986). El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales, *AC*, núm. 19, 1331-1335.
- ORDÁS ALONSO, M. (2008). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Barcelona: Bosch.
- PANIZA FULLANA, A. (2014). Atribución del uso de la vivienda familiar «versus» derecho de propiedad (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2013), *RDA*, núm. 9, 85-96.
- PAU PEDRÓN, A. (2001). Cuatro notas sobre el objeto de la publicidad registral, *La publicidad registral*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 269-284.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUEIRO, C. (1997). *El contrato de comodato*, Pamplona: Aranzadi.
- PÉREZ CONESA, C. (2012). División de la copropiedad y el derecho de uso sobre vivienda familiar. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012, *RDA*, núm. 3, 75-80.
- PÉREZ GURREA, R. (2011). La opción de compra en el tráfico inmobiliario: análisis jurisprudencial y efectos registrales, *RCDI*, núm. 727, 2883-2901.
- PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F. (2004). El derecho de personación en el proceso matrimonial del tercero propietario de la vivienda familiar. Comentario a la STC 166/2003 de 29 de septiembre, *DPC*, núm. 18, 343-359.
- PRETEL SERRANO, J.J. (2017). Naturaleza jurídica de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la práctica profesional, en Cerdeira Bravo de Mansilla (Coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Reus, 39-62.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.C. (1998) *La vivienda familiar arrendada*, Barcelona: Bosch.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2011). La sociedad de gananciales. La gestión de la sociedad, en Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. III, T. I, Pamplona: Thomson-Reuters, 863-1004.
- RAMS ALBESA, J.J. (1987) *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid: Tecnos.
- (1992). Comentario a la STS de 2 de diciembre de 1992, *CCJC*, 1075-1082.
- ROBLEDO VILLAR, A. (1995). La *actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial: mención especial a la STS (Sala 1.ª) de 14 de julio de 1994, *La Ley*, núm. 4, 981-987.

- ROCA SASTRE, R.M. (1965). El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma, *RCDI*, núm. 446-447, 781-829.
- ROCA TRÍAS, M.E. (1984). Comentario al artículo 96 del Código civil, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. I, Madrid: Tecnos, 607-614.
- (2011). Comentario al artículo 96 del Código civil, en Cañizares Laso, A. *et al* (Dir.), *Código civil comentado*, vol. I, Pamplona: Civitas, 521-526.
- RODRÍGUEZ CHACÓN, R. (1999). La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar, *RDF*, núm. 2, 21-66.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E. (2000). *Disposición de bienes gananciales*, Pamplona: Aranzadi.
- RUBIO TORRANO, E. (2010). Cesión gratuita de vivienda, ¿comodato o precario?: una jurisprudencia cada vez más consolidada (a propósito de la STS de 22 de octubre de 2009), *RADP*, núm. 2, 17-22.
- RUIZ RICO, J.A. (1995). Uso de la vivienda familiar (en nulidad, separación y divorcio) en su relación con el Registro de la Propiedad, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 174, 2059-2074.
- SALAZART BORT, S. (2001). *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Pamplona: Thomson-Reuters.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C. (2007). *La opción de compra*, Madrid: Dykinson.
- (2009). *La usucapión inmobiliaria*, Pamplona: Aranzadi.
- SERRANO ALONSO, E. (1986). La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio, en Viladrich Bataller (Coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Eunsa, 85-124.
- SERRANO GÓMEZ, E. (1999). *La vivienda en las crisis matrimoniales*, Madrid: Tecnos.
- SIMÓN MORENO, H. (2015). La copropiedad llamada «romana», en Nasarre Aznar (Coord.), *Bienes en común*, Valencia: Tirant lo Blanch, 169-226.
- TAMAYO CARMONA, J.A. (2003). *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Pamplona: Aranzadi.
- TORRES LANA, J.A. (1987). *Contrato y derecho de opción*, Madrid: Trivium.
- VATTIER FUENZALIDA, C. (1977). La matrimonial home en el régimen matrimonial inglés, en *La reforma del Derecho de familia, Cuadernos de Derecho Comparado*, núm. 1, Salamanca: Servicio de publicaciones de la Universidad de Salamanca, 73-109.
- VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2021). El tercero hipotecario, en DEL REY BARBA, S. y ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*, T. I, Valencia: Tirant lo Blanch, 571-605.
- VIVAS TESÓN, I. (2002). *El contrato de comodato*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (1993). La unión paramatrimonial y la vivienda familiar, *RGD*, núm. 584, 4243-4299.
- ZUMAQUERO GIL, L. (2013). El ejercicio de la acción de división de la cosa común no extingue el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar: comentario a la STS de 27 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 3383), *RADP*, núm. 32, 373-383.

NOTAS

¹ El apartado II del trabajo dedicado a los casos en los que la vivienda es propiedad de los cónyuges ha sido trabajado por Ignacio FERNÁNDEZ CHACÓN. Por su parte, los apartados III y IV relativos a la vivienda familiar propiedad exclusiva de un tercero o copropiedad con uno o ambos cónyuges han sido trabajados por Clara GAGO SIMARRO. Por razones estructurales y vista su incidencia en la formulación de una teoría unitaria acerca de la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar y sus repercusiones dominicales y posesorias, el apartado I dedicado a la inexistencia de un derecho autónomo sobre la vivienda familiar ha sido trabajado conjuntamente por ambos autores, como punto de partida de los restantes apartados.

² Cfr. PERTÍNEZ VÍLCHEZ, 2004, 345 y sigs.

³ Cfr., entre otros, O'CALLAGHAN MUÑOZ, 1986, 1333 y RAMS ALBESA, 1987, 109.

⁴ Pese a ello, continúa habiendo autores que optan por aferrarse a dicho esquema y pretenden perfilar primero la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar en abstracto —y al margen de la concreta y previa situación jurídica en la cual se enmarca la atribución de dicho derecho de uso— para posteriormente extrapolar sus conclusiones a cada uno de los distintos supuestos que pueden darse y enfrentarse nuevamente a la necesidad de hacer depender dicha naturaleza jurídica del concreto tipo de derecho en virtud del cual se venía poseyendo la vivienda familiar. Se trata, por ejemplo, del caso de GARCÍA MAYO, en cuya opinión «...siempre que la vivienda se hubiera venido poseyendo en virtud de un derecho de naturaleza real, al derecho de uso de la vivienda familiar, contemplado en el artículo 96 del Código civil, hemos de reconocerle naturaleza real —*ius in re*—, pues cuenta con los caracteres propios de este tipo de derechos», planteamiento que el autor sustenta sobre la idea de que al beneficiario del derecho de uso se le confiere un poder que le permite usar o servirse de dicha vivienda ajena o de propiedad compartida sin necesidad de la mediación de otra persona, atribuyéndole un poder directo e inmediato sobre la cosa. El problema es que dicha construcción debe ser matizada u orillada —como efectivamente hace dicho autor— desde el momento mismo en que se enfrenta con situaciones en las que se observa que el uso de la vivienda familiar vigente el matrimonio de la que deriva la atribución del derecho de uso tiene su origen en un contrato de arrendamiento, un comodato o una mera situación de precario, que no encuentran acomodo en la tesis del derecho real previamente preconizada en términos generales. De esta forma el posicionamiento «en abstracto» poco o nada aporta a la solución concreta de cada uno de los casos que la práctica cotidiana suscita. El hecho de afirmar que el uso de la vivienda familiar *ex* artículo 96 del Código civil se trata de un derecho real cuando esta se venía poseyendo con anterioridad por los cónyuges en virtud de un derecho real nos devuelve a la situación de partida pues, *contrario sensu*, ¿cabría colegir que se configuraría como un derecho personal cuando el título que previamente legitimaba su uso por los cónyuges era un derecho de tipo obligacional? Obviamente sí a la vista del análisis que el autor efectúa del caso particular de la vivienda familiar en alquiler a la luz del vigente artículo 14 LAU (GARCÍA MAYO, 2019, 173 y sigs.).

⁵ La SAP de Madrid de 24 de marzo de 1992 parece reconocer que el titular del derecho de uso de la vivienda familiar tiene título legítimo de posesión al desestimar la demanda de desahucio por precario ejercitada por el propietario del inmueble (padre del marido) contra la esposa titular del derecho de uso: «independientemente de la naturaleza jurídica que pueda atribuirse a la situación de precario, que algún sector doctrinal llega a equiparar con la de comodato del artículo 1740 del Código civil, es lo cierto que a través de las medidas provisionales de divorcio se señaló domicilio a la demandada en el piso (...) lo que ya de por sí constituye un título a favor de la demandada otorgado por un órgano jurisdiccional con facultad legal para llegar a tal decisión, y si bien es cierto que en tal resolución se aludía nominativamente a la demandada como beneficiaria de tal

atribución, debe aclararse que tal medida va encaminada a favorecer *el interés familiar más urgentemente necesitado de protección*».

⁶ Cfr., entre otros, BELLO JANEIRO, 1995, 173 y PERTÍNEZ VÍLCHEZ, 2004, 347. El primero de tales autores transcribe a tal efecto el razonamiento de la SAP de Cádiz (Sección 3.ª) 11 de diciembre de 1993, según la cual: «...la facultad de aprovechamiento de la vivienda conferida judicialmente en el marco de un proceso matrimonial no altera la naturaleza jurídica del título que servía de soporte al disfrute familiar de la vivienda en cuestión en épocas anteriores a la fractura matrimonial (...)» (FJ 4.º).

⁷ Se excluye por razones evidentes la propiedad exclusiva del cónyuge beneficiario del derecho de uso. *Vid. infra* apartado II.2 del presente trabajo.

⁸ Cfr. ROCA TRÍAS, 2011, 526.

⁹ Cfr. FJ 5.º STS de 18 de enero de 2010.

¹⁰ Cfr. SSTS de 14 de enero de 2010 y; 18 de enero de 2010.

¹¹ Cfr. CARRASCO PERERA, 2020,

¹² Cfr. SSTS, entre otras, de 14 de enero de 2010 (FJ 3.º); de 6 de marzo de 2015 (FJ 4.º) o; de 6 de febrero de 2018 (FJ 2.º).

¹³ Cfr., entre otros, ROCA TRÍAS, 1984, 609; y BERROCAL LANZAROT, 2012, 3464.

Así lo precisaba, por ejemplo, la SAP de Asturias (Sección 2.ª) de 3 de mayo de 2004, según la cual: «Se configura así el derecho de uso (...), al margen de cuál sea su naturaleza (real u obligacional), como un derecho propio, distinto al de propiedad que sobre la vivienda puedan ostentar uno o ambos excónyuges y oponible a terceros. Ahora bien, ello es perfectamente compatible y por ello no obsta en absoluto a la posibilidad de aplicación a tal derecho de uso de las reglas legales generales sobre extinción de derechos y, en este sentido, ya se le configure como un derecho real limitativo del dominio o como una carga obligacional, es evidente que la reunión en una misma persona del gravamen que representa y el dominio de la vivienda a que afecta ha de reputarse lo extingue, obviando así la necesidad de instar la correspondiente modificación de medidas para dejarlo sin efecto. Ello es así porque, si se califica tal derecho de uso como real, aun cuando en nuestro derecho no se regule con carácter general la consolidación como causa de extinción en esta sede, su aplicación general resulta de lo así dispuesto para el usufructo en el artículo 513.2 y, para el de servidumbre en el artículo 546.1, ambos del Código civil, siendo generalizada esa causa de extinción por la doctrina al resto de los derechos reales limitativos del dominio, desde el momento en que su razón de ser es de aplicación general en cuanto está basada en el principio *nemine res sua servit* esto es en la imposibilidad práctica de ostentar un derecho real limitativo sobre la propia cosa. Por otra parte, la consolidación como causa de extinción del derecho real es una figura paralela y equivalente a la confusión en las obligaciones a la que se refiere el artículo 1192 del Código civil estableciendo que “Quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor”. En definitiva (...) sería un contrasentido en sus propios términos que una misma persona fuera titular de un gravamen sobre su propia casa, esto es sujeto activo y pasivo de una misma relación jurídica (...) derivando su actual derecho de uso no de esa atribución sino de las facultades inherentes al derecho de propiedad» (FJ 3.º).

¹⁴ *Vid. en este sentido* las RRDGRN, entre otras, de 19 de enero de 2006; 6 de julio de 2007; 19 de septiembre de 2007; 10 de octubre de 2008; 14 de mayo de 2009; y 9 de julio de 2013.

¹⁵ Así lo destaca certeramente la RDGRN de 27 de diciembre de 2018, al precisar que «...el derecho de uso sobre la vivienda familiar integra, por un lado un derecho ocupacional, y por otro una limitación de disponer que implica que el titular dominical de la vivienda no podrá disponer de ella sin el consentimiento del titular del derecho de uso o, en su caso, autorización judicial (cfr. art. 96, último párrafo, CC)» (FJ 3.º), transcribiendo a su vez los razonamientos efectuados previamente en las RRDGRN de

19 de enero de 2016 (FJ 2.º) y; 20 de octubre de 2016 (FJ 2.º). *Vid.* en el mismo sentido las RRDGRN, entre otras, de 8 de marzo de 2018 o; 30 de mayo de 2018.

¹⁶ No en balde, el artículo 233-22 CCCat establece que «el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad». Fruto de este precepto, son numerosos los comentaristas que preconizan la naturaleza jurídico-real del derecho de uso, entendiendo que dicho derecho se encuentra sometido al régimen del artículo 562-7 CCCat con la especificidad que le da la atribución judicial (ESPIAU ESPIAU, 2008, 1384). Así lo pone asimismo de manifiesto la STS plenaria de 18 de enero de 2010, a cuyo tenor «el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el artículo 83.3 CF y el artículo 233-22 del proyecto de libro II del Código civil catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad» (FJ 5.º).

¹⁷ En el caso del Derecho civil francés el artículo 285 del *Code civil* configura el derecho de uso sobre la vivienda familiar como una especie de arrendamiento forzoso en favor del cónyuge beneficiario cuando dicha vivienda es propiedad exclusiva del otro: «*si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail au conjoint qui exerce seul ou en commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs de leurs enfants lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le commande*». Por su parte, con una clara influencia francesa, el artículo 1793 del Código civil portugués faculta al tribunal a establecer un arrendamiento sobre la vivienda de la familia a cualquiera de los cónyuges: «*Pode o tribunal dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada da família, quer esta seja comum quer própria do outro, considerando, nomeadamente, as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal. O arrendamento previsto no número anterior fica sujeito às regras do arrendamento para habitação, más o tribunal pode definir as condições do contrato, ouvidos os cônjuges, e fazer caducar o arrendamento, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justificarem*». Solución cuya posible aplicación al Derecho español plantea GARCÍA MAYO (2019, 1-27).

¹⁸ Cfr., entre otros, GÓMEZ GÁLLIGO, 1992, 129; O'CALLAGHAN MUÑOZ, 1986, 1333; HERRERO GARCÍA, 1984, 322; DE VERDA Y BEAMONTE y CARAPEZZA FIGLIA, 2015, 3412-3414; JUANES PECES y GALVÁN ARIAS, 1992, 974; LUNA SERRANO, 1982, 358; PRETEL SERRANO, 2017, 54; RAMS ALBESA, 1987, 109-113; ROBLEDO VILLAR, 1995, 985; y SERRANO GÓMEZ, 1999, 24.

¹⁹ Así, para GÓMEZ GÁLLIGO el uso de la vivienda familiar se configura como una especie de derecho real de uso de origen legal o forzoso (GÓMEZ GÁLLIGO, 1992, 129), configuración del derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho real de uso que comparte, asimismo, por RAMS ALBESA, 1987, 109-113.

²⁰ En opinión de LACRUZ BERDEJO *et al*, el derecho de uso de la vivienda familiar, pese a su difícil calificación jurídica, «...podría acaso considerarse como un derecho de habitación temporal no vitalicio constituido, con arreglo a la ley, por decisión judicial y, en cualquier caso, el cónyuge no titular a quien se otorgue el uso de la vivienda tendrá la cualidad de poseedor especial con título legítimo basado en la decisión judicial emanada en aplicación de este precepto (art. 96 CC)» (LACRUZ BERDEJO, 2008, 103). También se decantan por esta configuración del derecho de uso como un derecho de habitación, entre otros, LUNA SERRANO, 1982, 358; LUQUE JIMÉNEZ, 2012, 119; ISAC I AGUILAR, 1986, 1721-1734; o PRETEL SERRANO, 2017, 54.

²¹ No obstante, en el caso de autos la vivienda en la que residían los cónyuges era propiedad del padre del marido, dándose dicha ocupación de la vivienda con el correspondiente beneplácito de aquel. Fallecido el padre en noviembre de 1978 la propiedad del piso en cuestión pasó a los doce hijos del causante, habiéndose legado asimismo el

usufructo vitalicio de dicho piso a su esposa y viuda. Tras la muerte del causante el hijo que residía en dicha vivienda junto a su esposa continuó haciendo uso del inmueble como vivienda familiar con el beneplácito del resto de sus hermanos y de su madre. En mayo de 1987 dicho hijo se separa y en convenio regulador aprobado judicialmente atribuye el uso de la vivienda familiar a su esposa e hijos, encontrándose en ese momento en estado de indivisión la herencia paterna. El Tribunal Supremo se decantaba en este caso por la configuración del uso de la vivienda familiar como un derecho real de habitación oponible a terceros, pero teniendo en cuenta que la acción se ejercitó diez años después del fallecimiento del testador arguye como motivo para desestimar la demanda de la madre y los dos hermanos del marido el ejercicio abusivo del derecho *ex* artículo 7.1 del Código civil, pues en palabras del Tribunal se apreciaba una *sospechosa situación de confabulación por parte de la familia del marido, o alguno de sus integrantes, contra la recurrente y sus hijos*. Esta construcción ha sido acogida, asimismo, en otros pronunciamientos por el Alto Tribunal, aunque no en casos de propiedad exclusiva del cónyuge no beneficiario del derecho de uso. Así, en la STS de 20 de mayo de 1993 se trataba de un caso en el cual la vivienda pertenecía en gananciales a ambos cónyuges y en el que se analizaba la posible pervivencia de dicho derecho de uso (atribuido al marido) en caso de que la vivienda fuese enajenada a un tercero en un procedimiento de pública subasta, tal y como sostenía la esposa recurrente en casación. La sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao había atribuido al derecho de uso una virtualidad equiparable al derecho de propiedad, incompatible pues con una enajenación posterior de la vivienda a un tercero, que supondría la extinción del derecho de uso. Dicho planteamiento fue descartado por el Tribunal Supremo, al considerar que en el caso enjuiciado, y en aplicación del artículo 407 del Código civil, con motivo de la liquidación de la sociedad de gananciales dicho uso de la vivienda familiar por parte del esposo se configuró como un derecho real de uso y habitación, perfectamente compatible y no excluyente del derecho de propiedad sobre el inmueble. Haciéndose eco de dicho planteamiento, la misma orientación se apreciaba en la STS de 14 de julio de 1994, en un caso también en el que la vivienda pertenecía en proindiviso y al 50% a ambos cónyuges y se discutía la pervivencia del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido en convenio regulador a la esposa tras el ejercicio de la acción de división de la cosa común *ex* artículo 400 del Código civil instada por el esposo. En vista de tales circunstancias el Tribunal Supremo considera viable la acción de división, que no afectaría a la continuación del derecho de uso de la vivienda familiar por parte de la esposa —haciendo alusión a la solución alcanzada en este sentido en la STS de 22 de diciembre de 1992—, remitiéndose en cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de uso al planteamiento acogido en la antes referida STS de 20 de mayo de 1993, esto es, inclinándose por su configuración como un derecho real de uso y habitación. Vista dicha atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa dos de los hermanos del marido y la madre interpusieron una acción reivindicatoria para recuperar la posesión del piso en cuestión, alegando la situación de precarista de la esposa.

²² Como destaca ESPIAU ESPIAU, debe tenerse en cuenta que la atribución del uso de la vivienda familiar no puede suponer el reconocimiento de titularidad alguna al cónyuge que no la tenía antes de la crisis matrimonial, pues como hemos apuntado y destaca dicho autor el propio artículo 96 del Código civil alude al cónyuge no titular, lo que *per se* excluye la consideración como titular del cónyuge beneficiario de la atribución del uso de la vivienda (ESPIAU ESPIAU, 1993, 97 y ESPIAU ESPIAU, 1992, 183 y 200 y sigs.). Frente a dicho planteamiento, aduce GARCÍA MAYO que «...cuando el párrafo se refiere al “cónyuge no titular”, simplemente se puede estar refiriendo al cónyuge que no era titular originariamente, es decir, titular del derecho en virtud del cual se venía poseyendo la vivienda durante la estabilidad matrimonial» (GARCÍA MAYO, 2019, 103).

²³ Planteamiento formulado inicialmente por ROCA TRÍAS tras la reforma operada en 1981 (ROCA TRÍAS, 1984, 612 y 613 y, también ROCA TRÍAS, 2011, 522) y que, con unos u otros matices en cada caso, defienden asimismo, entre otros, SERRANO

ALONSO lo considera una mera facultad de usar y disfrutar de la vivienda (SERRANO ALONSO, 1986, 107); BLANDINO GARRIDO, 1998, 1963-1981; SERRANO GÓMEZ, 1999, 24; RODRÍGUEZ CHACÓN, 1999, 26 y 27; ACHÓN BRUÑEN, 2006, 37-86; LEGERÉN MOLINA, 2013, 532; o MURCIA QUINTANA, 1992, 252.

En línea similar, otros autores directamente señalan que lo que tiene el cónyuge beneficiario es únicamente una legitimación civil que le permite ejercitar las facultades posesorias aparejadas al título correspondiente al cónyuge titular de la vivienda, caso de DE LA PUENTE ALFARO, 2005, 116 y 117 o de CORTADA CORTIJO, 2001, 617-619.

²⁴ Con anterioridad, la STS del 4 de abril de 1997 ya calificaba el derecho de uso de la vivienda familiar como «un derecho de ocupación, que es oponible a terceros, sin que sea unánime (ni tiene por qué serlo, ni tiene trascendencia práctica) la opinión de si es derecho real».

²⁵ Según la cual: «De la ubicación sistemática de este precepto (art. 96) y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009)» (FJ 3.º).

²⁶ La misma orientación se observa en las más recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que abordan la problemática relativa a la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar. Cabe citar en este sentido, las RRDGRN, entre otras, de 20 de febrero de 2004; 19 de enero de 2016; 20 de octubre de 2016; 30 de mayo de 2018; o 27 de diciembre de 2018. Así, en esta última se precisaba cómo «...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 clasificación entre derechos reales y de crédito, ya que esta es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar (...)» (FJ 3.º).

²⁷ Cfr. ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 503.

²⁸ Razonamiento que aparece reiterado, asimismo, con posterioridad en las SSTS, entre otras, de 6 de marzo de 2015 (FJ 4.º) y 6 de febrero de 2018 (FJ 2.º).

²⁹ Cuestión distinta es que la limitación del poder de disposición del cónyuge titular prevista en dicho precepto tenga su razón de ser última o *ratio legis* en la protección de la familia y de las relaciones de buena fe entre los cónyuges (en tanto que el derecho de uso se configura como un derecho *per relationem*), a que alude el Alto Tribunal en su razonamiento.

³⁰ Como certeramente destaca PAU PEDRÓN «Objeto de la publicidad registral son las situaciones, jurídicas. Es decir, las circunstancias inherentes y duraderas que afectan a los inmuebles. Estas circunstancias pueden referirse: a) Al objeto: construcciones, plantaciones, excesos de cabida, volumen edificable, estado ecológico...; b) Al derecho: gravámenes, afecciones, cargas, condiciones, sustituciones, reservas, prohibiciones de disponer, estatutos de propiedad horizontal o de aprovechamientos por turno. Estas circunstancias duraderas tienen algún paralelismo —salvando las distancias— con los estados civiles de las personas. Así como el estado civil de las personas es el objeto del Registro civil, el estado civil de los inmuebles es el objeto del Registro de la Propiedad. Con terminología de la Resolución de 5 de junio de 1987 se podría decir que el conjunto de las situaciones jurídico-reales configura el estatuto de la propiedad inmueble (...). Paradigma de la situación jurídica es el derecho real —tanto el derecho real pleno como los derechos limitados— (...). Pero hay otras muchas situaciones jurídicas que, por ser tales, pueden acceder al Registro, y no son derechos reales: prohibiciones de disponer, condiciones, derechos de arrendamientos y retorno, afecciones, cargas reales, volúmenes edificables, estado ecológico, estatutos de propiedad horizontal... (...). No tiene, pues,

sentido el razonamiento habitual de plantear la proximidad de una determinada situación inscribible a la naturaleza del derecho real, para deducir una mayor o menor aplicabilidad del régimen de la publicidad (...). El razonamiento es equivocado. El legislador establece un régimen para la publicidad de las situaciones jurídicas inmobiliarias, no un régimen de publicidad de los derechos reales que solo pueda aplicarse cuando exista analogía sustantiva» (PAU PEDRÓN, 2001, 270 y 271). En la misma línea *vid.* LACRUZ BERDEJO, y SANCHO REBULLIDA, 1968, 92 y sigs. (especialmente 101).

³¹ A cuyo tenor «Los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles». Además, respecto a la tesis de la posesión se plantea la imposibilidad de concluir pura y llanamente que el cónyuge al que se le atribuye el uso de la vivienda familiar es un mero poseedor legítimo, negándole la titularidad de un derecho específico asociado a dicha posesión y sin diferenciar entre el fundamento en que se basaba su posesión durante el matrimonio y tras la crisis matrimonial. De ahí la crítica de algunos autores a la configuración del derecho de uso como situación meramente posesoria, de la que coligen su imposibilidad de acceso al Registro, caso, por ejemplo y entre otros, de GARCÍA MAYO, 2019, 105 y 106 GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, 1986, 150; y MARTÍN MELÉNDEZ, 2005, 2325-2327.

³² En este sentido *vid.* ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 503 y 504.

³³ A favor de la catalogación del derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho de naturaleza personal (con unos u otros matices) se posicionan, entre otros, GARCÍA-MAURINO y DEL CARPIO FIESTAS, 1994, 81; LUCINI CASALES, 1990, 100-101; MARTÍN MELÉNDEZ, 2005, 2326; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNAARRIAGA, 1998, 51.

Esta conclusión es compartida por CERVILLA GARZÓN, aun cuando considera que «ello no es óbice para dejar constancia de su creciente acercamiento a los derechos reales. Dicho acercamiento merece una atención del legislador (que no le presta) ya que, en verdad, el derecho de uso del excónyuge o exmiembro de la pareja se encuentra, cada vez más próximo a los derechos reales. La solución es bien sencilla: bastaría con suprimir la necesidad del consentimiento dual para cualquier acto dispositivo así como una declaración sobre su acceso al Registro» (CERVILLA GARZÓN, 2017, 22).

³⁴ Cfr. RRDGRN, entre otras, de 25 de octubre de 1999; 19 de septiembre de 2007; 19 de enero de 2016; 20 de octubre de 2016; 8 de marzo de 2018; 30 de mayo de 2018; o 27 de diciembre de 2018.

³⁵ Asimismo, el artículo 2.4.º LH expresamente se refiere a la inscripción registral de cualesquiera resoluciones judiciales «...por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes», fórmula dentro de la cual, siquiera analógicamente, puede encontrar cabida la atribución judicial del derecho de uso sobre la vivienda familiar, máxime habida cuenta de que el artículo 10 RH precisa que tales resoluciones judiciales «...no son solo las que expresamente declaren la incapacidad de alguna persona para administrar sus bienes o modifiquen con igual expresión su capacidad civil en cuanto a la libre disposición de su caudal, sino también todas aquellas que produzcan legalmente una u otra incapacidad, aunque no la declaren de un modo terminante», englobando, por ejemplo, las limitaciones dispositivas del patrimonio del concursado a que se refiere el artículo 558 del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Vid.* a este respecto, entre otros, GARCÍA RUIZ DE HUIDOBRO, 2021, 314 y 315.

³⁶ Cfr., entre otros, RUIZ RICO, 1995, 2068; SERRANO GÓMEZ, 1999, 23-25; BERROCAL LANZAROT, 2012, 3502; y DE VERDA Y BEAMONTE Y CARAPEZZA FIGLIA, 2015, 3412-3414.

³⁷ Así, tal y como explican, entre otros, ELORRIAGA DE BONIS y BERROCAL LANZAROT ha de tenerse en cuenta que la tutela de la vivienda familiar en Derecho comparado se instrumenta a través de dos grandes sistemas (ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 103 y sigs. y BERROCAL LANZAROT, 2012, 3466 y 3467). Nos encontramos

con ordenamientos que se basan en la creación de un derecho autónomo de ocupación de dicha vivienda que tiene acceso al Registro de la Propiedad y es oponible *erga omnes* una vez que se produce dicha constancia registral, configurándose el derecho de uso basado en la ocupación del cónyuge no titular como una especie de carga o gravamen sobre el inmueble que puede cederse a terceros, como se aprecia en el caso del Derecho inglés en la *Matrimonial Homes Act* de 1983 (vid. Vattier Fuenzalida, 1977, 73-109; y ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 104-108).

Por otro lado, en el ámbito del Derecho continental europeo la solución dominante se articula a través de la restricción del poder de disposición del cónyuge titular, permitiendo al cónyuge no titular la impugnación de los negocios dispositivos sobre la vivienda realizados sin su consentimiento, como se aprecia en el caso del Derecho español a través de la regla prevista en los artículos 1320 y 1322 del Código civil vigente el matrimonio. En nuestra opinión, en el caso del artículo 96 del Código civil aplicable tras la crisis matrimonial, visto el actual planteamiento del Tribunal Supremo, en los casos de propiedad exclusiva del cónyuge no beneficiario del derecho de uso, dicho derecho se configuraría como un derecho autónomo de ocupación (único supuesto en que según la STS plenaria de 18 de enero de 2010 la resolución judicial puede tener algún tipo de virtualidad transformado de la situación jurídica previa respecto a la vivienda del cónyuge no titular), que, en cierta medida, se asemeja al modelo inglés apuntado. De tal forma que puede decirse que el modelo español opta por ambos de los modelos descritos (prohibición de disposición y creación de un derecho de ocupación) en función del momento en el que nos encontremos: durante el matrimonio y tras la crisis matrimonial, tal y como algunos autores han destacado (cfr., entre otros, CUENA CASAS, 2012, 298 y 299 y BERROCAL LANZAROT, 2012, 3467).

³⁸ Así lo afirmaba certeramente la RDGRN de 10 de octubre de 2008, según la cual: «Siendo el contenido del derecho de uso el de contar con el consentimiento de su titular para la enajenación de la vivienda, no es precisa su expresión cuando corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de dicha vivienda, ya que en ningún caso se podrá proceder a la enajenación sin su consentimiento» (FJ 2.º).

³⁹ La expresa referencia actual a la posibilidad de acceso al Registro del derecho de uso *ex* artículo 96 del Código civil deja sin efecto razonamientos según el cual cuando los derechos de naturaleza personal tienen reconocida trascendencia *erga omnes* y por tanto son oponibles a terceros el legislador expresamente reconoce su posibilidad de constancia registral, poniendo como ejemplo el caso del arrendamiento del artículo 2.5.º LH. De tal forma que pese a la reforma operada no existe inconveniente alguno en afirmar que el derecho de uso de la vivienda familiar puede ser catalogado como un derecho personal con trascendencia jurídico-real, solución expresamente ratificada por el legislador en el nuevo artículo 96.3 CC.

⁴⁰ La posibilidad de acceso al Registro que recoge el actual artículo 96 del Código civil dejaría sin efecto la configuración del derecho de uso como un derecho de naturaleza familiar, admitiendo en consecuencia su naturaleza real, ya que de conformidad con el tenor literal de la sentencia referida «...el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el artículo 83.3 CF y el artículo 233-22 del proyecto de libro II del Código civil catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la propiedad».

⁴¹ De acuerdo con dicho artículo 233-22 CCCat: «El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad».

⁴² La referida Ley 72 del Fuero Nuevo de Navarra establece en su apartado seis *in fine* que «El derecho de uso podrá ser inscrito o anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad».

⁴³ *Vid.* STC de 16 de septiembre de 2021 (FJ 6.º). En contra de la constitucionalidad del reconocimiento en la Ley Foral navarra del acceso al Registro de la Propiedad se pronuncia el voto particular formulado por el magistrado Andrés Ollero Tassara.

⁴⁴ Como pone de manifiesto la RDGRN de 6 de marzo de 2014 «la naturaleza del derecho de opción es controvertida, un sector de la doctrina y jurisprudencia sostiene que el contrato de opción de compra es un derecho personal y no un derecho real, pues no otorga un poder directo sobre la cosa así las SSTs de 9 de octubre de 1987, 13 de febrero de 1997, 6 de noviembre de 1989, 24 de octubre de 1990 y 11 de abril de 2000 entre otras. Sin embargo, otras sentencias del Alto Tribunal configuran el derecho de opción como un derecho real, así las de 10 de septiembre de 1998 y 26 de septiembre de 1991. De igual modo la doctrina de esta Dirección General ha señalado la posibilidad de configurar el derecho de opción como derecho real inscribible, así la Resolución de 7 de diciembre de 1978 o como derecho personal como admite la Resolución de 7 de septiembre de 1982. Pero cualquiera que sea la posición doctrinal que se adopte respecto de la naturaleza del derecho de opción, es indudable que al acceder al Registro provoca efectos reales que afectan a todo tercero que con posterioridad obtenga un derecho sobre la finca y para ello deben cumplirse los requisitos del artículo 14 RH. Una vez inscrito el derecho de opción queda sometido a los principios generales que rigen nuestro sistema hipotecario». A propósito de las distintas formulaciones doctrinales en torno a la naturaleza del derecho de opción cfr. entre otros muchos, FERNÁNDEZ CHACÓN, 2018, 228; LLAMAS POMBO, *La compraventa*, 2014, 189; LLORENTE SANSEGUNDO, 2007, 57; PÉREZ GURREA, 2011, 2893; SANCINIENA ASURMENDI, 2007, 159; y TORRES LANA, 1987, 122.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que la opción de compra es únicamente uno de los casos en los que, pese a reconocerse su carácter personal —si es que uno se decanta por dicha naturaleza jurídica del derecho de opción— puede advertirse el carácter no absoluto de la regla de inscribibilidad únicamente de los derechos reales. Son varias las situaciones jurídico-personales respecto a las que expresamente el legislador contempla su acceso al Registro, cual acontece con: el derecho de arrendamiento, subarriendo, cesión y subrogación (art. 2.5 LH); el derecho de retorno arrendaticio (art. 15 RH); los derechos personales asegurados con anotación preventiva (art. 42 LH); o, los derechos personales asegurados con garantía real inscrita, como el crédito garantizado con hipoteca o el derecho a percibir pensiones periódicas en los censos no enfitéuticos (arts. 98 LH y 9 RH). Cfr., entre otros, LACRUZ BERDEJO, y SANCHO REBULLIDA, 1968, 105 y sigs.; y GARCÍA RUIZ DE HUIDOBRO, 2021, 325-327.

⁴⁵ Cfr., entre otros GARCÍA CANTERO, 1982, 414 y 415; GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, 1986, 151-160; GORDILLO CAÑAS, 1982, 1154 y 1155; y HERRERO GARCÍA, 1984, 325-327.

⁴⁶ Esta conclusión es puesta de manifiesto por CUENA CASAS, al afirmar que «el valor del consentimiento del cónyuge no titular en situación de normalidad y de crisis matrimonial es distinto, a pesar de la aparente simetría entre los artículos 1320 y 96.IV CC» (CUENA CASAS, 2012, 310).

⁴⁷ Como destaca la RDGRN 5 septiembre 2016: «La doctrina de esta Dirección General ha sido constante, admitiendo que el derecho de uso con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya, es inscribible teniendo como efecto fundamental su oponibilidad a terceros, ya sea como prohibición de disponer *ex* artículo 26.2 de la Ley Hipotecaria, o como verdadero derecho real ya que constituye una limitación a las facultades de dispositivas del cónyuge propietario, al que no se le atribuye el uso, que produce efectos *erga omnes* [*vid.* RRDGRN de 25 de octubre de 1999; 31 de marzo de 2000; 19 de mayo de 2000 y 19 de septiembre de 2007]» (FJ 2.º). A favor de dicha catalogación del artículo 96 del Código civil, en su versión a la reforma operada por la Ley 8/2021, como una prohibición de disponer se posiciona GÓMEZ GALLIGO, 1992, 129 y 130. De hecho, visto el tenor literal del artículo 96 del Código civil una vez atribuido

judicialmente el derecho de uso la prohibición de disponer prevista en dicho artículo 96 del Código civil podría tener encaje dentro de las prohibiciones legales del apartado 1.º del artículo 26 LH.

⁴⁸ Cfr. MATEO SANZ, 2019, 590. No obstante, tampoco faltan autores en cuya opinión la limitación dispositiva prevista en el artículo 1320 del Código civil no puede catalogarse *stricto sensu* como una prohibición legal de disponer ex artículo 26 LH, al entender que la regla instaurada en dicho precepto «...no se trata de un recorte al poder de disposición que haría nulo el acto dispositivo en su vertiente traslativa, en todo caso solo podría admitirse en el supuesto de disposiciones a título gratuito a las que hace referencia el artículo 1.322.2 del Código civil en el caso de bienes comunes y en ese supuesto se trataría más bien de falta del poder de disposición y no de una limitación al poder de disposición» (CAÑIZARES LASO, y RODRÍGUEZ ROSADO, 2021, 379).

⁴⁹ Cfr., entre otras, las RRRGN de 10 de octubre de 2008 (FJ 2.º); de 8 de marzo de 2018 (FJ 3.º); y de 30 de mayo de 2018 (FJ 3.º).

⁵⁰ Así, a favor de la aplicación del artículo 1322 del Código civil como sanción a los actos dispositivos realizados por el cónyuge titular sobre la vivienda familiar atribuida ex artículo 96 del Código civil sin consentimiento de su excónyuge o de la correspondiente autorización judicial se posicionan, entre otros muchos, GORDILLO CAÑAS, 1982, 1154-1155; ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 550; GARCÍA CANTERO, 1982, 415; y BLANDINO GARRIDO, 1998, 13. En el caso de CERVILLA GARZÓN, aun cuando rechaza la aplicación directa del artículo 1322 del Código civil comparte la sanción en él contemplada: la anulabilidad del acto dispositivo (CERVILLA GARZÓN, 2005, 69-73).

⁵¹ En el mismo sentido se pronuncia la STS de 31 de diciembre de 1994, según la cual «el citado artículo [art. 1320 CC] habla de *disponer de los derechos sobre la vivienda*, por lo que tales derechos pueden ser tanto de carácter real como personal, y en consecuencia los cónyuges tendrán que actuar de consuno para enajenar la propiedad, extinguir el usufructo o cualquier derecho, en virtud del cual se habite la finca y no pueda continuarse la habitación; no cabe renunciar al arrendamiento o realizar cualquier acto que genere la pérdida del derecho a ocupar la vivienda». Asimismo, cfr. STS de 6 de marzo de 2015.

⁵² En el caso objeto del recurso analizado en dicha RDGRN de 13 de junio de 2018 se trataba —tal y como la propia Dirección precisaba al inicio de su fundamentación jurídica— de «...determinar si la constitución de una servidumbre de paso sobre la azotea de un inmueble, propiedad del marido, en el que radica la vivienda habitual de los cónyuges, exige el consentimiento de la esposa» (FJ 1.º).

⁵³ En atención a dicho razonamiento la resolución transcrita descartó la inclusión dentro de los actos dispositivos proscritos por el artículo 1320 del Código civil de una servidumbre de la que no deriva la posibilidad de eliminación o sustancial privación del goce de la vivienda o perturbación de la convivencia familiar en la misma.

⁵⁴ Cfr., entre otros, DE LOS MOZOS, 1982, 129; COSTAS RODAL, 2009, 1567; y BERROCAL LANZAROT, 2012, 3482. No obstante, vista la ausencia de sustracción del uso de la vivienda familiar protegido por el artículo 1320, la posibilidad de enajenación de la nuda propiedad con reserva del derecho de usufructo sin consentimiento del otro cónyuge resulta ciertamente controvertida a nivel doctrinal. Para una sistematización de las posturas existentes al respecto *vid.* ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 278 y sigs.

Recientemente, la RDGSJFP de 18 de febrero de 2021 considera que la donación por un cónyuge de la nuda propiedad de la vivienda familiar, con reserva por el mismo del usufructo, no exige el asentimiento del otro cónyuge ex artículo 1320 del Código civil, argumentando que «en este caso concreto de disposición de la nuda propiedad, no hay elemento objetivo alguno del que resulte posibilidad de eliminación o sustancial privación del goce de la vivienda o perturbación de la convivencia familiar en la misma. A mayor abundamiento, como se alega por el recurrente, en el momento en que el

usufructo se extinga por fallecimiento de su titular, quedaría disuelto el matrimonio, y habrá dejado de existir un domicilio conyugal».

⁵⁵ Cfr., entre otros, GÓMEZ GÁLLIGO, 1992, 125 y MATEO SANZ, 2019, 590. La jurisprudencia es pacífica actualmente respecto a la sanción aplicable a los actos dispositivos realizados por uno de los cónyuges sujetos a la regla del artículo 1322 del Código civil, a diferencia de cuanto acontecía con el antiguo artículo 1413 del Código civil con anterioridad a 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 del matrimonio, bajo cuya vigencia no existía una solución jurisprudencial unívoca en lo atinente a su régimen de invalidez, que oscilaba entre la nulidad radical, la mera anulabilidad o incluso la mera rescindibilidad o ineficacia parcial, tal y como destacaba la STS de 9 de mayo de 2007. Problema que actualmente ha sido superado, como demuestran, entre otras, las SSTS de 6 de diciembre de 1983; 2 de julio de 1985; 20 de febrero de 1988; 7 de junio de 1990; 11 de octubre de 1990; 29 de septiembre de 2006; 5 de junio de 2008; 23 de septiembre de 2010; 8 de octubre de 2010; 16 de abril de 2012 o; 6 de marzo de 2015.

Pese a lo pacífico de la cuestión a nivel jurisprudencial hoy en día, en nuestra opinión la sanción de anulabilidad del acto dispositivo realizado por el cónyuge titular sin el consentimiento del otro cónyuge o autorización judicial prevista en el referido artículo 1322 del Código civil supone una confusión por parte del legislador entre los planos jurídico-real y jurídico obligacional. La solución correcta habría sido, pues, que cuando el artículo 1322 del Código civil se introdujo en la reforma operada en 1981 el legislador hubiese optado por sancionar la ausencia de efectos jurídico-reales del acto dispositivo sobre la vivienda familiar, sin perjuicio de su validez en el plano jurídico obligacional. Planteamiento personal que, no obstante, es una crítica en sede de *lege ferenda* que escapa al ámbito de este trabajo y que en nada empece las conclusiones apuntadas en el texto principal, sin perjuicio de que dicha crítica sea compartida por diversos autores, caso, entre otros, de GIMÉNEZ DUART, hablando sencillamente de ineficacia atributiva de la enajenación (GIMÉNEZ DUART, 1988, 329, 331, 333 y 343). Asimismo, cfr., entre otros, FERNÁNDEZ CHACÓN, 2018, 194; MERINO GUTIÉRREZ, 1995, 919 y 920; MIQUEL GONZÁLEZ, 2000, 24; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, 2000, 158 y CUENA CASAS, 2012, 303 y sigs.

⁵⁶ Cfr., entre otros, CUENA CASAS, 2012, 324-325; MORALEJO IMBERNÓN, 2013, 9334; y BERROCAL LANZAROT, 2012, 3463-3464 y 3488-3489. Como acertadamente explica esta última, la entrada en juego de dicho artículo 33 LH implica la imposibilidad del tercero adquirente de la vivienda familiar de consolidar la adquisición de la propiedad del inmueble *ex artículo 34 LH* dada la invalidez del título. Dentro de la invalidez a que se refiere dicho artículo 33 LH se incluyen, los supuestos de anulabilidad, caso del referido artículo 1322 del Código civil (cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, 2019, 650).

⁵⁷ En puridad, a efectos de la inscripción registral del acto dispositivo en cuestión, la necesidad de consentimiento del otro cónyuge o autorización judicial supletoria se restringe en el Reglamento Hipotecario a los actos relativos a bienes gananciales (arts. 93.2 RH y 1322 CC), sin que exista previsión equivalente respecto a los actos dispositivos sobre la *vivienda habitual* de la familia a que alude el artículo 1320 del Código civil, en cuyo caso basta con que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter (art. 91.1 RH). Así lo estima por lo demás la Dirección General de los Registros y del Notariado tal y como se aprecia nitidamente, por ejemplo, en la RDGRN de 13 de junio de 2018, según la cual: «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 o la autorización prescritos en el artículo 1320 del Código civil, bien la justificación de que el inmueble no tiene el carácter de vivienda habitual

de la familia, bien que el disponente lo manifieste así. Del juego de todos los preceptos anteriormente relacionados resulta que es necesario que, en los actos de disposición que realice uno de los esposos por sí solo sobre una vivienda de su titularidad, el cónyuge disponente manifieste en la escritura que tal vivienda no constituye la vivienda habitual de la familia, pues, de lo contrario, es obligado que medie el consentimiento de su consorte, o la pertinente autorización judicial supletoria» (FJ 4.º).

⁵⁸ La referencia prevista en el artículo 1320 del Código civil, párrafo segundo, a la imposibilidad de que la manifestación errónea o falsa del cónyuge disponente acerca del carácter de la vivienda y su catalogación como no familiar perjudique al adquirente de buena fe no implica la convalidación del negocio dispositivo anulable realizado por el cónyuge titular *ex* artículo 1322 del Código civil. De ahí que el adquirente de buena fe a que se refiere el artículo 1320 del Código civil es únicamente el sub-adquirente del tercero al que se le ha vendido la vivienda sin consentimiento del otro cónyuge (cfr. BERROCAL LANZAROT, 2012, 3488-3489). Dicho sub-adquirente sí que podrá ser considerado tercero hipotecario de buena fe del artículo 34 LH, pues basta la manifestación por el cónyuge titular del carácter no familiar de la vivienda requerido por el artículo 91.1 RH para que el tercero adquirente pueda proceder a la inscripción de su adquisición en el Registro, de forma que cuando este lo vende el sub-adquirente podrá claramente beneficiarse de la protección derivada de la fe pública registral del artículo 34 LH cuyos requisitos concurre en su persona. Sin embargo, la STS de 11 de diciembre de 1992 expresamente destacaba cómo «...el adquirente a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1320 no es propiamente el tercero hipotecario sino el primer adquirente fuera del círculo conyugal por el título que sea del bien en cuestión», aunque sin efectuar ulteriores precisiones al respecto, en un caso en el que se concluyó que la venta de la vivienda familiar efectuada por la hija del marido (al que este último se la había donado) tras la atribución judicial del uso a la esposa obligaba al adquirente que inscribió su adquisición en el Registro a respetar dicho derecho de uso, pese a la aplicación al supuesto enjuiciado a la normativa anterior a la reforma operada en 1981, en la que se introdujo la limitación dispositiva del artículo 96 del Código civil.

⁵⁹ *Vid.* en este sentido las SSTs, entre otras muchas, 25 de mayo de 1983; 2 de julio de 1985; 7 de junio de 1990; 5 de julio de 1994; 29 de septiembre de 2006; 15 de enero de 2008 y; 5 de junio de 2008. Sobre estas distintas modalidades de consentimiento del cónyuge al acto dispositivo realizado sin su expresa participación *vid.*, entre otros, SANCINENA ASURMENDI, 2009, 125; y RAGEL SANCHEZ, 2011, 884-888.

⁶⁰ Para un comentario sobre la referida sentencia, *vid.* MARÍN VELARDE, 2011, 363-369. Entre otras cosas, en dicho comentario la autora comparte la decisión del Tribunal Supremo, visto que en el asunto de autos quedó acreditado el cumplimiento la medida de control *ex* artículo 1320 del Código civil. Pese a ello, la referida autora pone de manifiesto que «las normas reguladoras del régimen jurídico de la vivienda familiar, especialmente en las situaciones de crisis matrimonial, precisan que el ordenamiento jurídico sea más permeable a los intereses de quienes están más necesitados de protección. Piénsese que en el supuesto de hecho sobre el que se pronuncia el Tribunal Supremo, la recurrida pierde el derecho a poseer la vivienda, sin ser prestataria del préstamo que motivó la constitución de la hipoteca, pues es obligación del marido satisfacer los importes del mismo, y este tras la separación matrimonial deja de pagarlos, conducta que desencadena la pérdida de la posesión de la vivienda por la esposa e hijas».

⁶¹ La sentencia de primera instancia desestimó la demanda de desahucio por precario al entender que el adquirente del inmueble en subasta pública (padre del marido) era conocedor del derecho de uso de la vivienda en virtud de la sentencia anterior de separación. Sin embargo, la SAP de A Coruña (Sección 6.ª) de 24 de octubre de 2006 estimó el recurso de apelación declarando la procedencia del desahucio por precario, pues la pérdida de la propiedad del inmueble en el asunto de autos traía causa de una ejecución forzosa y, en consecuencia, no pueden invocarse tal clase de derechos frente a quienes son

terceros respecto de la relación jurídica en la que se llevó a cabo la atribución posesoria aducida por la esposa. Según la Audiencia: «...puesto que aunque la demandante y su difunto esposo sabían sin duda, dada su relación de parentesco con el matrimonio, que el uso de la vivienda se había atribuido a los demandados cuando adquirieron la casa, la adquisición del bien se produce en ejercicio legítimo de su derecho y de forma forzosa e impuesta a los titulares dominicales del bien, por lo que no estamos —como en todos los referidos casos de jurisprudencia tuitiva de los ocupantes— ante una adquisición nacida del ejercicio voluntario de derechos por parte de los miembros del matrimonio, sino ante la pérdida forzosa del derecho dominical que necesariamente ha de llevar aparejada la inoponibilidad al adquirente del régimen de uso interno que pudiera haberse establecido en el litigio previo seguido entre los cónyuges (...) la sentencia que homologue el convenio de separación o divorcio, no altera la titularidad en virtud de la cual los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual, por lo que si se pierde de forma forzosa la titularidad dominical que justificaba la posesión del inmueble, no pueden invocarse tal clase de derechos frente a quienes son terceros respecto de la relación jurídica en la que se llevó a cabo la atribución posesoria que se invoca».

⁶² En particular, el Tribunal Supremo se limita en dicha sentencia a afirmar que: «Adquirido el inmueble por un tercero en un proceso de ejecución, derivado del impago de una deuda del matrimonio, no puede ahora oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrente y su hijo en sentencia de separación. Desde el momento en el que la demandada y el que fue su esposo perdieron la propiedad de la vivienda, el uso que aquella ha venido dando al inmueble no se justifica por la sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia, sino por la mera tolerancia del nuevo propietario, circunstancia que exige caracterizar esta ocupación como un precario».

⁶³ En el caso enjuiciado por dicha STS de 6 de marzo de 2015 la vivienda privativa del marido fue adquirida en 1996 estando soltero, subrogándose para su adquisición en el préstamo hipotecario que pesaba sobre el inmueble. Con posterioridad contrajo matrimonio fruto del cual nació una niña, divorciándose el matrimonio en 2006 y atribuyéndose el uso de la vivienda familiar a la esposa beneficiaria de la guarda y custodia de la menor. Producido el impago del préstamo en julio de 2009 la entidad prestamista inició un procedimiento de ejecución hipotecaria que dio lugar a la subasta del piso en octubre de 2010. La esposa compareció en la subasta judicial con la intención de hacer valer su derecho de uso sobre la vivienda familiar. Adjudicada la vivienda al rematante este instó el lanzamiento de la vivienda de la mujer y su hija, a lo que esta se negó aduciendo la atribución judicial del derecho de uso sobre la vivienda. El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Paterna estimó la demanda de desahucio por precario, mientras que la SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 22 de febrero de 2013 estimó el recurso de apelación interpuesto por la esposa desestimando la demanda de desahucio por precario del rematante propietario de la vivienda. El Tribunal Supremo, tras recordar el planteamiento adoptado por la Sala Primera tras la STS plenaria de 18 de enero de 2010, trae a colación la STS de 8 de octubre de 2010 y amolda la tesis en ella acogida a las circunstancias particulares del caso enjuiciado. Así, la Sentencia concluye cómo en este caso no resultaría aplicable la limitación dispositiva del artículo 1320 del Código civil, pues cuando el marido se subrogó en el préstamo hipotecario para la adquisición del inmueble, que posteriormente se convertiría en la vivienda familiar, no existía ni matrimonio, ni convivencia ni, obviamente, la consideración de vivienda familiar del bien hipotecado. De ahí que considera que «Aquí el consentimiento de la esposa no puede exigirse para la constitución de la hipoteca por tales circunstancias, y tal consentimiento se desplaza al acto de aceptar que ocupen tras el matrimonio, como vivienda familiar el bien privativo del marido que este trae al mismo con tal naturaleza pero gravado con hipoteca. El negocio fue, pues, válido, y la conclusión debe ser que, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda contraída por el marido para su adquisición, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrente y su hija (...), ya que

la pretendida carga, esto es, el derecho de uso, es en todo caso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca cuya existencia era previa a la celebración del matrimonio, aceptando la esposa que dicho bien, que garantizaba con hipoteca el precio de su adquisición por el marido en estado de soltero, constituyese la vivienda familiar cuando contrajeran matrimonio» (FJ 4.º).

⁶⁴ Cfr. RDGRN de 8 de marzo de 2018 (FJ 3.º *in fine*).

⁶⁵ Máxime si se tiene en cuenta que la sanción prevista en el referido artículo 1322 del Código civil resulta aplicable a los actos dispositivo realizados por el cónyuge titular de la vivienda familiar constante el matrimonio, en la medida en que se trata de un precepto ubicado en sede de régimen económico matrimonial primario; luego tras la disolución del régimen económico matrimonial no podrá alegarse la sanción referida. La inaplicabilidad del artículo 1322 del Código civil a los actos dispositivo sobre la vivienda familiar en los supuestos del artículo 96 es defendida igualmente, entre otros, por ESPIAU ESPIAU, 1992, 253; MONDÉJAR PEÑA, 2002, 443; o TAMAYO CARMONA, 2003, 124.

Tampoco han faltado autores en cuya opinión la anulabilidad del acto dispositivo realizado por el cónyuge titular sobre la vivienda sobre la que recae el derecho de uso sin el consentimiento del cónyuge beneficiario, pese a no poder instrumentarse a través del artículo 1322 del Código civil, en atención a las razones apuntadas, sí que podría hacerse valer *ex* artículo 1301 del Código civil (cfr. LUCINI CASALES, 1990, 112; y MARTÍN MELÉNDEZ, 2005, 2348). Más acertado resulta, sin embargo, el planteamiento de acuerdo con el cual la inaplicabilidad del referido artículo 1322 del Código civil tendría como correlato la plena validez del acto dispositivo realizado por el cónyuge titular sin el consentimiento del cónyuge beneficiario del derecho de uso, pero debiendo el tercero adquirente pechar con la ocupación de la vivienda por parte de este último, dada la inoponibilidad del acto dispositivo frente al cónyuge titular del derecho de uso (cfr. ESPIAU ESPIAU, 1992, 239 y sigs.).

⁶⁶ Como destaca CUENA CASAS «El valor del consentimiento del cónyuge no titular en situación de normalidad y de crisis matrimonial es distinto, a pesar de la aparente simetría entre los artículos 1320.1 y 96.4 del Código civil. En situación de crisis, el consentimiento es necesario para permitir la extinción del derecho de uso y que el tercero que adquiera la vivienda lo haga libre de cargas, pero no para la validez del acto dispositivo, no siendo aplicable en esta sede el artículo 1322 del Código civil. El alcance de las consecuencias derivadas del mismo evidencia que en situaciones de crisis matrimonial, el cónyuge usuario presta un verdadero consentimiento por cuanto implica la renuncia a un derecho atribuido judicialmente» (CUENA CASAS, 2012, 310). Así se desprende, por lo demás, de la catalogación del derecho de uso sobre la vivienda familiar como un derecho ocupacional de naturaleza familiar. Como recuerda la RDGRN de 19 de enero de 2016 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 clasificación entre derechos reales y de crédito, ya que esta es una división 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 (art. 96 CC)». Como consecuencia de ello y así lo señala la RDGRN de 8 de marzo de 2018 «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». En la misma línea *vid.*, asimismo, RDGRN de 13 de junio de 2018.

⁶⁷ Conforme a lo expuesto, la RDGRN de 21 de junio de 2004 confirmó la calificación negativa del registrador en cuanto «no puede inscribirse el uso de la vivienda familiar cuando el usufructo de dicho bien pertenece a personas distintas de las que suscriben el Convenio Regulador. Cuestión distinta sería la de si podría inscribirse tal derecho corno sucesivo al usufructo actual, pero este tema no se plantea, dados los términos del Convenio expresado» (FJ 4.º).

No acontece lo mismo con la constitución, por ejemplo, de una servidumbre de paso externa a la vivienda habitual, pues si bien se trata de un acto de disposición no resulta incompatible con el uso familiar de la vivienda, ni vigente el matrimonio *ex* artículo 1320 del Código civil ni tras la crisis matrimonial *ex* artículo 96 del Código civil (cfr. RDGRN de 13 de junio de 2018).

⁶⁸ Así, resulta acertado el razonamiento efectuado por la STS de 31 de diciembre de 1994, cuando afirma que «El artículo 96.4 aunque excluya la aplicación del artículo 1320.2.º, en cualquier caso proporciona una protección de la vivienda familiar, atribuida a uno de los cónyuges en bien propiedad del otro, de carácter absoluto, ejercitable *erga omnes* pero limitada a que subsista la ocupación durante todo el tiempo que disponga el juez de familia que aprobó el convenio, que no impide la enajenación compatible con el uso, una vez disuelto el matrimonio. Serán, en su caso, los adquirentes los que valorarán la incidencia del uso atribuido en el consentimiento, por ellos prestado, en el contrato de adquisición» (FJ 6.º). Igualmente, según la STS de 18 de enero de 2010 «El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial» (FJ 7.º).

⁶⁹ Según el artículo 219-26.3 de la Propuesta: «Los actos dispositivos realizados por el único titular del inmueble no precisan ser consentidos por el cónyuge al que se le asignó el uso, ni ser autorizados por el juez, aunque habrán de respetar la atribución de uso decretada a favor del primero».

⁷⁰ De acuerdo con dicho artículo 233-25 CCCat: «El propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso».

⁷¹ A tenor de la Ley 72 del Fuero Nuevo de Navarra, apartado sexto: «Los actos de disposición que se realicen por el titular de la vivienda lo serán, en todo caso, sin perjuicio del uso atribuido».

⁷² Nótese que si el comprador conoce la existencia del derecho de uso por medios extrarregistrales el principio de inoponibilidad de los derechos reales no inscritos (art. 32 LH) y de fe pública registral (art. 34 LH) no aplica (STS de 11 de diciembre de 1992). Respecto al requisito de la buena fe tanto en los casos del artículo 32 LH como del artículo 34 LH, así como acerca de las vertientes positiva y negativa de buena fe a efectos registrales, los requisitos de aplicación de uno y otro precepto y la polémica entre la tesis monista y dualista de la figura del tercero en el Derecho español *vid.*, entre otros muchos, BALLARÍN MARCIAL, 1949, 676 y sigs.; ROCA SASTRE, 1965, 781 y sigs.; AMORÓS GUARDIOLA, 1967, 1523 y sigs.; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1968, 224 y sigs.; GORDILLO CAÑAS, 2004, 381 y sigs.; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2008, 521 y sigs.; o VIGIL DE QUINONES OTERO, 2021, 583 y sigs.

⁷³ Cfr., entre otros, CUENA CASAS, 2012, 308-309.

⁷⁴ Y es que el referido artículo 219-23.1 de la Propuesta de Código civil expresamente contempla la diferenciación entre atribución del derecho de uso a resultados de una medida provisional o definitiva, al establecer que «La adjudicación del derecho de uso puede anotarse preventivamente en el Registro de la Propiedad o inscribirse si se adopta como medida definitiva».

⁷⁵ Cfr. RDGRN de 13 de junio de 2018 y; STS de 8 de octubre de 2010. *Vid.* a este respecto ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 290-291 (si bien a propósito del art. 1320 CC, pese a lo cual los razonamientos resultan perfectamente extrapolables al art. 96 CC).

⁷⁶ De acuerdo con dicho artículo 107.2.º LH: «Podrán también hipotecarse: 2.º La mera propiedad, en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no solo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario». A tal efecto, la STS de 13 de diciembre de 2010 recuerda que de conformidad con el citado precepto «los derechos hipotecados fueron la nuda propiedad y el usufructo, el primero de los cuales puede hipotecarse de conformidad con el número segundo del artículo 107 LH, bien con la eventualidad expansiva derivada del principio de la elasticidad —fuerza centrípeta del dominio—, o sin ella, en tanto el derecho de usufructo es hipotecable conforme al número primero del artículo 107 LH, ya se entienda hipotecado, según distintas posiciones doctrinales, el derecho a percibir los frutos, o ya el usufructo mismo».

De hecho, la similitud entre la hipoteca por el nudo propietario en el caso de bienes sobre los que pesa un usufructo y la hipoteca de la vivienda familiar se evidencia en la equiparación que la DGRN efectúa entre ambas figuras con ocasión de analizar el grado de intervención del cónyuge no titular beneficiario del derecho de uso en el transcurso del procedimiento de ejecución hipotecaria (cfr. RDGRN de 26 de octubre de 1987 y RDGSJFP de 18 de febrero de 2021).

⁷⁷ A propósito de la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para la hipoteca de la vivienda familiar vigente el matrimonio *ex* artículo 1320 del Código civil *vid.* ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 288-290.

⁷⁸ Acerca de la interpretación de dicho artículo 144.5 RH y su interrelación con el artículo 1320 del Código civil *vid.* RDGRN de 13 de julio de 1988.

⁷⁹ *Vid.* RDGRN de 23 de marzo de 2015.

⁸⁰ Tal y como se apreció en el caso enjuiciado por la RDGRN de 5 de septiembre de 2016, en la que se denegó la posibilidad de inscripción en el Registro de la adquisición de la vivienda derivada del procedimiento de ejecución hipotecaria dada la falta de intervención en el proceso de la esposa beneficiaria del derecho de uso y la ausencia de requerimiento de pago alguno a esta, que resultaban procedentes en el supuesto de autos habida cuenta que la atribución del uso familiar de la vivienda constaba inscrita como medida provisional años antes (concretamente desde marzo de 2005) de la expedición de la certificación para el procedimiento de ejecución hipotecaria (que tuvo lugar en enero de 2013).

⁸¹ *Vid.* en el mismo sentido la RDGRN de 30 de mayo de 2018 (FJ 3.º *in fine*).

⁸² De hecho, la estimación por el juez de la procedencia de la permanencia del cónyuge beneficiario en la vivienda familiar objeto de ejecución hipotecaria se dio en el caso enjuiciado por la referida RDGRN de 8 de marzo de 2018, obligando al tercero adquirente del remate a acudir al correspondiente procedimiento declarativo para dejar sin efecto el derecho de uso no inscrito, si bien permitiendo entretanto la inscripción de su adquisición en el Registro en atención a los razonamientos expuestos.

⁸³ Cfr., entre otros, ADÁN GARCÍA, 2014, 341-362; ALBIEZ DOHRMANN, 2010, 9-30; y SIMÓN MORENO, 2015, 169-226.

⁸⁴ La vivienda ganancial tras la disolución del matrimonio (divorcio o nulidad) o del régimen de sociedad de gananciales (separación legal) se integra dentro del patrimonio postganancial hasta que los cónyuges liquiden la sociedad y atribuyan la vivienda a uno o a ambos. En estos casos se discute doctrinal y jurisprudencialmente si a la sociedad postganancial no liquidada se le aplican las reglas propias de la comunidad ordinaria/romana o, por el contrario, las propias de la comunidad hereditaria, habida cuenta de que antes de la liquidación los cónyuges no son titulares de los bienes que integran la sociedad sino únicamente de un porcentaje o cuota en abstracto sobre tales bienes. A este respecto, la STS de 11 de mayo de 2000 afirma que la comunidad postganancial «existe desde que se disuelve la ganancial pero no se liquida y es una comunidad de tipo romano (proindiviso) regida por los artículo 392 y sigs. del Código civil, pero no recae la comunidad sobre cada cosa que forma parte de ella sino sobre el conjunto de la

misma». En cambio, la STS de 10 de junio de 2010 señala que el recurrente «olvida la doctrina de esta Sala (SSTS de 19 de junio de 1998) que entiende que disuelta la sociedad de gananciales, la naturaleza de las relaciones existentes entre los titulares es la de una comunidad que equivale al régimen de la comunidad hereditaria y, en consecuencia, no rigen los preceptos del Código civil que permiten la disposición por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro vigente la sociedad de gananciales (...) se aplicarán, por tanto, las reglas de la comunidad hereditaria».

⁸⁵ Nótese que la copropiedad de ambos cónyuges puede tener su origen en situaciones diversas: puede ser que vigente el matrimonio la vivienda fuese ya de ambos cónyuges por haberla adquirido conjuntamente en copropiedad (con anterioridad o durante la convivencia matrimonial) o puede igualmente deberse a la liquidación de la sociedad de gananciales atribuyéndose en la liquidación la propiedad del inmueble a ambos en régimen de copropiedad.

⁸⁶ Si la vivienda familiar pertenece a la sociedad postganancial cualquiera de los cónyuges (o sus herederos) podrá solicitar la liquidación del régimen de sociedad para poner fin a la situación de indivisión, pudiendo la vivienda atribuirse en exclusiva a uno de los cónyuges (en caso de cónyuge superviviente cfr. art. 1406 CC); pero, dicha finalidad puede no cumplirse en caso de adjudicación de la vivienda a ambos cónyuges conjuntamente, constituyendo una comunidad romana, en cuyo caso serán aplicables las cuestiones señaladas en este epígrafe.

⁸⁷ Doctrina que recogen las SSTS de 14 de enero de 2010 y 18 de enero de 2010. Esta última reconoce que «puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTS de 27 de diciembre de 1999, 4 de diciembre de 2000, 28 de marzo de 2003 y 8 de mayo de 2006, entre otras)». Más recientemente *vid.*, la STS de 24 de marzo de 2021 (FJ 3.º). Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de dicha acción de división de la cosa común puede resultar perjudicial para el cónyuge copropietario y no beneficiario del derecho de uso cuando existen varios inmuebles copropiedad de ambos cónyuges, uno tan solo de los cuales está gravado con el derecho de uso. En tal caso puede procederse a la formación de lotes, de forma que la vivienda familiar se le adjudique al cónyuge beneficiario del derecho de uso y el otro inmueble (caso de que sean dos) se le adjudique al otro cónyuge, habida cuenta de la aplicación de las reglas de la partición hereditaria a la comunidad de bienes (art. 406 CC), tal y como se apreció en el caso enjuiciado por la STS de 5 de febrero de 2013.

⁸⁸ De acuerdo a lo expuesto, la STS de 27 de junio de 2007 precisa cómo el Alto Tribunal «ha compaginado los derechos del copropietario a pedir la división, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 400 del Código civil y el mantenimiento de los derechos derivados del artículo 96 del Código civil»; de manera que la STS de 8 de mayo de 2006 concluye que «la posibilidad de ejercicio de la acción de división si bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los participantes». De acuerdo con dicha doctrina, la STS de 27 de febrero de 2012 estima que «la acción de división del piso mantendrá el derecho del exmarido, titular de su uso, porque no han desaparecido las razones que motivaron su atribución en la sentencia de divorcio y su derecho es oponible a terceros» (cfr. PÉREZ CONESA, 2012, 75-80; y ZUMAQUERO GIL, 2013, 380-383). La doctrina expuesta queda perfectamente detallada en la STS de 27 de diciembre de 1999, a cuyo tenor «la acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto (...) si bien el cotitular

dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, excónyuge, en virtud de la Sentencia de divorcio. Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne (aunque limitado a vivienda y trastero, sin comprender la plaza de garaje), y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, lo que solo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó» (ROBLEDO VILLAR, 1995, 986-987).

⁸⁹ Cfr. SSTs de 22 de septiembre de 1988 y 3 de mayo de 1999. No obstante, nada impide la posibilidad de que el derecho de uso pueda extinguirse tras la división de la cosa común cuando así conste por acuerdo de los cónyuges plasmado en el correspondiente convenio regulador, caso del supuesto enjuiciado por la STS de 6 de febrero de 2018.

⁹⁰ Cfr., entre otras, SSTs de 27 de diciembre de 1999, citando en igual sentido las anteriores SSTs de 5 de junio de 1989, 6 de junio de 1997 y 8 de marzo de 1999; 28 de marzo de 2003; y 3 de diciembre de 2008. En contra *vid.*, por ejemplo, GARCÍA-MAURINO y DEL CARPIO FIESTAS, 1994, 89.

⁹¹ En efecto, cuando el artículo 96 del Código civil alude al *cónyuge no titular* está reduciendo su ámbito de aplicación a los supuestos en los que uno de los cónyuges es propietario de la vivienda, sin prever expresamente el caso de vivienda perteneciente a un tercero o incluso en copropiedad a ambos cónyuges, situaciones ambas sumamente frecuentes como consecuencia de las adjudicaciones realizadas con motivo de la liquidación de la sociedad de gananciales o de la ausencia de propiedad de la vivienda por parte de los cónyuges, que sencillamente residen en ella antes de la crisis matrimonial como consecuencia de otro título jurídico (arrendamiento, precario, comodato, usufructo, etc.). Así, tal y como destaca RAMS ALBESA la redacción del vigésimo artículo 96.IV debe considerarse un «defecto formal importante de la Ley de 7 de julio de 1981, porque construida la norma sobre una única hipótesis de trabajo —la vivienda en propiedad— ha abandonado a su suerte las restantes posibilidades de tenencia o disfrute de una vivienda» (RAMS ALBESA, 1992, 1081). De hecho, en los primeros comentarios a dicho artículo 96 del Código civil, caso por ejemplo del comentario de la profesora ROCA TRÍAS, las hipótesis barajadas respecto a la titularidad de la vivienda se restringían a las situaciones de propiedad exclusiva de uno de los cónyuges o copropiedad de ambos y en su caso arrendamiento, sin barajar en ningún momento la propiedad o copropiedad de un tercero ajeno al matrimonio (ROCA TRÍAS, 1984, 609). La restricción del supuesto de hecho del artículo 96 del Código civil a los casos de propiedad exclusiva o, a lo sumo, copropiedad de ambos cónyuges es asumida, asimismo, entre otros, por CHAPARRO MATAMOROS, 2019, BIB\2019\9329, 2; GARCÍA CANTERO, 1982, 406-415; y LACRUZ BERDEJO, 2008, 102-104; o CUENA CASAS, 2012, 340.

⁹² La ausencia de norma específica sobre las consecuencias derivadas de la atribución del uso de la vivienda familiar propiedad de un tercero *ex* artículo 96 del Código civil encuentra como única excepción el arrendamiento de la vivienda familiar, supuesto en el que la modificación de la relación contractual preexistente cuenta con una regulación *ex professo* en el artículo 15 LAU: el cónyuge no arrendatario «podrá continuar en la vivienda» como consecuencia de la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar. La Ley 4/2013, de 4 de junio, de reforma del artículo 15 LAU solucionó la controversia doctrinal generada con anterioridad sobre la interpretación de la expresión «continuar en el uso de la vivienda arrendada» del artículo, al incluir que «el cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada (...) pasará a ser el titular del contrato». En la actualidad no cabe duda de que el artículo 15 LAU contempla la subrogación legal (cfr. CARRASCO PERERA, 2020, y COSTAS RODAL, 2013, 40). Ello significa que el cónyuge titular del derecho de uso *ex* artículo 96 del Código civil se convierte en el nuevo arrendatario como consecuencia de la adjudicación judicial del derecho de uso de

la vivienda familiar, siempre y cuando notifique al arrendador en el plazo de dos meses su voluntad de continuar en el arrendamiento, aportando copia de la resolución judicial. Esta es la conclusión alcanzada por la STS de 26 de octubre de 2015, a cuyo tenor «el artículo 15 LAU prevé y permite que se produzca la subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo». La reforma de 2013 solventó la controversia doctrinal sobre los efectos del derecho de uso sobre la vivienda familiar arrendada, dejando claro que el cónyuge titular del derecho de uso se subroga en la posición del arrendatario. Sin embargo, no resolvió (como tampoco la reciente reforma de 2019) los efectos derivados de la ausencia de notificación, pues si no opera la subrogación legal el derecho de uso sobre la vivienda familiar colisiona con los derechos arrendaticios del arrendador y del cónyuge arrendatario.

⁹³ La sentencia judicial (decreto o acta notarial) de divorcio, separación o nulidad matrimonial no puede mutar el título de posesión del bien por parte de los cónyuges (cfr. CUENA CASAS, 2011, 365; BELLO JANEIRO, 1995, 163; y PERTIÑEZ VÍLCHEZ, 2004, 347).

⁹⁴ Esta opinión se reitera por la STS de 14 de julio de 2010, a cuyo tenor «no constituye título hábil de oposición la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda a la exesposa demandada, que es inoponible frente a terceros ajenos a las relaciones entre los cónyuges y al proceso matrimonial en el que son partes». En este sentido, la STS de 18 de marzo de 2011 concluye que «para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia (...) la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges nada tienen que ver con los terceros propietarios».

⁹⁵ Planteamiento acogido a su vez, transcribiendo precisamente el razonamiento realizado por la referida STS de 31 de diciembre de 1994, en las SSTs, entre otras, 26 de diciembre de 2005 (FFJJ 4.º y 5.º); 2 de octubre de 2008 (FJ 2.º); 29 de octubre de 2008 (FJ 2.º); 1034/2008, 30 de octubre de 2008 (FJ 2.º) o; 13 de abril de 2009 (FJ 2.º).

⁹⁶ «Como es sabido, comodato y precario (en sentido estricto, contractual, como modalidad de comodato, art. 1750 CC), tienen en común, la cesión de la tenencia o posesión de una cosa en favor del beneficiario y su carácter gratuito, pero difieren en que en el comodato la cesión del uso está sometida a un plazo, a cuyo término el comodante puede reclamar la cosa (en un momento anterior, solo si prueba la existencia de urgente necesidad, art. 1749 CC), mientras que en el precario, el precario *dans*, puede reclamar la cosa a su voluntad (art. 1750 CC)» (MARTÍN MELÉNDEZ, 2011, 355). Respecto a la interrelación entre las figuras de precario y comodato y las distintas tesis formuladas en la materia *vid.*, entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, 1986, 438 y sigs.; Díez Pícazo y Ponce de León, 2008, 662 y sigs.

⁹⁷ La referida STS 30 junio 2009 considera en relación a la prueba del plazo convenido, así como de la urgente necesidad que «la carga de la prueba de la existencia y duración del plazo o del uso incumbe al comodatario (art. 1.750, párrafo segundo), y la carga de la prueba de la urgente necesidad, en el caso de que se pretenda la restitución anticipada, corresponde al comodante que es quien invoca el hecho constitutivo de su acción o excepción, y, asimismo, para quien se produce el efecto jurídico favorable de la realidad del dato fáctico que afirma (art. 217 LEC), lo que implica una cuestión de hecho, con independencia de que la calificación de unos hechos como de *urgente necesidad* pueda ostentar un cierto aspecto de *questio iuris* por tratarse de un concepto jurídico normativo indeterminado».

⁹⁸ Entre octubre y noviembre de 2008 el Tribunal Supremo abordó la cuestión en otros seis pronunciamientos, estimando la acción de desahucio por precario. Cfr. SSTs de 29 de octubre de 2008; 1034/2008, 30 de octubre de 2008; 1036/2008, 30 de octubre de 2008; 1037/2008,

30 de octubre de 2008; 13 de noviembre de 2008; 14 de noviembre de 2008. Asimismo, comparten esta misma doctrina las SSTS de 30 de junio de 2009 y; 22 de octubre de 2009.

⁹⁹ Sobre la citada sentencia, cfr. MARÍN VELARDE, 2010, 285-293; MARTÍN MELÉNDEZ, 2011, 329-365; y NASARRE AZNAR, 2011, 1533-1550.

¹⁰⁰ La sentencia referida realiza una clasificación de las situaciones en que puede encontrarse la titularidad de la vivienda (FJ 5.º) y de las distintas posiciones en que pueden encontrarse los terceros propietarios de la vivienda (FJ 7.º). No obstante, como declara el voto particular formulado al efecto se trata «de simples argumentos *obiter dictum*», por no constituir la *ratio decidendi* de la resolución, salvo el apartado cuarto referido a la situación de copropiedad de la vivienda familiar entre uno de los cónyuges y uno o varios extraños al procedimiento de crisis matrimonial.

¹⁰¹ La STS de 14 de noviembre de 2008 pone de manifiesto de forma clara esta conclusión: «aunque, como mera hipótesis, se admitiese la concurrencia de las notas de especificidad, concreción y determinación en el uso de la vivienda cedida, en atención a su destino como hogar familiar y considerando que la cesión del inmueble lo fue para subvenir las necesidades familiares, y aunque se apreciase, en consecuencia, en dicha cesión las notas que caracterizan el préstamo de uso, en la medida en que lo hubiese sido para un uso concreto y específico de la cosa, se debe concluir que, una vez rota la convivencia conyugal, la situación jurídica en la que se encontraba la demandada con relación al uso de la vivienda sobre la que versa la acción de desahucio era la correspondiente a una precarista, habiendo desaparecido el uso concreto y específico para el que fue cedida, cuya sobrevenida ausencia determina una situación de precario, caracterizada por la falta de título hábil para mantener la ocupación del inmueble» (FJ 3.º).

Asimismo, cfr. SSTs de 30 de junio de 2009; 22 de octubre de 2009; 14 de enero de 2010; y 14 de octubre de 2014.

¹⁰² Cfr. STS 2 octubre 2008.

¹⁰³ La protección al propietario por la cesión gratuita de la vivienda para constituir el domicilio conyugal se extiende incluso al supuesto en el que el propietario adquiere el inmueble en subasta pública, aun cuando conocía la ocupación de la vivienda por sus parientes. En efecto, la STS de 14 de marzo de 2013 aplicando la referida doctrina jurisprudencial estima la acción de desahucio ejercitada por la propietaria de la vivienda contra la esposa poseedora junto con sus hijos de la vivienda familiar. En el asunto de autos, los suegros de la propietaria habían cedido gratuitamente el inmueble al matrimonio, perdiendo el dominio de la vivienda por subasta pública en la que la adquiere su hijo (marido de la demandante) que, posteriormente se la vende a la actual propietaria (su esposa), siendo esta conocedora de la ocupación tolerada por el matrimonio, quienes finalmente se divorcian en el año 2004, atribuyéndose por sentencia de divorcio el uso de la vivienda familiar a la esposa (cónyuge custodia).

¹⁰⁴ «Las medidas adoptadas por el juez pueden afectar a viviendas privativas de cualquiera de los cónyuges o comunes a ambos (...) Sin embargo, quedan excluidos de este régimen aquellos inmuebles pertenecientes a terceras personas donde los cónyuges hayan vivido mientras duró la convivencia conyugal por mera tolerancia de su titular o mediante comodato a favor de cualquiera de los cónyuges» (CABEZUELO ARENAS, 2018, 383).

El mismo contenido se recogió en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio que preveía una modificación del artículo 96 del Código civil, que suponía incluir una referencia expresa a la titularidad de un tercero sobre la vivienda familiar, a cuyo tenor quedaría redactado como sigue «cuando los cónyuges detentaran la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando este le reclame su restitución, debiendo preverse, para tal caso, la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o pensión compensatoria, en su caso, a la nueva situación».

¹⁰⁵ Cfr. PUIG PLANES y SOSPREDA NAVAS, 2020, 449-451.

¹⁰⁶ Como señala CERVILLA GARZÓN la atribución del uso de la vivienda familiar «no es la única medida económica, ya que junto a esta se prevé en nuestro ordenamiento jurídico la pensión compensatoria y la pensión de alimentos» (CERVILLA GARZÓN, 2005, 126).

¹⁰⁷ Esta conclusión es compartida por la SAP de Valencia (Sección 8.ª) de 9 de julio de 2007, a cuyo tenor «el contrayente que se considere perjudicado por el cese de uso de la vivienda familiar, debe acudir al juzgado que decretó la separación o divorcio para que adoptando otras medidas complementarias, normalmente dinerarias, remedie la situación de inferioridad en que haya quedado por el lanzamiento de la vivienda, pero lo que no puede aceptarse es que se obligue al propietario, ajeno al proceso matrimonial, a verse desposeído indefinidamente del inmueble de su propiedad» por devenir una situación económica grave en el cónyuge custodio (FJ 2.º).

¹⁰⁸ Cfr. CABEZUELO ARENAS, 2012, 73-83.

¹⁰⁹ Esta solución tiene acogida en el Derecho civil catalán, al prever la posibilidad de que la autoridad judicial pueda «sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias, siempre que sean idóneas para satisfacer las necesidades del otro cónyuge y los hijos» (art. 233-20.6 CCCat); o, caso de que el propietario de la vivienda familiar reclame su posesión de que la sentencia pueda ordenar «la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias» (art. 233-21.2 *in fine* CCCat).

¹¹⁰ La referida sentencia antes de concluir la posibilidad de atribuir otra vivienda no familiar para atender las necesidades de habitación de los hijos comunes afirma que «...la atribución de la vivienda que vienen ocupando la hija del matrimonio y su madre que ostenta la guarda y custodia, corre el riesgo de resultar inútil, puesto que sus propietarios pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con la ocupante de la misma. Ello perjudicaría a la menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda» (FJ 3.º). En atención a tales consideraciones destaca que el interés del menor es el que debe ser protegido en aras a la determinación de la atribución del uso de la vivienda familiar, por lo que «...la posibilidad de que los propietarios recuperen la vivienda ejerciendo el desahucio por precario, implica que deba entenderse perjudicial para el propio menor la atribución del uso de una vivienda de la que podría ser desalojado».

La STS de 15 de marzo de 2013 reitera la necesidad de proteger el superior interés del menor, atribuyendo a la esposa y a los hijos menores el uso de la vivienda que había sido el domicilio conyugal (propiedad del esposo), pese a que durante el procedimiento de divorcio habían residido en un domicilio cedido gratuitamente por los abuelos maternos, pues «la asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura a los menores y esto no se produce desde el momento en que podrían ser desalojados en cualquier momento por la exclusiva voluntad del tercero propietario mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que está legitimado por la inexistencia de contrato con la ocupante. Ello perjudicaría a los menores, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda» (sobre la STS referida, cfr. PANIZA FULLANA, 2014, 85-96).

¹¹¹ La referida doctrina jurisprudencial no resultará aplicable en aquellos casos en los que se pactó un término, pues en tales casos el contrato de comodato se extinguirá al tiempo de la expiración del plazo pactado (art. 1749 CC).

¹¹² Para MARÍN LÓPEZ la determinación del uso debe ser entendida en clave de delimitación temporal del contrato. De esta forma solo será uso determinado en el sentido del artículo 1750 del Código civil aquel que implique una duración limitada o identifique un periodo de tiempo concreto en que realizar dicho uso, produciéndose a continuación el final del comodato (MARÍN LÓPEZ, 2009, 7-8). En este mismo sentido, cfr. BELLO JANEIRO, 1997, 65; CERVILLA GARZÓN, 2005, 126; MARTÍN RETORTILLO, 1953, 845; MORENO VELASCO, 2006, 1840; SALAZART BORT, 2001, 188.

¹¹³ Sobre el uso requerido por el artículo 1750 del Código civil cabe destacar la acertada disertación de la SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993 que afirma: «a estos efectos es importante diferenciar entre el concreto *uso* de la cosa para el cual se presta o el *destino* específico o *finalidad* de la misma, pues mientras este último se refiere a la normal utilización de la cosa, según sus características, para los fines que le son propios y específicos, es decir una vivienda para habitar en ella o un coche para circular, por el contrario el *uso* al que alude el artículo 1750 hace mención a una aplicación o servicio determinado (así préstamo de un piso para unas vacaciones o curso escolar, de un coche para un viaje, etc.), como referencia temporal o cronológica, que asimila el tiempo de utilización para el fin convenido al plazo de duración, diferenciándose así de los supuestos en que el comodante puede reclamar a su voluntad, pero que obviamente no implican que por falta de pacto sobre el *uso* pueda emplearse la cosa para algo distinto del que es propio por su naturaleza, y así no puede concebirse que prestado un piso sea usado como almacén o gallinero, dado que siempre se entenderá que se cedió para vivienda, salvo excepciones que deberán probarse. En suma, debe destacarse que el préstamo de una cosa para su normal disfrute, según las características que le son propias, no puede equipararse al supuesto en que exista un uso determinado, que debe ser específicamente pactado o resultar de costumbre, pues de lo contrario desaparecería esa referencia temporal contenida en el precepto y todos los comodatos devendrían en indefinidos a voluntad del prestatario mientras la cosa prestada le resultase útil. En el concreto supuesto que nos ocupa es evidente que no hubo un «uso» preciso y determinado, pues al ceder el piso el actor a su hijo lo hizo para que este lo ocupase, junto con su esposa, como vivienda familiar, pero, como hemos señalado, ese *destino* o *finalidad* es el genérico y propio del inmueble, por lo que no puede deducirse de ello que se pactase un uso cuyo ejercicio implicase una duración determinada, y al no haberse convenido tampoco plazo para el préstamo, es obvio que nos hallamos ante una situación posesoria que encaja en el precario» (FJ 3.º).

DE ÁNGEL YAGÜEZ señala que el uso del contrato de comodato puede tener dos manifestaciones: 1) el pactado; puede ser este el propio y normal del objeto según su naturaleza (por ejemplo un automóvil puede servir para que el prestatario lo utilice en su conducción ordinaria); en esta hipótesis se ha podido acordar un régimen de utilización para un fin determinado (un viaje a un concreto sitio) o en ciertas condiciones. 2) La otra posibilidad es que simplemente se haya acordado la cesión del uso pero sin especificar su alcance o contenido concreto (DE ÁNGEL YAGÜEZ, 1993, 1606). Sobre el carácter temporal del contrato de comodato, cfr. VIVAS TESÓN, 2002, 37-41 y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUEIRO, 1997, 134-143.

¹¹⁴ Cfr. SAP de Asturias (Sección 1.ª) 2 de septiembre de 1999.

¹¹⁵ Cfr. SAP de Madrid (Sección 13.ª) 14 de marzo de 2000 (AC 2000, 1804).

A este respecto considera la SAP de Barcelona (Sección 13.ª) de 8 de marzo de 2007 que «no puede considerarse que la cesión de una vivienda para residencia o estancia del pariente puede ser considerado un uso concreto y determinado, dada su evidente indefinición sobre el uso, el destino, o la duración, no pudiendo entenderse que haya un uso pactado por el destino de la vivienda a habitación, por no añadir nada el uso a que se destina la vivienda a la propia naturaleza de la cosa prestada» (FJ 1.º).

¹¹⁶ Es cierto que un sector de la doctrina considera que el uso específico y determinado no lo constituye la habitación de la familia, sino que el uso se confiere única y exclusivamente al hijo o pariente de los propietarios *intuitu personae* e indirectamente a la familia de este (MARÍN LÓPEZ, 2009, BIB 2009\469, 4-5; AGUILAR RUIZ, 2010, BIB 2010\14, 13; MARTÍN RETORTILLO, 1953, 845; y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, 1997, 140).

En este caso podría estar justificado que la crisis matrimonial con el consecuente desalojo de la vivienda por el hijo o pariente extinguiere el uso específico y determinado para el que se constituyó el contrato de comodato y, en consecuencia, la situación

del cónyuge poseedor deviniera en precario. No obstante, aunque es cierto que en este caso la crisis matrimonial o, más bien, el desalojo de la vivienda por el hijo o allegado de los propietarios resulta esencial, el uso de la vivienda cedida a este para constituir el domicilio conyugal sigue siendo un uso genérico, propio e inherente a la cosa cedida, no pudiendo considerarlo como un uso específico y determinado.

¹¹⁷ Comparte esta opinión CUADRADO PÉREZ, al afirmar que si se admitiera el comodato «la duración de esta cesión gratuita se dejaría al exclusivo arbitrio del comodatario; el propietario del inmueble, por su parte, se vería inerte y desposeído del mismo de manera ilimitada, ya que su duración se dilataría mientras la vivienda sirviera a tales fines (...) considerar que nos encontramos frente a un comodato resultaría contraproducente para los beneficiarios de este tipo de cesiones, pues, dadas las perjudiciales consecuencias que tal concepción irroga a los propietarios, nadie facilitaría una vivienda propia para que un familiar estableciera en ella gratuitamente su hogar. Así pues, una actitud excesivamente tuitiva hacia los intereses de los cesionarios redundaría finalmente en su propio perjuicio» (CUADRADO PÉREZ, 2012, 3170-3171).

¹¹⁸ De conformidad con ello, la SAP de Las Palmas (Sección 3.ª) de 9 de junio de 2004 concluye que «el uso pactado que fue la utilización como vivienda suya y de su familia, no es el uso al que se refieren los artículos 1749 y 1750 del Código civil, sino a un uso concreto y específico, y teleológicamente de duración temporal determinada, pues una interpretación laxa de los preceptos, que entendiera que el uso de la vivienda es simplemente vivir en ella, convertiría el contrato en la mayoría de los casos en vitalicio, quedando a la conveniencia del comodatario el terminar el uso *dejando de vivir* en la casa, y sin posibilidad para el comodante de alegar hasta ese instante que el uso ha concluido» (FJ 1.º).

¹¹⁹ Esta conclusión se reitera por la STS de 11 de junio de 2012 que tras citar la doctrina jurisprudencial sobre la diferencia entre comodato y precario en situaciones de crisis matrimonial afirma que «no existe ningún indicio que permita considerar que las partes estén vinculadas por contrato alguno, y más en concreto un contrato de comodato». De acuerdo con la sentencia de apelación el inmueble se cedió de modo gratuito por los propietarios a su hija para su uso genérico de servir como vivienda, por lo que los cónyuges no ostentan título alguno que ampare su ocupación, más allá de la cesión meramente tolerada de sus propietarios y, en consecuencia, la posesión por aquellos lo es en calidad de precaristas.

¹²⁰ COSTAS RODAL explica acertadamente que «prestar un libro para leer, un coche para conducir, o una vivienda para habitar en ella no supone el establecimiento de un uso determinado que haga aplicable el régimen de extinción del artículo 1749 del Código civil, sino que se trata del préstamo de una cosa para su disfrute normal. En cambio, sí se establece un uso determinado cuando se presta un libro para preparar un examen, un coche para una exposición, o una vivienda para pasar unas vacaciones» (COSTAS RODAL, 2010, 4). Asimismo, cfr. MARTÍN MELÉNDEZ, 2011, 535; y SALAZAR BORT, 2001, 179.

¹²¹ Ello se recoge expresamente en la SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) de 22 de febrero de 2007: «al tratarse el comodato de una relación de naturaleza esencialmente gratuita, las dudas que se presenten acerca de su alcance han de ser objeto de interpretación restrictiva y resultar siempre a favor de la menor transmisión de derechos o intereses, como se desprende con carácter general de lo dispuesto en el artículo 1289 del Código civil. En apoyo de esa fundamentación, debe indicarse que, siendo la parte demandada en precario quien ha de acreditar de forma fehaciente el hecho de la existencia de la relación jurídica alegada, que, en su caso, excluiría la condición de precarista, en la presente litis, la parte demandada no ha probado de manera clara y fehaciente tal existencia, ni, por tanto, pacto alguno sobre su duración o uso (art. 1750 CC) sino que, además, tampoco resulta acreditado el pacto de un uso determinado (distinto al genérico) en los términos legalmente exigibles. Por ello, no puede estimarse que hayan quedado acreditados los

elementos del comodato por tiempo indefinido, por lo que debe estimarse que la situación de la parte apelada ha sido la de precarista y en base a dicho título ha venido ocupando el inmueble» (FJ 5.º).

¹²² Asimismo, cfr. SALAZAR BORT, 2001, 184-187.

¹²³ En este mismo sentido, RODRÍGUEZ CHACÓN sostiene que el órgano jurisdiccional puede no solo «hacer atribución del uso de la vivienda en el caso de que alguno de los cónyuges acredite que uno de los dos litigantes es el titular de algún concreto derecho sobre la misma (...) puede hacerlo aunque le conste que ningún título real u obligacional respalda la estancia previa de la familia en el inmueble; bastará para que el pronunciamiento sea posible con que *de facto* esté allí ubicada la vivienda familiar (...) otra cosa es que, posteriormente el tercero titular tome las iniciativas jurídicas que estime procedentes y que esas iniciativas puedan concluir con la expulsión de la vivienda de quien, en el proceso matrimonial, fue designado beneficiario del derecho de uso» (RODRÍGUEZ CHACÓN, 1999, 213). Igualmente acepta la atribución del uso de la vivienda familiar propiedad de un tercero ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, 1993, 4291.

¹²⁴ Para un comentario de la STC referida, cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2004, 343-360.

¹²⁵ Como señala el artículo 5.2 LOPJ «cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica».

¹²⁶ Planteamiento reproducido a su vez en las SSTs, entre otras, 13 de noviembre de 2008 (FJ 2.º) y 14 de noviembre de 2008 (FJ 2.º).

¹²⁷ Cfr. GIL MEMBRADO, 2013, 182.

¹²⁸ La SAP de Las Palmas (Sección 5.ª) de 28 de mayo de 2010 sostiene a este respecto que: «el derecho de uso y disfrute que se atribuye a uno de los cónyuges en el proceso de separación es un derecho meramente personal que solo resuelve las cuestiones suscitadas entre los cónyuges y no puede tener consecuencias jurídicas fuera del proceso matrimonial, y producir efectos contra terceros; de manera que tal atribución en el pleito de separación matrimonial, no constituye, por sí mismo, título que excluya el precario o que de alguna manera impida que se lleve a cabo el desahucio, ya que la naturaleza de esa atribución no es constitutiva, puesto que no crea, ni modifica, ni extingue relación jurídica alguna que cualquiera de los esposos pudiera tener con un tercero; lo único que en el proceso matrimonial se determina es quien de los cónyuges ha de salir del domicilio familiar, manteniéndose el otro cónyuge en él, pero sin que ello pueda alterar la naturaleza o concepto en que los esposos venían ocupando la vivienda, puesto que el pronunciamiento que en este sentido se da en el proceso matrimonial afecta solo al uso de la vivienda, pero no al título del que deriva ese uso».

¹²⁹ A tal efecto la STS plenaria de 18 de enero de 2010 afirma que «la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges, nada tienen que ver con los terceros propietarios».

¹³⁰ A esta misma conclusión llega SALAZAR BORT al afirmar que «lo lógico sería asegurarse, antes de realizar la atribución *del uso* de que es dicho cónyuge deudor el titular del inmueble en cuestión, entendido ello como presupuesto para que la medida cumpla con la que se supone que es su función. Y en el caso de no ser así evitar la atribución que, en tal supuesto implicaría no solo liberar al cónyuge de su responsabilidad, sino al mismo tiempo traspasar dicha responsabilidad a un tercero ajeno al proceso» (SALAZAR BORT, 2001, 221).

¹³¹ Cfr. CABEZUELO ARENAS, 2018, 382-383.

¹³² En efecto, tal y como recoge la STS de 2 de octubre de 2008 «el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se

ha disuelto, que no son parte —porque no pueden serlo— en el procedimiento matrimonial» (FJ 2.º).

¹³³ En opinión de CHAPARRO MATAMOROS «lo anterior obedece también a que en estos casos no existe un derecho de uso propiamente dicho (no hay título), con lo cual, lógicamente, no puede tener acceso al Registro de la Propiedad» (CHAPARRO MATAMOROS, 2019, 15).

¹³⁴ Con anterioridad, la RDGRN de 28 de noviembre de 2002 declaró que «se pretende la inscripción del derecho de uso acordado en sentencia firme de separación conyugal, a favor de la esposa sobre determinado inmueble no inscrito a nombre del esposo demandado, sino de un tercero que no intervine en el procedimiento, ha de confirmarse el criterio denegatorio del Registrador, basado en la falta de tracto, pues de otro modo se quebrantaría el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de derechos, e intereses legítimos y proscripción de la indefensión, así como los principios registrales de salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales (cfr. arts. 1 y 40 LH), de legitimación (cfr. art. 33 LH), y tracto sucesivo (cfr. art. 20 LH), los cuales impiden inscribir un título no otorgado por el titular o resultante de un procedimiento en el que no ha sido parte» (FJ 1.º). En este sentido, cfr. RRDGRN de 17 de diciembre de 2002; y 18 de octubre de 2003.

¹³⁵ Cfr. SJPI núm. 2 de Valladolid, 10 de noviembre de 2004.

¹³⁶ Cfr. SAP de Valladolid (Sección 3.ª) 31 de marzo de 2005.

¹³⁷ En particular, el Tribunal Supremo precisa que «la copropietaria tiene derecho a usar la vivienda y puede ceder su derecho para una finalidad concreta, de modo que cuando dicha finalidad desaparece, como ocurre en el caso de crisis matrimonial, podrá recuperar la posesión para la comunidad. La posesión tolerada inicial se refería a la totalidad del inmueble ocupado como vivienda y aunque el artículo 445 del Código civil admite la coposesión en los supuestos de indivisión, no es este el caso que se plantea, porque no se producía una coposesión al no ostentarla la demandante por haberla cedido a su hermano. Del artículo 445 del Código civil no debe deducirse que siempre que exista condominio, se produce una coposesión, sino que se trata de una excepción que justifica la posesión plural sobre una misma cosa. El de la copropiedad es el único supuesto permitido en el Código para el caso en que dos o más personas ostenten la posesión conjunta sobre una misma cosa, pero ello no excluye la existencia de precario cuando se haya cedido dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor».

¹³⁸ En este sentido, para MARTÍN MELÉNDEZ «llama la atención que, a pesar de reconocer la sentencia comentada que el supuesto que resuelve ofrece una característica especial, puesto que uno de los cónyuges, el marido, era copropietario de la vivienda antes de haber contraído matrimonio y considerar más adelante que estamos ante un caso más complejo de los que inicialmente llegaban a los Tribunales, sin embargo, aplica la doctrina citada, dictada para los supuestos en los que la vivienda pertenece por entero a un tercero, sin prestar atención alguna a la especialidad del caso —es decir, la vivienda es copropiedad del marido y su hermana— ni adaptarla o matizarla en absoluto en consideración a la misma» (MARTÍN MELÉNDEZ, 2011, 348).

¹³⁹ Al igual que en el caso expuesto en el epígrafe anterior, la DGRN tampoco admite la inscripción del derecho de uso en el Registro cuando la vivienda corresponde en copropiedad al cónyuge y a un tercero. Así la RDGRN de 21 de enero de 2008 desestima el recurso presentado contra la negativa del registrador de inscribir el derecho de uso de la vivienda familiar a favor de la esposa «por hallarse actualmente inscrita la mitad de la finca que anteriormente pertenecía al marido a favor de otra persona que no ha tenido intervención en el procedimiento».

¹⁴⁰ Voto particular formulado por los magistrados Excmos. Sres. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ y D. Antonio SALAS CARCELLER a la STS de 18 de enero de 2010.

¹⁴¹ Cfr. MARÍN VALVERDE, 2010, 292; y BERROCAL LANZAROT, 2012, 3506.

¹⁴² La vivienda pertenecía a la madre en un 50% en pleno dominio (en pago de su cuota ganancial originaria) y en un 16,66% en usufructo vitalicio; y a cada uno de sus hijos en un el 16,66% en pleno dominio y en un 8,33% en nuda propiedad. La Sentencia referida confirma la sentencia de primera instancia, a cuyo tenor «consta debidamente acreditada la titularidad de la vivienda reclamada [...], así como la ausencia de título contractual válido entre la actora y la demandada, y por tanto resulta evidente que nos encontramos ante el supuesto de una tercera propietaria, la actora, que cedió en su momento la vivienda de la que era cotitular, a su hijo, por razón de su matrimonio con la demandada, para que estableciera en él su domicilio conyugal. Una vez rota la relación matrimonial y posteriormente disuelto el vínculo, se atribuyó por sentencia, que a su vez aprobaba el convenio regulador, el uso de la vivienda que fue conyugal a la demandada, en cuanto titular de la guarda y custodia del hijo común menor de edad [...]. Sin embargo, el conflicto planteado, como recuerda la sentencia transcrita [la referida STS de 18 de enero de 2010], debe ser resuelto desde la perspectiva del derecho de propiedad, y no del derecho de familia, dado que la actora, en este caso, tercera propietaria de la vivienda, no puede verse afectada por las medidas derivadas de los respectivos procesos matrimoniales entre su hijo y la demandada, porque no fue parte en ellos, por lo que debe concluirse que, de conformidad con la jurisprudencia aplicable al caso, *la madre del marido*, en cuanto copropietaria de la vivienda ilegítimamente ocupada por los codemandados, se encuentra perfectamente legitimada para ejercitar la acción de desahucio por precario».

¹⁴³ Esa es precisamente la solución propugnada por GARCÍA MAYO y MARTÍN MELÉNDEZ. Caso de que el juez permita el uso exclusivo de la vivienda al cónyuge copropietario, la atribución del uso y disfrute adoptada en un procedimiento de crisis matrimonial tendrá plena eficacia, permitiendo al excónyuge (y, en su caso, a los hijos comunes) continuar disfrutando del inmueble. En caso contrario, si el uso se atribuye a quien pretende el desalojo deberá estimarse la demanda de desahucio por precario (cfr. GARCÍA MAYO, 2019, 226). Asimismo, como señala MARTÍN MELÉNDEZ, esta solución «realmente, es lo que entiende el voto particular cuando dice que *no debe prosperar el desahucio, sin perjuicio de los derechos que pudieran hacer valer entre sí los hermanos copropietarios*, con lo que, obviamente, estamos de acuerdo» (MARTÍN MELÉNDEZ, 2011, 364).

¹⁴⁴ Cfr. SIMÓN MORENO, 2015, 182.

¹⁴⁵ Así parece entenderlo MARÍN VELARDE, al concluir que «la copropietaria en su condición de tercera con título previo a la sentencia matrimonial está legitimada para instar acciones tendentes a recuperar su derecho a poseer la vivienda, en tanto que cotitular del derecho de propiedad» (MARÍN VALVERDE, 2010, 293).

¹⁴⁶ La STS 28 marzo 2003 recoge la doctrina sentada por la STS de 5 de junio de 1989, conforme a la cual «la acción *communi dividundo* derivada del artículo 400 del Código civil, representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, y es de tal naturaleza, que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, valiendo como única causa de oposición el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años... Consecuencia de lo anterior es que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto, cuyo resultado se impone por vía de imperio...».

¹⁴⁷ Para el ejercicio de la acción de división de la cosa común algunos autores exigen el consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, autorización judicial por la errónea interpretación del artículo 96.IV del Código civil. No obstante, excluyen este requisito cuando la vivienda pertenece en copropiedad a uno o ambos cónyuges y a un tercero. A tal efecto, GARCÍA MAURÍÑO y DEL CARPIO FIESTAS entienden que cuando la titularidad de la vivienda pertenece al cónyuge no titular del derecho de uso y a un tercero al cónyuge «solo le cabrá la acción a que se refiere el artículo 403 del Código civil, es decir, la impugnación de la división hecha sin su concurso y en fraude de su

derecho, pero solo si efectivamente no se le notificó la interposición de la demanda» (GARCÍA-MAURIÑO y DEL CARPIO FIESTAS, 1994, 89).

En términos parecidos, la SAP de Córdoba 16 octubre 1992 en un caso en el que la vivienda familiar pertenecía proindiviso no solo a los cónyuges, sino también a un hermano del marido que fue quién ejercitó la acción de división de la cosa común, después de exigir el requisito del consentimiento o de la autorización judicial en caso de copropiedad entre los cónyuges, destaca: «cuando la causa que inspiraba su liberalidad desaparece, a saber, el no uso de la vivienda por su hermano, el actor pretende que cese tal comunidad, sin que ello suponga fraude de ley o abuso de derecho sino legítimo ejercicio de este, aunque reconozcamos que ello sea doloroso para la recurrente. Piénsese que sería como si el actor comunero hubiese permitido hasta ahora el uso en precario de su cuota en el bien. En caso de precario el cónyuge al que se atribuye el uso continúa en la vivienda, pero sin mayor apoyo que aquel precario. En consecuencia, el cónyuge usuario está expuesto a que en cualquier momento cese el precario —en este caso la comunidad—».

¹⁴⁸ Cfr. BERROCAL LANZAROT, 2012, 3505; CUENA CASAS, 2012, 361; ELO-
RRIAGA DE BONIS, 1995, 509; y GARCÍA-MAURIÑO y DEL CARPIO FIESTAS,
1994, 84-86.

*(Trabajo recibido el 29 de junio de 2021 y aceptado
para su publicación el 4 de octubre de 2021)*

La adquisición de la propiedad en subasta judicial: momento de transmisión y revisión crítica

Acquisition of property through judicial public auction: the moment of the transfer and a critical review of the question

por

ADRIÁN GÓMEZ LINACERO
Letrado de la Administración de Justicia

y

JESÚS CAMPO CANDELAS
*Abogado. Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho procesal
Universidad de Alicante.*

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto abordar la fijación del momento a partir del cual se adquiere la propiedad u otro derecho real que implique posesión y sea realizable en sede de subasta judicial, revisando, con espíritu crítico, el estado doctrinal y jurisprudencial de una cuestión poco esclarecida en la actualidad. A tal efecto, se confrontará el modo de adquirir en compraventa privada y subasta pública para concluir con una propuesta unificadora sobre el momento de transmisión en esta última que contribuya a dotar de mayor seguridad jurídica a un fenómeno de tal entidad jurídica e impacto socioeconómico.

ABSTRACT: The purpose of the report is to determine the establishment of the moment as from which the property or right in rem is acquired in a judicial public auction. The case law situation will be analyzed critically in connection with an issue regarding which there are very differing views. For this purpose, the legal basis of the manner to acquire the property through private sale and purchase and through public auction will be examined and subsequently, a proposal will be made on the moment of the transfer that helps to provide legal certainty to the treatment of the problem.

PALABRAS CLAVE: Transmisión de propiedad. Subasta pública. Venta privada. Título y modo. Momento traslativo. Modos de adquirir.

KEY WORDS: Property acquisition. Judicial public auction. Private sale. Title and modus. The moment of transfer the property. Ways to acquire.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SISTEMA DE TÍTULO Y MODO.—III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUBASTA PÚBLICA: SUS DIFERENCIAS CON LA VENTA PRIVADA.—IV. INAPLICACIÓN DEL SISTEMA DEL TÍTULO Y EL MODO A LA SUBASTA JUDICIAL.—V. LA FE PÚBLICA REGISTRAL EN LA ADQUISICIÓN POR SUBASTA.—VI. EL MOMENTO TRANSMISIVO EN LA LEC: 1. LA REDACCIÓN ORIGINAL EN LA LEC. 2. LA REFORMA DE LA LEC POR LA LEY 1/1992. 3. LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y LA REFORMA DE LA LEY 13/2009, DE 3 DE NOVIEMBRE.—VII. EL MOMENTO TRANSMISIVO EN LA JURISPRUDENCIA: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES. 3. DEL TRIBUNAL SUPREMO.—VIII. EL EVENTO TRASLATIVO EN DOCTRINA ESPECÍFICA.—IX. VALORACIÓN CRÍTICA Y PROPUESTA UNIFICADORA.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

A través de este trabajo se aborda el sistema de transmisión de la propiedad u otro derecho real que implique posesión (y requiera, por tanto, *traditio*) en el incidente de subasta pública judicial sustanciado en el marco de un proceso de esa naturaleza, extremo que se reputa de gran relevancia, tanto en el plano académico como práctico, por múltiples razones que irán aflorando en el transcurso del artículo.

A tal fin, realizaremos una aproximación doctrinal al sistema del título y el modo de adquirir por contrato, consagrado por los artículos 609 y

1095 del Código civil, para desembocar en la confrontación de la naturaleza jurídica de la venta privada y la subasta pública, exponiendo sus divergencias y rasgos distintivos, con la pretensión de traslucir la improcedencia de subsumir el esquema causalista citado en las realizaciones judiciales.

Acto seguido, se revisará la imprecisa y heterogénea jurisprudencia y doctrina recaídas a propósito del particular, culminando el estudio con una propuesta que, modestamente, pretende dotar de claridad y seguridad al momento transmisivo del dominio u otro derecho real que confiera facultades posesorias en vía de subasta judicial.

El problema tratado reviste gran trascendencia y suscita notables dudas. Sin ánimo exhaustivo, puede pensarse, por ejemplo, en aquellos casos en que hayan de ejercitarse tercerías de dominio o acciones de retracto, en los que será decisivo tener claro el *dies ad quem* o momento de nacimiento del retracto; situaciones en las que el inmueble subastado venga siendo objeto de arrendamiento y exista incertidumbre sobre cuándo el adjudicatario puede recibir las rentas; a partir de qué instante el nuevo titular puede disponer del bien, disfrutar de su uso y posesión, ejercitar acciones en defensa de su derecho, pasar a ser sujeto pasivo de tributos u obligado al pago de gastos de comunidad¹.

El trabajo se centra en la adquisición de la propiedad en el seno de procedimientos judiciales con una garantía o carga ejecutada, origen del procedimiento (hipoteca o prenda) o medida para su consecución (embargo), en los que se celebre subasta y posterior adjudicación al ejecutante o a un tercero para cubrir un crédito.

Ahora bien, las previsiones contenidas en el estudio son también aplicables, *mutatis mutandis*, a las ventas forzosas de naturaleza administrativa² y a la adquisición judicial por subasta de los demás derechos reales embargables o hipotecables y realizables, que impliquen posesión (y, en consecuencia, requieran *traditio*) para la consumación de la mutación jurídico real según el régimen o sistema transmisivo de dichos derechos (v. gr., usufructo, prenda con desplazamiento, anticresis, uso y habitación universales, etc).

Asimismo, las conclusiones de este trabajo son también extrapolables, con sus debidas particularidades, al proceso transmisivo derivado de subasta voluntaria regulada en la LJV, y a la subasta especial en ejecución de sentencia de disolución de cosa común, a pesar de que a lo largo del análisis se aludirá casi siempre a la ejecución judicial³.

Por último, en cuanto al objeto de la subasta, centraremos la atención en los bienes inmuebles, aunque las reflexiones pueden extenderse a los bienes muebles, ya que el acto judicial que consume la transmisión opera de la misma forma para ambos tipos bienes.

II. SISTEMA DE TÍTULO Y MODO

Nos aproximaremos a través del presente apartado de forma concisa (pues no es esta la sede adecuada para su estudio), al sistema⁴ del título y el modo consagrado por los artículos 609 y 1095 del Código civil en cuanto forma de adquisición del dominio y demás derechos reales con facultades posesorias; y ello, como paso previo para esclarecer si resulta trasladable, miméticamente, al fenómeno transmisivo derivado de las realizaciones en subasta pública judicial.

El principio de orden público que impregna la configuración de los derechos reales, por la importancia económico-social de estos y sus efectos *erga omnes* —estableciendo reglas imperativas en su ejercicio y desenvolvimiento—, hace insoslayable que los requisitos de un acto de tal entidad y repercusión como la adquisición de los mismos, marcadamente el derecho de propiedad (base del sistema socioeconómico liberal occidental y pilar central del comercio y tráfico jurídico) vengan predeterminados por prescripciones legales claras y terminantes que confieran certidumbre al fenómeno transmisivo⁵.

En ese contexto, el régimen aplicable a la adquisición del dominio ha sido construido en los distintos ordenamientos jurídicos históricos conforme a diferentes corrientes, partiendo todos ellos, en su composición primigenia, de la tradición romanista. Siguiendo los postulados del Derecho Romano, para la transmisión del dominio eran necesarios dos elementos: el título o contrato con finalidad traslativa —la venta, permuta, etc.— y el denominado modo o *traditio*⁶, entendido como entrega de la cosa o traspaso posesorio.

Pues bien, sobre los pilares del Derecho Romano clásico y fruto de la evolución social y de la progresiva espiritualización de la *traditio*, aparecen otros sistemas transmisivos que en la actualidad pueden reconducirse a tres grandes grupos, según pacífica doctrina, a saber: (a) sistema causal del título y el modo de adquirir; (b) sistema de transmisión consensual francés y (c) sistema del acuerdo traslativo abstracto propio de la doctrina alemana.

De manera escueta, podemos destacar las siguientes notas principales del sistema del título y el modo, remitiéndose para los otros dos a las numerosas obras existentes.

Para la doctrina del *título (causa remota)* y *el modo (causa próxima)* que sigue el modelo romano, se exige, en primer lugar, un acto, causa o negocio que fundamente y justifique la transmisión, frecuentemente un contrato, que sirva como precedente jurídico de la adquisición, denominado título o también conocido como *iusta causa* a la que se hacía ya referencia en los textos legales romanos⁷. En segundo lugar, como *conditio sine qua non* para consumir la transmisión real del dominio u otro derecho real con facultades posesorias y complemento causal del título, se requiere el modo o *tradición*,

que implica la entrega de la cosa del *tradens* al *accipiens* con ánimo de transmitir la propiedad. Siguiendo este esquema transmisivo, si únicamente existe *titulus* o negocio causal habrá relación obligacional sin efectos reales transmisivos y, a la inversa, esto es, de darse únicamente la *traditio*, sin vinculación a causa o título jurídico, habrá acto dispositivo, pero no será suficiente, por sí solo, para adquirir el dominio o demás derechos reales.

Pues bien, expuestos sus rasgos principales y prescindiendo del dilatado debate suscitado desde antiguo en la academia, es pacífico que en el derecho inmobiliario patrio se asume el sistema del título y el modo, si bien moderando este último con la admisión de formas espiritualizadas o ficticias de la *traditio*. Son exponente de tal línea de pensamiento, entre otros, por su predicamento, CASTÁN⁸, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN⁹, LALAGUNA¹⁰, GARCÍA GARCÍA¹¹, PEÑA¹², ALBALADEJO¹³, LACRUZ BERDEJO¹⁴ o ROCA SASTRE¹⁵.

Del mismo modo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁶ y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado —actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública¹⁷— son unívocas en el sentido de acoger la aplicación del sistema del título y el modo en la adquisición del dominio y demás derechos reales posesorios.

Dada por sentada la vigencia del sistema del título y el modo en nuestro país, por el interés que reviste para el objeto de nuestro estudio, merece la pena centrarse en la definición de la categoría modo o *traditio*.

La *traditio* es la *datio rei* o entrega de la cosa que hace el *tradens* al *accipiens* con ánimo de transmitir la propiedad. Constituye, de esta suerte, la ejecución material del negocio causal para consumir el fenómeno transmisivo a fin de transferir al adquirente la titularidad del derecho transmitido. En este sentido, el modo no es más que la consumación o ejecución subsiguiente al título o negocio con finalidad traslativa realizado (compraventa, permuta, donación, renta vitalicia, etc.). Lo que se pretende, por tanto, es la entrada material del *accipiens* en el bien o derecho real adquirido, haciendo suyo el *ius possessionis* mediante la entrega y recepción del objeto transmitido.

Sin embargo, la *traditio* no debe reducirse a una mera entrega de la cosa del transferente al adquirente, sino que debe estar dotada de sustancia objetiva y subjetiva propia para dotar de eficacia traslativa al negocio causal. Aclara a tal respecto DÍEZ-PICAZO¹⁸ que es necesario: «*Primero, que exista una concorde voluntad de las partes de transmitir y adquirir el dominio. Segundo, que se produzca un comportamiento traslativo, una entrega de la cosa o una datio possessionis. Tercero, que exista una justa causa. Cuarto, que el tradente sea un verus dominus.*».

GÓMEZ CORRALIZA, en sus explicaciones de clase, señala que es preciso diferenciar nítidamente entre tradición y traspaso posesorio, pues se trata de dos figuras distintas e independientes y cada una con su propio

régimen: la transmisión de la posesión se rige por el artículo 460-2.º del Código civil, mientras que la tradición está regulada por los artículos 1462, 1463, y 1464 del mismo Código. Así, puede haber tradición acompañada de traspaso posesorio (por ej. tradición real, *traditio brevi manu*, constituto posesorio, éste con transmisión sólo de la posesión mediata) y tradición sin traspaso posesorio, v.gr. tradición instrumental pura, sin transmisión de la posesión, que se aplaza por razones de conveniencia —así durante un plazo que se reserva el vendedor para realizar cómodamente la mudanza o durante el plazo que establezca para buscar y poder comprar, a su vez, un piso, o por razones de garantía, como no transferir la posesión hasta recibir el pago íntegro del precio—. De este modo distingue dicho profesor entre *tradición propia* o en sentido propio (con traspaso posesorio, sea de posesión inmediata o mediata) y *tradición impropia* o en sentido impropio (sin traspaso posesorio alguno). Esta, a pesar de su denominación, consume y produce idéntico efecto transmisivo que la primera. Ambas transmiten siempre el *ius possidendi*, pero solo la primera transmite, además, el *ius possessionis*.

La *traditio* deberá venir acompañada de una serie de signos externos, presupuestos jurídicos y manifestaciones de voluntad que permitan concluir una apariencia de titularidad (generalmente dominical) y de ejercicio del derecho por el adquirente de forma socialmente reconocida; la finalidad intrínseca de la *traditio* es crear signos externos que permitan concluir, frente a terceros y a la comunidad, que el adquirente está ejercitando la titularidad correspondiente al derecho adquirido, que normalmente se exterioriza por la posesión en el concepto inherente a dicho derecho, predominantemente el de dueño.

Con acierto destaca GORDILLO CAÑAS que la «*entrega o traditio cumple dos funciones distintas: por una parte —y esto a la perfección y en todo caso— proporciona a quien recibe la cosa el poder inmediato y directo en la misma; por otra —y ahora ya no siempre con igual rigor ni elocuencia—, en cuanto le constituye en poseedor, actúa en su favor como instrumento publicador, natural y rudimentario, del derecho que ha adquirido*»¹⁹.

En otro orden de cosas, la vinculación de la tradición al negocio jurídico causal se reputa absoluta y no admite abstracción de manera que, como regla general, las irregularidades que afecten al negocio irradiarán con efecto reflejo a la *traditio*. Esto es, si el negocio es nulo, la *traditio* será nula; el *tradens* no habrá perdido la propiedad y el adquirente no la habrá alcanzado —y de igual forma los subadquirentes— con las excepciones que, en algunos sistemas, como el español (art. 464 CC y 34 LH), habilita la legislación para permitir salvar los defectos del proceso transmisivo en protección de terceros de buena fe que, en el caso de bienes inmuebles, inscriban su derecho con preferencia, haciendo posible la adquisición *a non domino*.

Debe destacarse, asimismo, según dicción literal del artículo 609 del Código civil, que la *traditio* se aplica no solo a la adquisición de la propiedad,

sino también a otros derechos reales, pero exclusivamente a los derechos reales posesorios, es decir, aquellos que entre su haz de facultades impliquen la posesión de la cosa sobre la que se constituyen.

Es decir, la *traditio* únicamente debe acompañar al título o contrato traslativo para la eficaz adquisición de derechos reales que encuentren entre sus facultades la posesoria o *ius possidendi*. Por ello el derecho de propiedad, el usufructo, la servidumbre (excepto las negativas), el uso, la habitación o la prenda con desplazamiento, exigirán, para su adquisición contractual, la *traditio*, mientras que otros derechos, no susceptibles de posesión, como son la hipoteca, el censo (el derecho del censalista) o los derechos reales de adquisición preferente, como la opción, el tanteo o el retracto, no exigirán traspaso posesorio (por la elemental razón, de que este, al tratarse de un derecho que no implica posesión, no sería posible), bastando el título para consumación de su transmisión²⁰.

ALBALADEJO²¹, citando para ello doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 7 de octubre de 1970 y 19 de noviembre de 1974) recuerda que «dentro de las adquisiciones por contrato, el modo es preciso para recibir, no solo el derecho de propiedad, sino cualesquiera otros reales, lo mismo sobre bienes muebles que sobre inmuebles, siempre que se trate de derechos poseibles»²².

Sobre la necesidad de *traditio* para la adquisición de derechos reales que no otorguen facultades posesorias del bien sobre el que se constituyan (hipoteca, retracto, prenda sin desplazamiento, entre otros) se pronuncia, entre otros, CUENA CASAS²³, afirmando «que aunque el tradens haya perdido la posesión (art. 460.4.º CC): siempre hay una forma de tradición posible. De ahí, también que la necesidad de tradición no resulte excepcionada cuando se trata de transmitir derechos reales no poseibles».

No compartimos dicho razonamiento por cuanto encierra cierta contradicción conceptual. Si el *tradens* ha perdido la posesión civil por la posesión de otro la única consecuencia que tendrá es que no transferirá también junto a la propiedad la posesión (ni mediata ni inmediata) al adquirente mediante la *traditio*. De este modo, haber perdido la posesión, no convierte a la propiedad en un derecho real sin facultades posesorias. La posesión perdida por el dueño siempre se podrá recuperar, pero no mediante la acción posesoria sumaria, sino a través de los distintos cauces para hacer efectivo el derecho a poseer (reivindicatoria y precario, entre otros); dicho de otro modo, la posesión es dimensión indisoluble de la propiedad (art. 348 CC) y mientras no se extinga dicha propiedad la posesión vencida podrá recuperarse (salvo, claro está, que aparezcan terceros protegidos).

Hay que distinguir entonces, en primer lugar, debidamente, entre la transmisión de la propiedad mediante la *traditio* y la adquisición de la posesión, extremos diferentes y con distinta regulación. Igualmente hay que discernir entre el derecho a poseer o *ius possidendi*, que es al fin y al cabo

el criterio que determina el carácter de poseíble o no de la cosa objeto del derecho real, con el *ius possessionis* o posesión material, que puede perderse temporalmente por otros hechos jurídicos o actos materiales sin que por ello el derecho real, que con el *ius possessionis* se exterioriza, pierda la nota posesoria.

Y todo ello conforme al fin fundamental de la *traditio*, que persigue, en esencia, arbitrar mecanismos o signos que permitan a la comunidad conocer de forma ostensible la adquisición de un derecho y su ejercicio por un nuevo titular. Ninguna *traditio* puede exigir un derecho real (como la hipoteca o el retracto) que, en su modo social y legal de ejercicio, no implica tenencia o posesión de la cosa. Para publicitar el ejercicio de esos derechos existen otras herramientas más fiables. La *traditio* o entrega de la cosa, ficticia o material, carece de toda operatividad en derechos que, en su materialización, no permiten o necesitan para su eficacia el uso de aquella.

Por último, destacar que, si bien la *traditio* se concebía en sus orígenes, exclusivamente, como entrega material de la cosa, el transcurso del tiempo ha dado lugar a un progresivo proceso de espiritualización de la *traditio* basado en razones sociales y de política legislativa que ha reconducido, en el sistema español, los modos de adquirir a dos grandes grupos, a saber: *traditio* real o genuina y *traditio ficta*.

Por su relevancia en el análisis que nos ocupa debe citarse la *tradición instrumental reconocida* por el artículo 1462-2 del Código civil, probablemente la manifestación de transmisión ficticia de mayor trascendencia, a saber: la consistente en el otorgamiento de la escritura pública (la escritura como *instrumentum publicum*, de ahí su nombre). Esta forma de tradición instrumental, predominante en el tráfico jurídico, es la que mayor interés despierta a los efectos del presente trabajo toda vez que, buena parte de los pronunciamientos judiciales que se ocupan del fenómeno traslativo en subasta parten de una equiparación conceptual inexacta entre la escritura pública y la resolución judicial que tiene por adjudicado el bien o aprobado el remate, sea con testimonio o sin él, asumiendo así una fórmula de *traditio* instrumental para las subastas judiciales.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUBASTA PÚBLICA: SUS DIFERENCIAS CON LA VENTA PRIVADA

Numerosos y mayoritarios antecedentes doctrinales y jurisprudenciales acogen de manera mimética el acervo propio del sistema del título y modo en sede de subasta pública, lo que no está exento de problemas si, entre otras razones, se atiende a las divergencias existentes entre la subasta pública y la venta privada.

Es sabido que la compraventa privada, regulada en el artículo 1445 del Código civil, es el contrato consensual, bilateral, oneroso y generalmente conmutativo, por el cual una persona se obliga a entregar una cosa determinada, como contraprestación causal, a cambio de un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.

Se trata, sin duda, del principal contrato con finalidad traslativa y forma predominante de intercambio de bienes en el tráfico jurídico, debiendo recordarse, en relación con lo primero, que tiene finalidad traslativa, sin ser *per se* traslativo, pues es solo generador de obligaciones, requiriendo, como arriba se explicaba, la *traditio* para la traslación o transmisión del derecho real.

En cuanto a su forma, rige el principio de libertad de forma consagrado por el artículo 1278 del Código civil sin exigencia de forma especial *ad solemnitatem*, bastando la observancia de los requisitos del artículo 1261 del Código civil²⁴, acorde con nuestro sistema espiritualista consagrado por el artículo 1258 del Código civil.

En cambio, la subasta pública puede definirse, desde una visión amplia, como el acto mediante el cual un organismo ofrece, bajo condiciones predeterminadas, ante el público, en régimen abierto, un bien o conjunto de bienes, sobre un precio mínimo en relación con el valor del bien o con libre competencia mediante precio no cerrado, mediante el sistema de pujas, a los postores concurrentes, para adjudicar el objeto subastado al mejor postor.

Por lo demás, la subasta pública, en el ámbito de los procedimientos de apremio seguidos ante autoridades públicas, judiciales o administrativas, es el principal medio para convertir en dinero los bienes del deudor y aplicar su importe al pago del crédito debido.

En lo concerniente a nuestra legislación procesal, la subasta pública se configura, en virtud del artículo 636.2.2.º Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), como una de las vías de realización forzosa del patrimonio del deudor, a falta de convenio de realización o realización por entidad especializada²⁵.

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la subasta, dos son las principales tesis que existen: a) acto de soberanía pública constitutivo de una relación de derecho privado con efectos *ex lege* y, b) similitud con la compraventa, matizada por el carácter forzoso de la transmisión y la intervención judicial. Ambas corrientes apuntalan la denominada teoría contractualista o *iusprivativista* y la doctrina *procesalista* de la subasta²⁶.

Para la teoría contractualista, la transmisión del bien a un tercero, a cambio de dinero, con la correlativa satisfacción del interés del acreedor, justifica la equiparación de la subasta judicial con la compraventa; no en vano, ambas figuras presentan idéntica finalidad de cambio de cosa por precio e igualmente existe una coincidencia en su principal efecto, esto es, la transmisión y la adquisición de un derecho²⁷.

Junto con ese argumento, se han empleado otros para fundamentar esta tesis, tales como la asimilación por el Código civil entre venta privada y pública en cuanto a la acción redhibitoria del artículo 1489 del Código civil, salvo el pago de indemnización; la admisión de la aplicación del retracto²⁸ en adquisiciones por subasta pública y la aplicación de la regulación de la doble venta y venta ajena, sobre los artículos 1473 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria, a las subastas públicas²⁹; o el hecho de que nuestra legislación procesal y sustantiva equipare terminológicamente la venta privada y la subasta pública en no pocos preceptos³⁰.

Exponentes de la tesis contractualista son, entre otros, CUBELLES ROIG³¹, PLAZA³², HERCE QUEMADA³³, MOLINA GARCÍA³⁴, MANRESA³⁵ o PUIG BRUTAU³⁶.

En contraposición a la posición expuesta, la tesis publicista o procesalista pone el énfasis en la realización coactiva del bien, lo que excluye cualquier posibilidad de conferir naturaleza convencional a las actuaciones dimanantes de la subasta, como recuerdan ALONSO SÁNCHEZ³⁷ o FRANCO ARIAS, que niegan que la transmisión forzosa sea una modalidad de la venta privada, ni de ninguna otra institución civil, aunque tenga puntos en común³⁸. La falta de voluntad en el sujeto ejecutado que se ve obligado a transmitir es uno de los aspectos clave destacados por quienes se aproximan a la tesis puramente procesalista de la subasta judicial³⁹.

Por lo que concierne a la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, este no ha mantenido una postura nítida sobre la adscripción a ninguna de las tesis citadas, si bien en la actualidad parece inclinarse por la tesis publicista⁴⁰, línea que no parece abrazar precisamente nuestro Centro Directivo⁴¹. En esta dirección, destaca la STS de 13 de marzo de 1997, según la cual *«la enajenación forzosa no es, esencial y propiamente, una compraventa sino un acto judicial que genera los mismos efectos que aquella»*⁴², o la STS de 29 de julio de 1999 al razonar que *«la subasta judicial es un negocio jurídico formal, donde rige para la plena producción de efectos la sujeción al principio de legalidad, de manera que sus requisitos son garantías de la seriedad de la oferta pública que la caracteriza y del cumplimiento de todas sus formalidades (...) No cabe, por ello, asimilar en un todo el negocio jurídico privado de compraventa a la venta forzosa en subasta pública, pese a la aplicación analógica y subsidiaria de la normativa del Código civil»*.

No puede alcanzarse conclusión alguna a la vista de la jurisprudencia menor, con pronunciamientos contradictorios al analizar la naturaleza de la subasta. Para algunas resoluciones subasta y compraventa son fenómenos intercambiables⁴³ mientras que, para otros tribunales, es patente una *«radical diferencia entre ambas instituciones»*⁴⁴.

En nuestra opinión, es preciso tener en cuenta varios factores. En primer lugar, el origen del derecho de propiedad resultante de subasta pública

procede de un acto netamente procesal, consistente en la adjudicación legal (judicial), y en ese proceso resulta irrelevante tanto el consentimiento del ejecutado como el del rematante, cuya voluntad solo se manifiesta en la decisión de participar en la subasta, pero sin libertad alguna para negociar los términos de la transmisión. Y la participación de los postores es residual o testimonial, pues tiene lugar en las condiciones predeterminadas por ley, despojados de cualquier margen de capacidad decisoria. Por todo ello, nos alineamos con la corriente *procesalista o publicista* respecto de la naturaleza de la subasta judicial.

En efecto, la fuerza con la que aparece investido el derecho del adjudicatario es consecuencia directa de un acto judicial con efectos traslativos anudados por ministerio de la ley, por lo que encuentra su razón de ser en el ámbito estrictamente procesal, sin que la equiparación terminológica (más funcional que conceptual) de nuestra legislación civil y procesal entre ambas modalidades, ni sus efectos finales compartidos, permitan, a nuestro juicio, la identidad de razón (identidad de razón exigida para aplicar la analogía *legis* por el art. 4.1 CC) postulada por la tesis *iusprivativista*.

Por lo demás, abona la tesis aquí defendida el hecho de que el artículo 1465 del Código civil, integrado en el capítulo de la compraventa, disponga: «*La enajenación forzosa por causa de utilidad pública se regirá por lo que establezcan las leyes especiales*», que, si bien parece aludir a la expropiación o enajenación forzosa por causa pública, entendemos plenamente aplicable, en su remisión, a la realización judicial de bienes, de lo que se derivaría un interés de la *mens legislatoris* en separar ambos tipos de instituciones⁴⁵.

Podríamos decir, por tanto, que la coincidencia entre ambas formas de adquirir el dominio, es superficial, funcional, práctica o coyuntural, manteniendo cada una sus rasgos prototípicos en marcos jurídicos distintos que no permiten equiparación o trasvase entre sus componentes internos, sustantivos y autónomos. Y ello, como no puede ser de otro modo, sin negar los aspectos coincidentes entre ambas figuras.

Lo crucial, si analizamos el *iter transmisivo* presente en ambas formas de adquirir, es que a pesar de producir, tanto la venta privada como la subasta pública idénticos efectos finales —mutación jurídico real y transmisión/adquisición del derecho vendido—, el cauce legal vehiculado para tal fin discurre, hasta llegar al referido término, por recorridos distintos, sin opción de sustitución o alternativa entre sí en sus elementos fundamentales.

Reconocida nuestra adscripción a la tesis procesalista, nos llama inmediatamente la atención, sin embargo, que buena parte de los partidarios de la tesis publicista admitan, sin ambages, la aplicación de esquema del título y modo *ex* artículo 609 del Código civil a las subastas públicas, al menos, en la mayoría de sus exponentes.

Tal posicionamiento encierra, como advierte certeramente NAVARRO CASTRO⁴⁶, una cierta contradicción, pues si la realización forzosa mediante subasta pública se configura como un acto jurisdiccional dispositivo, regido por su propio régimen procesal, pronto se advierte la incongruencia de acudir a dicho sistema dualista de índole contractual para explicar la forma de adquisición mediante subasta.

Ello puede ser el origen, como veremos después, de no pocos problemas al tiempo de resolver la cuestión esencial sobre el momento en el que se debe entender consumada la transmisión, pues la regulación procesal da cuenta de numerosos actos susceptibles de ser identificados, bien con el título, bien con el modo, lo que introduce severos conflictos desde una aproximación eminentemente práctica.

Expuesto lo anterior y, sucintamente, podemos condensar en cuatro los argumentos diferenciadores entre venta privada y subasta pública, a saber:

—Primero—siguiendo a DÍEZ-PICAZO⁴⁷— el *origen* del acto de constitución de la relación jurídica, en este caso, del derecho real adquirido, se erige como el principal factor diferenciador entre ambas formas de adquisición. Precisamente por ello (como explicaremos con más detalle después), el acto de constitución⁴⁸ se nutre de diferente fuente jurídica en las dos instituciones confrontadas: aunque el resultado final consistente en la traslación de la propiedad es el mismo, la causa jurídica de cada adquisición descansa en pilares distintos y se edifica sobre cimientos de diferente composición.

Aplicando el lúcido esquema del citado autor, en la compraventa privada el acto de constitución es voluntario y en la subasta pública, en cambio, lo es de carácter legal, judicial y forzoso. Y, al margen de que las consecuencias jurídico-reales puedan ser idénticas, pues en ambas modalidades transmissivas muta la titularidad real, estas quedan sometidas a regímenes jurídicos distintos en cuanto a su constitución, desarrollo, ejecución e incidencias (estas últimas tales como la resolución del contrato, rescisión, saneamiento, entrega posesión, formalidades, acceso al Registro, etc.).

Así, mientras en la compraventa el acto de constitución de la relación jurídico real resulta de una convención entre particulares —un contrato, especie por excelencia de los negocios jurídicos—, en la subasta pública procede del imperio de la ley⁴⁹. Es decir, el acto de constitución del derecho de propiedad u otro derecho real posesorio en esta última opción, tiene rango de *ius cogens* y naturaleza pública, con las notas características de heterónimo, legal, forzoso, con fuerza soberana y efectos *ipso iure*.

—Segundo, consecuencia directa del anterior, constatada la contraposición de la naturaleza jurídica entre ambos actos, el *régimen jurídico* al que deben quedar sometidos es ostensiblemente dispar. El acto de constitución al que arriba se alude tiene orígenes y está regulado en ramas del ordena-

miento con caracteres marcadamente opuestos, pues mientras uno se ubica en el marco del derecho privado, el otro ha de buscarse en el orden público, inspirado en principios de sobra conocidos.

—Tercero, los *elementos esenciales* de la venta privada, precio y entrega de la cosa, no tienen la misma presencia en la subasta pública.

El precio, en la subasta judicial, no lo recibe el titular del bien transmitido, sino el acreedor —salvo subasta voluntaria—. La entrega de la cosa, en la realización forzosa, no integra la obligación del titular real previo, que no participa del proceso de enajenación, más que en una posición pasiva: a este respecto, la entrega de la posesión, en este caso civilísima, se confiere por la propia fuerza de la resolución procesal que otorga la adjudicación y, en caso de negativa del ejecutado u otros a permitir la entrega de la posesión, entrará en juego el incidente posesorio del artículo 675 LEC. En la compraventa privada, la única fórmula de reclamar la tutela de la posesión (240.1.4.º LEC) del bien transmitido es haber accedido materialmente a este o acudiendo a un proceso declarativo, lo que demuestra el valor privilegiado de la adjudicación judicial en cuanto permite una posesión ficticia civilísima decretada por el órgano judicial.

—Cuarto, no cabe en la subasta el binomio clásico *comprador/vendedor*. Debe insistirse en la ya reiterada idea: la adjudicación opera de forma forzosa, sin consentimiento del ejecutado y, por ello, no existe bilateralidad, sino unilateralidad. El consentimiento, pilar central de todo contrato para su perfeccionamiento según nuestro sistema espiritualista, aparece suprimido en la faceta del titular del derecho subastado.

En semejante posición se encuentra el comprador, que se ve sujeto a condiciones innegociables prescritas por la ley, con limitación de sus facultades de intervención. No existe oferta con participación, sino oferta predeterminada y cerrada de tinte adhesivo; tampoco existe la nota de perfeccionamiento negocial por acuerdo de voluntades. Además, el precio/importe de la adjudicación no es libre, sino restringido con porcentajes sobre el valor de tasación. Asimismo, no cabe resolución por falta de pago del precio en la subasta pública, sino quiebra de esta, en los términos del artículo 653 LEC.

Por ello, no cabe enfrentarse a la subasta con los mismos esquemas y presupuestos jurídicos que a un contrato, pues faltan en la primera los elementos básicos del sistema contractual. A mayor abundamiento, la causa de la compraventa —requisito consustancial a todo contrato *ex* artículo 1271 del Código civil—, es «*la prestación de una cosa por la otra parte*» y la función económico social de este tipo contractual es el intercambio de una cosa por precio, objetivando así la causa. Por el contrario, en la subasta pública no hay causa en el sentido contractual de la expresión, porque no hay negociación ni intercambio de voluntades para alcanzar un fin, que es el rasgo más definitorio del contrato. Los actos procesales, obvio decirlo, no siguen la mecánica legal de los negocios jurídicos.

Como corolario de lo razonado, se infiere una idea que condensa las diferencias: la compraventa se rige por la máxima de la autonomía de la voluntad *ex* artículo 1255 del Código civil y por normas dispositivas y, la subasta pública, por el estricto principio de legalidad, por más que, en efecto, tengan consecuencias en la esfera jurídico real del mismo alcance.

Desgranadas las principales notas distintivas entre ambas instituciones, pasamos al nudo gordiano del presente trabajo, epicentro de la que será la propuesta final.

IV. INAPLICACIÓN DEL SISTEMA DEL TÍTULO Y EL MODO A LAS SUBASTAS JUDICIALES

La doctrina y jurisprudencia mayoritarias dan por sentada la aplicación del sistema del título y el modo a las adjudicaciones judiciales. El Tribunal Supremo, sobre cuya doctrina volveremos después, ha extendido sin fisuras la doctrina causalista derivada del artículo 609 del Código civil a las subastas públicas. Por ilustrativa, puede citarse la STS de 2 de diciembre de 2009, que afirma: *«la jurisprudencia de esta Sala mantiene toda la virtualidad del artículo 609 del Código civil exigiendo algo más que la mera aprobación del remate para la adquisición de la propiedad de la finca subastada por el rematante o el cesionario del remate»*, o la más reciente STS de 7 de mayo de 2015, que propugna, asumiendo de nuevo la vigencia del sistema contractual, que *«a la referida adjudicación puede atribuírsele el carácter de tradición simbólica, al no ser numerus clausus la enumeración de las formas espiritualizadas de tradición que hacen los artículos 1462 a 1464 del Código civil»*⁵⁰.

En cuanto a la posición de la doctrina, también resulta dominante la defensa extensiva del sistema del título y el modo, centrándose la discusión, primordialmente, no tanto en su aplicación analógica como en la más relevante cuestión sobre el momento concreto en que se consuma la traslación del derecho real. Se da así por sentado, las más de las veces, la plena vigencia de dicho sistema, sin detenerse demasiado en las particularidades de la subasta pública⁵¹. Pueden destacarse, entre otros autores, SOLCHAGA LOITEGUI para quien *«la transmisión del dominio del inmueble embargado se produce en virtud de su enajenación forzosa, verdadero contrato procesal, con plena aplicación de la teoría del título y el modo»*⁵², o LUQUE TORRES, en cuya opinión *«los conceptos de perfección y consumación, son perfectamente aplicables a las subastas judiciales»*⁵³.

De lo anterior se sigue que se asuma para esta corriente mayoritaria el sistema de título y modo en sede de subasta pública, desdoblando así la transmisión en dos actos: uno de carácter consensual —unas veces será la

propia convocatoria de subasta y otras el decreto de remate, que dicho sea de paso, no siempre existe— y otro real traditorio que, según la corriente que se asuma, podrá ser la expedición del decreto de adjudicación o su testimonio, como después se comprobará⁵⁴.

De opinión opuesta y, sin duda, adscrita a una corriente minoritaria, podemos destacar a algunos autores que rechazan la aplicación del esquema de adquisición contractual a las subastas judiciales. Así, VERDERA SERVER⁵⁵ sostiene que «no existiendo en rigor contrato resulta vano tratar de encajar el fenómeno en los moldes de la teoría del título y del modo. El artículo 609.II del Código civil propicia que esa situación se califique más adecuadamente como una adquisición por ley». MURGA FERNÁNDEZ, en similar dirección, defiende que la transmisión llevada a cabo mediante la subasta judicial puede incluirse bajo el ámbito de aplicación del sistema de transmisión por ministerio de la ley, lo que le aleja del molde clásico del sistema del título y el modo⁵⁶. O, en la misma línea, GUTIÉRREZ DE CABIEDES⁵⁷ para quien «la transmisión se opera por ministerio de la Ley y está fuera de la norma del título y el modo».

En nuestra opinión, debe descartarse de plano, sin admisión de analogía *legis* con el artículo 609 del Código civil, ni siquiera por razones de utilidad jurídica o seguridad en la praxis judicial, la extrapolación de los presupuestos instituidos por nuestro Derecho Civil para la adquisición del derecho de propiedad a las subastas judiciales, al menos, por las tres razones siguientes:

—En primer lugar, la falta de naturaleza contractual de la subasta y la consiguiente inaplicación del Código civil en esta materia. No existe, por tanto, contrato que deba sujetarse a las reglas sustantivas prescritas para su perfección ni, por ende, transmisión de la propiedad que deba someterse a la necesidad de acto dispositivo propio de la *traditio*. Así, el alcance objetivo del sistema instituido por el artículo 609 del Código civil debe acotarse a las ventas convencionales⁵⁸. No parece apropiado, por tanto, aplicar por analogía el régimen de adquisición del dominio vigente para relaciones jurídico-privadas de origen contractual a las adjudicaciones judiciales por no existir una clara identidad de razón entre los dos supuestos de hecho confrontados que permita la integración prevista en el artículo 4 del Código civil.

—En segundo lugar, el derecho de propiedad adjudicado en causa judicial es un medio derivativo de adquisición investido de la autoridad que confiere la potestad jurisdiccional y el *imperium* de la ley, sometido en su creación, desenvolvimiento y adjudicación a prescripciones de derecho necesario, con un régimen jurídico autónomo.

Es el Estado, a través de uno de sus poderes fundamentales, el que atribuye (pero no *ex novo*) el derecho al adjudicatario mediante un acto de soberanía de modificación de relaciones jurídicas preexistentes. Existe, en

definitiva, una «*declaración de voluntad del Juez executor que transmite de forma coactiva el bien embargado en favor del rematante, por la virtud de la potestad jurisdiccional de la que está aquel investido*»⁵⁹.

El juzgado competente, en su función ejecutora, no vende, no enajena y, en rigor, tampoco transmite el objeto hipotecado o embargado en el sentido jurídico contractual del término, sino que realiza un bien o derecho para con su valor satisfacer un crédito declarado judicialmente —ejecución ordinaria de título judicial— o reconocido en título ejecutivo extrajudicial —en los casos de ejecución no judicial—. Precisamente por ello, aunque ambas adquisiciones tengan el mismo efecto derivativo, basado en el principio de subrogación real, parecen más acertadas las categorías de realización judicial y de adjudicación —de ahí la importancia del decreto de adjudicación— que las de venta judicial y transmisión, respectivamente.

De lo anterior se colige que las normas de Derecho público resultan autosuficientes para regular la adquisición en subasta, sin necesidad de acudir a garantías complementarias o causales como la *traditio*; no debe obviarse, al respecto, que el sistema del título y el modo obedece a razones de certidumbre que han de entenderse derogadas cuando existe un sistema procesal dotado de respaldo que hace innecesario acudir al mismo, pues ello terminaría desdoblado, disfuncionalmente, el proceso de transmisión en subasta en dos fases.

En otros términos, la señal externa asociada a la necesidad de tradición, comprensible en sede contractual, carece de sostén en un proceso judicial regido por normas procesales que regulan con detalle toda la secuencia de la subasta. En esa línea, compartimos las reflexiones de NAVARRO CASTRO cuando aclara que la necesaria exteriorización del cambio de titularidad y la concurrencia de una formalidad que dé garantías de que la transmisión se ha producido en las debidas condiciones, siendo cognoscible por terceros, como finalidades propias de la *traditio*, se desvanecen en el proceso de ejecución, donde las condiciones de publicidad y de prueba de la transmisión no solo se cumplen sobradamente, sino —destaca el autor— «*en mucha mayor medida, incluso, que con la tradición*». Carece por ello de sentido insistir «*en la necesidad añadida de la entrega o en la asimilación entre auto o testimonio y entrega, cuando ni el fundamento ni las características de uno y otro coinciden*»⁶⁰.

—En tercer lugar, desde el momento en que la Ley 10/1992, de 30 de abril —como después se analizará con más detalle— hizo desaparecer el otorgamiento de escritura pública en favor del adjudicatario como exigencia para su adquisición, resulta forzada la remisión a los criterios de transmisión del artículo del 609 del Código civil⁶¹.

Las razones esgrimidas traslucen las notables divergencias habidas entre subasta judicial y venta privada y, por ende, justifican, en nuestra opinión, la inaplicación del régimen del título y el modo en sede de subasta pública.

Por lo demás, y como veremos después, la asunción del sistema recogido en el artículo 609 del Código civil a la subasta no ha servido para dotar de una mayor claridad a una cuestión esencial: la determinación del momento preciso de transmisión de la propiedad.

V. LA FE PÚBLICA REGISTRAL EN LA ADQUISICIÓN POR SUBASTA PÚBLICA

Resulta conveniente aludir, siquiera someramente, a la vigencia del principio de fe pública registral para adquisiciones en causa judicial. Surge el interrogante, fuertemente discutido hasta la trascendente Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007, de si cabe la adquisición *a non domino* en subasta pública, salvando así la falta de poder de disposición del *tradens* o, si, por el contrario, dicha adjudicación judicial debe reputarse nula por falta de objeto y no merecedora de convalidación registral *por mor* de la sanción prevista en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria.

Lo cierto, como hemos explicado, es que el adjudicatario no adquiere directamente del deudor, en el sentido propio de una venta privada, sino que recibe la propiedad por un acto judicial. Sin embargo, registralmente, y en aplicación, en todo caso, de la regla del tracto sucesivo, sí que existe concatenación transmisiva entre deudor y adjudicatario,

Pues bien, partiendo de la extraordinaria complejidad de la cuestión abordada, para cuya comprensión podemos remitirnos a las distintas obras que se citarán en este apartado, hay que deslindar entre adjudicación dimanante de un embargo ejecutivo o de una hipoteca.

En el caso del tercero embargante, que es donde se concentran los mayores problemas, hay que partir de la premisa básica de que este, según doctrina mayoritaria, no está protegido por la fe pública registral. En términos de GORDILLO CAÑAS⁶²: «*buen cuidado tuvieron los autores de la Ley Hipotecaria en dejar declarado que el embargo y su anotación no alteran la naturaleza del crédito*». Así, y siguiendo a GÓMEZ DE LA SERNA, «*el acreedor embargante, aunque el embargo se anote, no podrá ser contado entre los “terceros” hipotecarios o terceros “para los efectos de esta Ley”*».

Lo que resulta pacífico es la concepción del embargo como una carga con trascendencia real y oponible a terceros que confiere el *ius distrahendi* sobre su objeto (por todas STS de 30 de noviembre de 2004 y RDGRN de 2 de diciembre de 2004).

Y, el acreedor embargante no está protegido por la fe pública, a pesar del debate doctrinal, porque su anotación no le hace indemne a los derechos anteriores no inscritos que podrán hacerse efectivos por los cauces

procesales correspondientes. El embargante no adquiere derecho real de un titular registral anterior, sino que recibe una garantía registral, emanada de un acto procesal, para el embargo de un inmueble o derecho real en una ejecución.

El embargo anotado sí incide en el juego de la fe pública registral, pero no para cubrir al embargante con su hilo protector, en su dimensión positiva, sino, en su vertiente negativa, para enervar o inhabilitar su eficacia en terceros adquirentes posteriores, que deberán pechar con el embargo, por no poder ignorarlo al estar inscrito (art. 32 LH), y con las resultas del pleito (art. 71 LH), así como con el efecto purgativo inherente a la cancelación (arts. 134 y 674 LH y art. 175.2.º RH).

En otro orden, todos los problemas que ahora veremos en relación al embargo, no se presentan con la misma intensidad en la ejecución hipotecaria habida cuenta de que el acreedor hipotecario, inscrita la hipoteca, está protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y de que la hipoteca se vincula siempre al bien gravado, con independencia de que la titularidad se transmita y aparezca un tercer poseedor.

Para un conocimiento pleno del principio de fe pública registral nos remitimos, por su exhaustividad y rigor, a GARCÍA GARCÍA⁶³. Asimismo, y con idéntica finalidad, para una comprensión amplia del principio de fe pública registral en subasta judicial podemos acudir a las distintas obras que GORDILLO CAÑAS⁶⁴ destina al particular.

Pues bien, los problemas se suscitan en la anotación de embargo para el *verus dominus* con título no inscrito antes de la anotación por adquisición anterior a esta que, o bien no inscribe nunca, o bien inscribe después de la anotación.

Respecto a las inscripciones posteriores por títulos posteriores es claro el artículo 71 de la Ley Hipotecaria y la intervención del tercer poseedor en la subasta a tenor de los artículos 659 y 662 de la LEC. Dicha inscripción posterior será purgada con la inscripción del adjudicatario (674 LEC) y prevalecerá la posición de este por el efecto enervador de la anotación de embargo sobre la fe pública (dicho adquirente posterior nunca podrá ser de buena fe, salvo embargos no anotados).

Podemos distinguir, fundamental y sintéticamente, las situaciones siguientes:

a) *Adquisición anterior consumada*⁶⁵ *no inscrita en el momento de la anotación.*

El *verus dominus* tiene a su disposición la tercería de dominio prevista en los artículos 595.1 y siguientes de la LEC, siendo término final para el ejercicio del derecho la adquisición de la propiedad por el adjudicatario conforme la legislación sustantiva.

El problema principal radicaba en que no se promoviera tercería de dominio por el *verus dominus* y el adjudicatario inscribiera su derecho en el Registro de la Propiedad. Pues bien, tras un periodo de incesante discusión jurisprudencial y oscilación de criterios del Alto Tribunal que puede examinarse con detalle (por no conformar el interés propio de este trabajo), entre otros, en CUENA CASA⁶⁶, el Pleno del Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de marzo de 2007, concluye que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria resulta también de aplicación a las subastas judiciales inmobiliarias, extrapolando a estas su tesis sobre venta privada ajena y doble (arts. 34 LH y 1473 CC).

Así, la inscripción registral protege y salva el defecto del titularidad o poder de disposición del transmitente, con lo que el *verus dominus* es vencido por el tercero hipotecario, haciendo efectiva la adquisición del adjudicatario *non domino*. Dicha doctrina es reiterada en SSTS Pleno de 7 de septiembre de 2007, 5 de mayo de 2008 y 6 de marzo de 2009.

En este sentido, afirma VELA SÁNCHEZ⁶⁷ que «Tras la fundamental STS de 5 de marzo de 2007, se ha consolidado la doctrina jurisprudencial de que en caso de doble venta judicial inmobiliaria es aplicable el principio de fe pública registral del artículo 34 LH y puede protegerse al segundo adjudicatario que cumpla todos sus presupuestos, desechando la orientación de que esa segunda adquisición es nula por falta de objeto por pertenecer ya al primer adquirente».

En consecuencia, el principio de fe pública registral es plenamente aplicable en sede de subasta judicial inmobiliaria. Y ello, porque, como con acierto sintetiza LÓPEZ FRÍAS⁶⁸, «tal protección se da tanto si el título traslativo otorgado a favor del tercero es una compraventa voluntaria como si es una venta forzosa en un procedimiento de apremio, ya que la ley no distingue a estos efectos y la finalidad que la fe pública persigue se cumple en uno y otro caso».

No resulta en consecuencia aplicable el artículo 33 de la Ley Hipotecaria ya que, según la STS de 7 de septiembre de 2007 dicho precepto «podrá impedir la aplicación del artículo 34 si lo nulo es el acto o contrato adquisitivo de quien inscribe... En definitiva, la nulidad a que se refiere el artículo 33 de la Ley Hipotecaria no tiene que ver con el poder de disposición del transmitente».

b) Inscripción posterior a la anotación de embargo por título anterior a esta practicada antes de la adjudicación.

Si la inscripción es posterior a la anotación preventiva de embargo y anterior a la inscripción del adjudicatario, por una adquisición anterior a la traba, a nivel registral es clara la vigencia del artículo 175.2.º Reglamento Hipotecario y 674.2 LEC, y el efecto purgativo de la inscripción de la adjudicación cancelará las anotaciones o inscripciones posteriores, aunque

referidas a adquisiciones derivadas de derechos o títulos anteriores, con la excepción final del citado artículo 175.2.º del Reglamento Hipotecario.

En el plano sustantivo, sin embargo, el adjudicatario solo puede convertirse en adquirente *a non domino* bajo el manto de la fe pública registral, en los términos antes vistos.

Pues bien, no parece que pueda defenderse la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria al adjudicatario al constar inscrito el dominio del primer adquirente antes de su adjudicación y resultar oponible dicha inscripción *ex* artículo 32 de la Ley Hipotecaria, por lo que conoció y debió conocer dicha transmisión y no puede reputarse tercero de buena fe.

El verdadero propietario, con título de adquisición registralmente cancelado por el efecto purgativo de la adjudicación judicial, deberá, entonces, hacer valer sus derechos por la vía civil a través de la correspondiente acción de protección del dominio, siendo indispensable que acredite la mala fe del adjudicatario para destruir la presunción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y del artículo 434 del Código civil, en aplicación además las reglas procesales sobre la carga de la prueba del artículo 217 LEC.

Por último, y como reflexiones comunes a todos los escenarios planteados, debe recordarse que el adjudicatario debe cumplir rigurosamente las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. De entre ellas, la que genera más conflictos conceptuales y prácticos es la relativa a la buena fe.

Para examinar en detalle los requisitos de buena fe del adjudicatario podemos acudir al estudio de CLEMENTE MEORO⁶⁹ o VELA SÁNCHEZ⁷⁰. Jurisprudencialmente es obligada la cita de las SSTs de 12 de enero de 2005 y 7 de diciembre de 2012, que configuran las dos líneas o vertientes de la buena fe⁷¹.

Se trata, en esencia, de concluir si al adjudicatario, como tercero hipotecario, le son exigibles los requisitos ordinarios de la buena fe, basados en la apariencia registral⁷² o una diligencia adicional no aplicable genuinamente al principio de fe pública registral que signifique, entre otras cosas, comprobar si la finca se encuentra poseída materialmente por sujeto distinto del ejecutado. Sobre el particular, y en términos de ESPEJO⁷³, a cuyo estudio específico del objeto del presente apartado nos remitimos, «*en la determinación de si la buena fe exigible al sujeto protegible por el artículo 34 LH implica la existencia de un deber de diligencia para el mismo se encuentran profundas diferencias en la doctrina*».

En términos de VALLET DE GOYTISOLO⁷⁴, que va más allá de la condición clásica de la ignorancia de la inexactitud, «*la buena fe del tercer adquirente es aquella creencia fundada en la inscripción a favor del transferente de que este es el titular real y puede disponer de dicho derecho. No nos parece suficientemente técnico el concepto generalmente dado de la buena fe,*

haciéndola equivalente al desconocimiento o ignorancia de la inexactitud registral. En primer lugar, por su carácter meramente negativo y, por otra parte, porque no refleja con suficiente grafismo el proceso psicológico característico del concepto estudiado».

En otro orden de cosas, se ha discutido hasta qué momento debe apreciarse en el adjudicatario buena fe para gozar del amparo del artículo 34 Ley Hipotecaria. Siguiendo a LÓPEZ FRÍAS⁷⁵, y sin entrar a analizarlas en detalle, pueden distinguirse cuatro posturas: a) celebración del negocio traslativo mediante el consentimiento b) culminación del negocio traslativo con la *traditio* (posición que parece mayoritaria) c) otorgamiento título inscribible (GARCÍA GARCÍA⁷⁶) e d) inscripción (VELA SÁNCHEZ⁷⁷, LOPEZ FRIAS⁷⁸, GÓMEZ GÓMEZ⁷⁹ y RODRÍGUEZ DE ALMEIDA⁸⁰).

A nuestro juicio, es necesario distinguir el momento en que se produce la adquisición *a non dominio* (que, evidentemente, tendrá lugar con la inscripción) del momento en que se exige la buena fe; no todas las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria deben concurrir en la inscripción, sino que la inscripción es una de las condiciones del artículo 34 Ley Hipotecaria.

Respecto a la tesis de exigir la buena fe con la *traditio* o adquisición, defendida por ROCA SASTRE⁸¹ y la mayoría de la doctrina (a la que no nos adherimos), existen Sentencias —aunque vetustas— del Tribunal Supremo que mantienen dicha postura (por todas, SSTs de 7 de noviembre de 1911 y 16 de junio de 1917).

Es representativa la STS de 29 de marzo de 1960 que declara «*El conocimiento de la inexactitud de la inscripción registral, para que no opere a favor de tercer adquirente la situación de buena fe, ha de hallarse referido al momento de la adquisición del inmueble... siendo irrelevante que llegara o pudiera llegar a enterarse de la inexactitud registral después de tal otorgamiento, a efectos de privarles de la condición de adquirente de buena fe, pues mala fides superveniens non nocet, como resulta del texto de los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria*»⁸².

A pesar de ser una cuestión controvertida y, siguiendo rigurosamente el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que vincula buena fe inmediatamente con adquisición, mantenemos que la buena fe únicamente puede exigirse en el momento de la adquisición, porque es en dicho momento cuando el adquirente, al que no se puede exigir el conocimiento de sucesos futuros, confía en los datos del Registro. Y, son precisamente la confianza en los datos que figuran en el Registro en ese instante y la protección conferida por la fe pública, los factores que motivan la decisión del comprador de ejecutar su prestación y adquirir el bien. No parece coherente desproteger fulminantemente al adquirente y poner en peligro la seguridad del tráfico inmobiliario por hechos o acontecimientos registrales futuros (la inscripción posterior del *verus dominus*), que no pudieron ser tenidos en cuenta, con la

diligencia mínima, en el momento de adquisición (que, por lo demás, suele coincidir con la celebración del negocio causal por la *traditio* del art. 1462 CC).

No resulta razonable, por tanto, ni acorde con la protección que dispensa el sistema registral, beneficiar a quién, negligentemente (y a pesar de no resultar obligado) no ha inscrito a tiempo su derecho ni ejercitado la oportuna tercería de dominio, trasladando a la esfera patrimonial del adquirente las desastrosas consecuencias de una inscripción que, de haberla conocido en el momento de la adquisición, hubiera truncado el negocio.

Pero, a mayor abundamiento, como en la concepción procesalista de la subasta defendida en este trabajo rechazamos la aplicación mecánica del sistema del título y el modo, con mayor holgura argumentativa puede concluirse que la buena fe exigible al adjudicatario concluye con el Decreto de Adjudicación. Dicho Decreto, claro está, no le convierte en adquirente *a non domino* todavía, pues precisará la posterior inscripción, pero cerrará la bisagra de la buena fe, desactivando su juego.

Incluso, siguiendo la aguda tesis de GARCÍA GARCÍA⁸³, podríamos ir más allá y anticipar el fin de la exigencia de la buena fe en sede de subasta judicial *«en el momento en que el tercero declara su voluntad adquisitiva en el título inscribible»*. Procurando trasladar dicho acto al proceso de subasta pública y, partiendo no obstante de la ya mantenida contraposición de naturalezas entre venta privada y subasta pública, la voluntad adquisitiva se manifestaría con la declaración de adjudicación en pago (en caso de subasta desierta *ex art. 671 LEC*) o con la consignación del resto del precio (670.1 LEC).

VI. EL MOMENTO TRANSMISIVO EN LAS LEYES DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

1. LA REDACCIÓN ORIGINAL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 3 DE FEBRERO DE 1881

En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se estableció como momento traslativo el instante en que se consumara la subasta judicial mediante el otorgamiento de escritura pública en el caso de los inmuebles o por la entrega en el caso de los muebles. En este sentido, disponía el artículo 1514 de la LEC 1881: *«Consignado el precio, se hará saber al deudor que dentro de tercero día otorgue la escritura de venta a favor de comprador. Si no se verifica, o no pudiera verificarlo por estar ausente, declarado en rebeldía o por cualquier otra causa, el Juez otorgará de oficio dicha escritura»*. El sistema

original asumía, respecto de la subasta judicial, el modelo clásico de tradición instrumental de la compraventa privada al exigir, en un determinado momento de la ejecución, la formalización de escritura pública⁸⁴.

En coherencia con ese entendimiento de la transmisión, otros pasajes de la LEC exigían la necesidad de recabar escritura para entender formalizada la transmisión, como era el caso del artículo 1583 LEC que, al regular la tercería de dominio, determinaba que la transmisión de la propiedad al mejor postor se producía con la formalización de escritura pública, al establecer que el *dies ad quem* para interponerla era su otorgamiento. Como ha señalado algún autor, el límite temporal, no solo en el supuesto de adjudicación del bien inmueble al mejor postor, sino también en el supuesto de adjudicación del bien inmueble al acreedor ejecutante en pago de su crédito o en el supuesto de subasta de bienes muebles, era el de la consumación de la venta que se asociaba a la intervención notarial mediante otorgamiento de escritura⁸⁵.

Consecuencia de ello es que la STS de 28 de junio de 1949 (*RJ* 1949, 736) concibiera que la acción de retracto se había ejercitado dentro de plazo de caducidad porque el rematante en pública subasta no había adquirido la propiedad hasta el otorgamiento de la escritura pública y, por tanto, solo a partir de entonces podía correr el plazo para el ejercicio de la acción de retracto, al sostener la resolución: «...el cuarto y último motivo del recurso para sostener que la demanda de retracto está interpuesta fuera del plazo de nueve días se basa en que este debe contarse desde el día 28 de octubre de 1943 en que el comprador pagó en el Juzgado el total importe del precio del remate (...) desconoce con esto el recurrente que el contrato queda consumado únicamente por el cumplimiento de todas las obligaciones a que da nacimiento que en la compraventa no es solo el pago del precio sino también la entrega de la cosa, y esta no tiene lugar tratándose de bienes inmuebles en los casos en que como el presente no hay una entrega especial de posesión, más que por la tradición ficta, que se efectúa precisamente con el otorgamiento de la escritura de compra-venta, y por consiguiente desde ese momento es desde el que debe contarse el plazo para ejercitar la acción de retracto»⁸⁶.

2. LA REFORMA DE LA LEC 1881 OPERADA POR LA LEY 10/1992, DE 30 DE ABRIL

Apuntaba la exposición de motivos de la Ley 10/1992 «en la vía de apremio, además de eliminar la posibilidad de cesión del remate para quien no sea ejecutante, se encomienda la celebración de la subasta al Secretario judicial, y se establece que el documento público judicial es documento inscribible, al tiempo que se adaptan los correspondientes preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil a lo dispuesto en la legislación hipotecaria».

Esa declaración de intenciones cristalizó normativamente con la modificación del artículo 1514 LEC, que sustituyó el otorgamiento de la escritura pública por el testimonio del Auto de aprobación del remate expedido por parte del secretario. De este modo, se deja de asumir en el proceso de enajenación judicial de inmuebles la formalización de escritura al tiempo que erigía en elementos centrales de la transmisión al auto de aprobación del remate y la emisión del testimonio⁸⁷.

Como explica certeramente MONSERRAT VALERO, tras la reforma del año 1992 no podía ya seguirse con la práctica de que la aprobación del remate por el juez constase en el acta de la subasta dado que, desde aquel año, el acto de subasta no era ya presidido por el juez, sino por el secretario judicial, conforme disponía el artículo 1503 LEC 1881⁸⁸.

Por lo que refiere al tratamiento jurisprudencial de la modificación legislativa, el Tribunal Supremo dejó de reputar relevante al otorgamiento de la escritura identificando la emisión del testimonio como momento determinante de la traslación dominical.

De gran interés resulta la STS de 1 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6376) al explicar: «*En la actualidad, después de la Ley 10/1992, la modificación introducida que elimina la “escritura” y revaloriza el Auto de aprobación del remate al configurar el testimonio del mismo con las circunstancias que expresa, en “título bastante” para la inscripción registral, no significa que se trastocuen los conceptos legales a que responde el sistema; pues sigue siendo el momento en el que el adquirente entra en posesión civilísima del inmueble el que hace claudicar la oportunidad de la tercera de dominio. Así pues, promulgada la Ley 10/1992, la consumación de la enajenación se produce, conforme al artículo 1514, con la expedición del testimonio del Auto de aprobación del remate y demás requisitos (...) la expedición del testimonio en el que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica prevista en el artículo 1462.2 del Código civil análogamente a como sucedía anteriormente cuando se documentaba mediante escritura pública. Los cambios introducidos por la reforma, no han alterado el momento de perfeccionamiento y tradición. La venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación de la venta en un documento público que antes era una escritura notarial y ahora es un testimonio expedido por el Secretario*».

3. LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y LA REFORMA DE LA LEY 13/2009, DE 3 DE NOVIEMBRE

Aunque la necesidad de fijar el momento preciso en el que el adjudicatario adquiere la propiedad fue advertida por algunos autores al tiempo

que se preparaba el borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, lamentablemente la cuestión no ha tenido una respuesta clara en la normativa vigente, lo que constituye probablemente el germen del problema que varias décadas después seguimos arrastrando⁸⁹.

La aprobación del remate se llevaba a cabo mediante Auto que se dictaba, en todo caso, antes de la consignación del precio: el rematante debía consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate (art. 670.1 LEC), considerando título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio expedido por el secretario judicial comprensivo del Auto de aprobación del remate, y en el que se expresara que se había consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria (art. 674.1.I LEC). Resulta de interés destacar que el artículo 1514 LEC solo mencionaba el Auto de aprobación del remate y no el Auto de aprobación de la adjudicación al acreedor.

Por otro lado, el artículo 691.4 LEC se remite, para la subasta de bienes hipotecados, a lo dispuesto con carácter general para la subasta de bienes inmuebles.

A partir de la reforma de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, las decisiones sobre el remate y la adjudicación pasan al letrado judicial. Los actos de trascendencia son los siguientes: primero, aunque no siempre tenga lugar, el decreto de aprobación del remate, con la condición de consignar el resto (*ex arts. 650 y 670 LEC para muebles e inmuebles*). Segundo, necesario en cualquier caso, el decreto de adjudicación, tanto si la subasta queda desierta (*arts. 651 y 671 LEC*), como si ha existido previo remate (*arts. 651.7 y 670.7 LEC*), para formalizar la postura. Finalmente, el testimonio del decreto de adjudicación que constituye el título hábil para la inscripción del derecho real adquirido en el Registro de la Propiedad (*art. 673 y arts. 3 y 134 LH la LEC*)⁹⁰.

VII. EL MOMENTO DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN LA JURISPRUDENCIA

1. INTRODUCCIÓN

La innecesaridad de escritura pública notarial, como se dispuso a partir del año 1992, fue interpretada por algunos como el triunfo de quienes concebían los actos procesales como manifestaciones de la soberanía jurisdiccional, eran suficientes para consumar la transmisión a favor del adjudicatario, sin reputar por tanto que nada añadiera la elevación a público, al margen

de ser condición necesaria para su inscripción y publicidad registral. Sin embargo, la discusión se traslada inmediatamente a cuál es el acto procesal que implica la consumación de la transmisión, dificultad que posiblemente se encuentra tanto en la falta de una normativa —sea civil, sea procesal— explícita que así lo determine, como en la pluralidad de supuestos que cabe imaginar.

Parecería más o menos pacífico asumir que, para quienes se aproximen a la naturaleza de la subasta pública como si de una compraventa privada se tratara (con dos actos causales), el decreto de adjudicación o el testimonio conformarían la pieza clave del momento traslativo, en cuanto posibles formas de tradición que consuman el proceso. Por otro lado, quienes consideren que, tras el decreto de remate, con consignación de precio, se transfiere la titularidad del bien al nuevo adquirente, rechazarán postergar la consumación de la transmisión hasta el dictado de la referida adjudicación —o, menos aún, su testimonio— una vez se ha consignado el precio en línea con el artículo 133 de Ley Hipotecaria.

Dejando de lado, por ahora, las disquisiciones teóricas al respecto, se analizará en este apartado el estado jurisprudencial de la materia, lo que permitirá dar cuenta del vacilante criterio que vienen abrazando los tribunales⁹¹. Estos, en términos generales, suelen optar por alguna de las dos siguientes posturas: de un lado, aquella que considera que para la traslación de la propiedad resulta necesario, como modo de adquirir o *traditio*, el testimonio de la resolución que acuerda la adjudicación, tras un previo remate o adjudicación que actúa como título; y, de otro lado, aquella posición que sitúa el acto dispositivo en la consignación del precio o en el propio decreto de remate o adjudicación. La pervivencia simultánea de estas posiciones ha sido destacada tanto por la doctrina⁹² como por los propios órganos judiciales⁹³.

No se pretende, con todo, efectuar una relación exhaustiva de los pronunciamientos adoptados sobre la materia, sino de dar cuenta de algunos exponentes recientes que, aplicando la normativa procesal vigente, llegan a conclusiones dispares en torno a la determinación del momento preciso de la transmisión. Debe advertirse, no obstante, que la falta de uniformidad sobre cuándo debe entenderse transmitido el bien subastado no se ha trasladado a la aplicación del sistema del título y el modo en sede de subasta. Antes al contrario, la práctica totalidad de los precedentes judiciales — como tendrá ocasión de analizarse — reputan aplicable el sistema del título y modo a las adjudicaciones judiciales, recurriendo así a la necesidad de concurrencia de tradición, lo que ha hecho orientar la discusión, desde el punto de vista práctico, en indagar el acto procesal con valor traditorio en el proceso de subasta.

2. DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

A) *Transmisión con el testimonio del decreto de adjudicación*

La idea de que es preciso el testimonio del decreto de adjudicación para que se produzca la efectiva transmisión (puesto que antes solo existía un negocio no consumado) se asume, por ejemplo, por la reciente SAP de Alicante, Sección 5.^a, núm. 194/2020, de 21 de mayo, que se remite a la SAP de Alicante núm. 38/2020, de 28 de enero y según la cual: «*en interpretación de diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico se ha llegado a la conclusión de que la propiedad, y consecuente obligación de pago, no se produce hasta la emisión del testimonio del Decreto de adjudicación*», en un supuesto donde se discutía el momento a partir del cual las rentas de arrendamiento debían ser abonadas al adjudicatario de la finca objeto de previa subasta judicial⁹⁴.

Del mismo parecer, la SAP de Valencia, Sección 11.^a, núm. 236/2019, de 22 de mayo, que resuelve un supuesto en que una comunidad de propietarios reclama las cuotas debidas a una entidad de crédito adjudicataria. La sentencia, que aplica sin reparos la teoría del título y el modo, dispone: «*En el caso enjuiciado no hay discusión que el título está integrado por el Decreto de adjudicación, de 16 de abril de 2012 (art. 670.8 de la LEC); sin embargo, la divergencia se centra en si además de este título será necesaria la «traditio» para declarar al adjudicante propietario o el mismo ya cumple ese requisito. En nuestro derecho la entrega puede manifestarse de diversas maneras (arts. 1462 a 1464 CC), para lo que aquí nos interesa es la instrumental, mediante otorgamiento de escritura pública (art. 1462 CC). Debe recordarse que el Tribunal Supremo, en las tercerías de dominio, ha exigido que la transmisión de la cosa embargada se haya consumado en favor del ejecutante, con la concurrencia del título y el modo (art. 609 CC), de manera que la simple perfección del contrato no produce efectos (Sentencia de 6 de mayo de 2015)*». Al igual que sucedía con las anteriores SSAP citadas en el párrafo anterior, el órgano judicial no desconoce la divergencia que, en relación con el momento de la transmisión, existe en la jurisprudencia⁹⁵.

Igualmente cabe destacar el AAP de La Rioja, núm. 56/2017, de 26 de mayo, dictado en un supuesto en que la demanda de tercería se formuló cuando aún no se había expedido testimonio del decreto de adjudicación, lo que motivó que el tribunal concluyera que la adjudicación no se había consumado al faltar el modo. Sostiene la resolución «*Para la consumación de la compraventa no basta ni con la subasta, ni con la aprobación del remate, ni con el Decreto de aprobación de dicho remate o de adjudicación. Ninguno de esos actos equivale a una entrega a una tradición cuando menos instrumental de la finca a favor del adjudicatario. Es preciso la expedición material del*

testimonio del Decreto a favor del adjudicatario, pues por virtud de la doctrina del título y el modo de adquirir no deriva del mero auto de adjudicación, si no va acompañado de la ulterior tradición instrumental, la cual tiene lugar cuando se expide ese oportuno testimonio».

En ese errático razonamiento incurre también la SAP de Madrid, Sección 9.^a, núm. 192/2019, de 4 de abril que, de nuevo, recurre a la aplicación de la doctrina del título y el modo. Se trata de un litigio en el que existe una reclamación de cantidad por la comunidad de propietarios contra una entidad financiera y en el que la Audiencia Provincial, con explícita referencia a la STS 414/2015, de 14 de julio y STS de 1 de marzo de 2017, concluye: *«cuando estamos ante una transmisión de un bien inmueble derivado de una subasta judicial, el decreto de adjudicación será el título en tanto que el testimonio del decreto de adjudicación emitido por el letrado de la Administración de Justicia equivale al otorgamiento de la escritura pública y, por tanto, sería considerado como la entrega o traditio del inmueble y el momento en se produce la consumación de la transmisión».*

Adopta idéntico posicionamiento la SAP de La Coruña, secc. 6.^a, 203/2020, de 1 de septiembre. Por citar unos últimos precedentes, puede aludirse a la Sentencia de 30 de septiembre de 2020 dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.^a) o de 3 de noviembre de 2020.

Pues bien, sobre esta posición, se antoja carente de operatividad —máxime si se conocen los tiempos, no siempre acelerados, y las dinámicas internas de los Juzgados— diferir la consumación del acto traslativo del dominio al momento de expedición del testimonio por el letrado de la Administración de Justicia; y lo anterior, con las trascendentes consecuencias, destacadamente económicas, que ello comporta para el adjudicatario y para el anterior propietario, tales como la legitimación para entablar acciones en defensa de la propiedad o derecho real, interponer tercerías de dominio, ejercitar retractos legales, pago de impuestos o cobro de rentas, legitimidad para realizar actos de disposición, material o jurídicos, o de gravamen, sobre el bien subastado, y ejercicio de las facultades de uso, disfrute y posesión derivadas del derecho real poseíble, entre otras.

En este sentido, la asunción del criterio expuesto, equivocado a nuestro juicio, tanto en el plano doctrinal o científico como en el orden práctico, generará una relación innecesaria, superflua y lesiva —para los intereses del adjudicatario y de la exigible seguridad jurídica— de dependencia entre la transmisión efectiva de la propiedad u otro derecho real poseíble y la mayor o menor celeridad del Juzgado en proveer la petición de la parte. Y, a mayor abundamiento, reforzando la crítica a esta posición, hará depender un fenómeno de orden público, como es el modo de adquirir el dominio, de la iniciativa del interesado (pues, recordemos, el proceso civil se rige por el principio dispositivo y de justicia rogada), que puede producirse o no, por

distintas razones, con los inevitables efectos disfuncionales y distorsionadores que todo ello conlleva en el tráfico jurídico.

Realizar dicha vinculación y trasladar a dicho momento la consumación de la subasta representa un problema de cierto calado para la necesaria seguridad jurídica del tráfico que exige una reformulación legal y jurisprudencial del problema.

Pensemos, en términos gráficos, en un supuesto adjudicatario —que no tiene por qué estar ni personado en el procedimiento, sino simplemente presentar un escrito instando la adjudicación y el testimonio con el mandamiento de cancelación, una vez firme aquella— que reciba a su favor el decreto de adjudicación pero, por razones de la más variada índole, incluso fiscales (prescripción del ITP), no interesa la expedición del testimonio de adjudicación, no resultando, por tanto, según la doctrina del Tribunal Supremo actual, propietario del bien subastado. Quedaría, entonces, desprotegido frente a cualquier tipo de perturbación de su derecho, por falta de legitimación activa y se abriría un fuerte problema interpretativo para la determinación del titular activo y pasivo de numerosas relaciones jurídicas, derechos y obligaciones, antes citadas.

Por otra parte, debe recordarse que el testimonio del decreto de adjudicación no es más que el documento auténtico o título formal legalmente exigido para el acceso al Registro de la Propiedad de la adquisición en subasta pública (y que, con la existencia de los nuevos modelos de justicia digital, con CSV y firma digital, cada vez tiene menos fundamento) y que la inscripción del dominio es meramente declarativa.

Por otro lado, es bien conocida la doctrina jurisprudencial en cuya virtud la posesión material tiene preferencia sobre las formas de tradición ficticias o instrumentales, cuando aquella tiene lugar antes que estas. Así, la STS 222/2015, de 6 de mayo ha proclamado que «*no se puede pretender la prevalencia de la ficción o tradición instrumental sobre la propia realidad*». Aplicando dicha máxima, si la entrega de la posesión se puede instar por el incidente del artículo 675 LEC, sin necesidad de que esté expedido todavía el testimonio del decreto y con opción, por tanto, de entrada posesoria material en el bien adjudicado, la tesis expuesta en este apartado perdería virtualidad y podría modificarse con la ejecución exitosa del incidente expuesto.

B) Transmisión con el decreto de adjudicación

Frente a la anterior corriente jurisprudencial, encontramos algunos pronunciamientos minoritarios que, aplicando el sistema de título y modo, sitúan la consumación de la adquisición en el propio decreto de adjudicación. Un precedente de interés se encuentra en la SAP de Alicante, Sección 9.^a,

núm. 112/2020 de 13 de marzo (*JUR* 2020, 246931) en el que la actora, adjudicataria tras un proceso de ejecución hipotecaria, solicita el desahucio de un particular por impago de rentas con base en el contrato de arrendamiento suscrito por la anterior propietaria y/o ejecutada. La parte demandada, que niega la existencia del contrato con la actora por no haber sido notificada la subrogación, se remite a la STS de 14 de julio de 2015, de la que se sirve para concluir que el derecho a percibir las rentas del adjudicatario es desde la fecha del auto de adjudicación, sin requerir el testimonio de firmeza⁹⁶.

En similar sentido y en una suerte de posición híbrida o intermedia, cabe citar la SAP de Madrid, Sección 20.^a, 341/2019 de 15 de julio, en la que, ante el impago derivado de un arrendamiento, se interesa la resolución del contrato y reclamación de las rentas adeudadas, siendo la reclamación desestimada al ser acogida la falta de legitimación activa. En concreto, se considera que la actora no tenía legitimación desde el dictado del decreto de adjudicación, si bien introduce un interesante matiz al habilitar la legitimación del adjudicatario —y no del propietario anterior— en la aplicación analógica del artículo 1095 del Código civil, conforme al cual los frutos le corresponden al acreedor, al margen de que no tengan la posesión de la cosa⁹⁷. Es decir, la sentencia distingue entre los efectos obligacionales de la subasta y los reales. Reconociendo que ya existe título y, por tanto, efecto obligacional, legitima al adjudicatario, aun sin propiedad consumada por falta de *traditio*, para reclamar rentas y frutos, en aplicación analógica del artículo 1095 del Código civil⁹⁸.

De una situación análoga se ocupa la SAP de Barcelona, Sección 13.^a, 751/2020 de 26 de octubre (*JUR* 2020, 341233), en materia, de nuevo, de reclamación de rentas por parte de la adjudicataria: «*es doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2015; ROJ Tribunal Supremo 3210/2015) que se desprende de la propia naturaleza del contrato de arrendamiento que el pago de la renta constituye la contraprestación respecto de la cesión de uso efectuada por el propietario que, por tanto, renuncia a dicho uso, que en principio está unido al dominio, por precio; de ahí que el percibo de la renta corresponde en cada momento a quien resulte ser el propietario del bien arrendado con independencia de que se hubiera celebrado el contrato de arrendamiento por un propietario anterior (...). En este caso la adquisición de la propiedad por la demandante se produjo por el Decreto de Adjudicación, de 25 de febrero de 2014, dictado en los autos de Ejecución Hipotecaria núm. 754/2009 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santa Coloma de Gramenet, momento a partir del cual la nueva propietaria adquiere el derecho a los frutos, y entre ellos las rentas del arrendamiento*».

Por último, puede citarse la doctrina de las SSAP de Huelva, 178/2020, de 24 de junio y 214/2020, de 27 de julio, las cuales señalan que: «*no es aplicable la recomendación del Tribunal Supremo establecida para los procesos*

de ejecución hipotecaria, ya que se ha entregado la posesión mediante «traditio» instrumental con el Decreto de adjudicación, cuyo testimonio permite la inscripción del bien a favor del adquirente, así lo ha entendido el Tribunal Supremo, desde el momento en que se dicta el auto de adjudicación la hipoteca está consumada, está ejecutada. El proceso de ejecución culmina con la venta del inmueble dado en garantía que es a lo que faculta el derecho de hipoteca y la venta se consuma con el decreto de adjudicación, tal como tiene dicho desde antiguo el Tribunal Supremo, pues existiendo título (aprobación del remate) y modo (decreto de adjudicación), como ocurre con una venta en que no se exige el otorgamiento de escritura pública a efectos de tradición, por lo que la venta se entiende consumada desde el dictado del decreto de adjudicación, doctrina contenida en STS de 1 de marzo de 2017 y en la de 14 de julio de 2015, siendo además facultativo el trámite previsto en el artículo 675.1 LEC».

3. DEL TRIBUNAL SUPREMO

Previo a analizar las resoluciones en las que el Tribunal Supremo se ha ocupado del particular, deben efectuarse algunas reflexiones.

De entrada, se aprecia que las divergentes posiciones fijadas por el Tribunal Supremo sobre el momento transmisivo en subasta pública y todo el acervo doctrinal producido desde sus primeros pronunciamientos en torno a este particular lo han sido siempre, de manera accidental o secundaria, *obiter dictum*, a propósito del análisis de otras figuras jurídicas vinculadas en su ejercicio a la adquisición del dominio. Particularmente, el Alto Tribunal se ha ocupado de esta cuestión al tiempo de revisar el nacimiento de distintos retractos, el *dies ad quem* de la tercería de dominio o la legitimación para cobrar rentas de arriendos, todas dependientes de la eficaz ostensión del dominio. Por otra parte, por más que se aprecien divergencias en torno al momento efectivo de la transmisión se identifica un punto de partida común invariable que, pese a no compartir, es ineludible dejar apuntado. Se trata de la línea predominante de nuestro Tribunal Supremo que exige la concurrencia de título —bien asociada al decreto de aprobación del remate (SSTS de 4 de octubre de 2006 y 14 de julio de 2005), bien en la propia subasta (STS de 4 de abril de 2002)— y de modo —asociado en la mayoría de resoluciones al testimonio del decreto, antes Auto o, en otras a la consignación del precio o a la propia adjudicación—, para entender consumada la adquisición de la propiedad a través de una secuencia dual.

Sentado lo anterior y ya en lo que se refiere al momento de transmisión, se aprecia una notable falta de claridad y rigor en su establecimiento. Exponente claro de lo dicho viene dado por el reconocimiento que la propia Sala Primera del Tribunal Supremo efectuó en la STS de 10 de junio de 1994,

reconociendo que *«La doctrina de esta Sala no ha sido constante a través del tiempo, pues un cuerpo de sentencias antiguas mantuvo el criterio de hacer necesario el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, para que se produzca la consumación de la transmisión (...) pero más recientemente esta jurisprudencia ha sufrido un proceso evolutivo, en el sentido de que con la aprobación judicial del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada, se opera la consumación del contrato (venta judicial)».*

Evidencia de ello es la existencia de resoluciones con tesis dispares desde antiguo. Así, mientras algunas sentencias venían admitiendo que la transmisión se producía con la aprobación del remate, al margen de que para la posterior inscripción fuera necesario la obtención del testimonio de firmeza (SSTS de 22 de marzo de 1946 [RJ 1946, 273]; 30 de octubre de 1990 [RJ 1990, 8268]⁹⁹ o 24 de junio de 1997¹⁰⁰), para otras la consumación de la subasta obligaba a la expedición del testimonio que servía a la vez de título para la inscripción registral: es el caso de las SSTS de 1 de septiembre de 1997; 29 de julio de 1999; o, por último, la de 14 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 8929)¹⁰¹.

Por lo que se refiere a resoluciones más recientes, dictadas tras las importantes reformas procesales del año 1992 y 2013, resultan de obligada cita las siguientes.

En primer término, la Sentencia de Pleno (Sala de lo Civil), 842/2013, de 21 de enero (RJ 2014, 2498), para la que *«más recientemente se ha entendido que la consumación se produce desde la plena aprobación judicial del resultado de la subasta, pues existiendo título (aprobación del remate) y modo (adjudicación al rematante) el otorgamiento de la escritura pública no se requiere a los efectos de tradición (SSTS de 1 de julio de 1991, 11 de julio de 1992, 25 de mayo de 2007, 26 de febrero de 2009), y ni siquiera resulta ya necesaria a efectos de inscripción (art. 674 LEC)».* Se adelanta así, el modo o *traditio*, a la adjudicación judicial, si bien incorpora un importante matiz: *«En la mayoría de los supuestos no es sino tras el auto de adjudicación cuando se conocen los términos concretos de la venta judicial, pero en casos como el presente ya se obtuvo la información íntegra, en el momento de la mejora de la postura (art. 670. 4 LEC), tras la que se consignó el precio. En definitiva, el recurrente postula que no podía ejercitarse la acción sino tras la consumación de la venta judicial, y por esta entiende la que ha de entenderse verificada tras el decreto de adjudicación dictado por el secretario judicial. (...) Esta Sala manteniendo la doctrina ya citada, consistente en que la venta judicial se entiende consumada desde el dictado del decreto de adjudicación por el secretario judicial (art. 674 LEC), debe declarar que el retraso en el dictado del referido decreto no ha de perjudicar al arrendatario, en tanto que la consumación de la venta judicial debió efectuarse cuando todavía era arrendatario, dado que el retrayente ostentaba el derecho a un proceso*

sin dilaciones indebidas, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 de la Constitución)»¹⁰². Es decir, la sentencia citada, con los matices señalados, parece identificar, como momento transmisivo, el del dictado del decreto de adjudicación, sin parecer exigir testimonio de firmeza del mismo.

Asume la misma línea la STS de 18 de marzo de 2009 (Rec. 1566/2005), según la cual la *«venta en una ejecución forzosa se perfecciona con la pública subasta, pero se consume con el auto de adjudicación (hoy Decreto), y solo desde este último puede contarse el plazo de nueve días para el ejercicio del retracto legal de comuneros»*.

A distinta conclusión llegan otras sentencias, como la STS de 14 de enero de 2015, que defiende la consumación del proceso mediante la consignación del precio. Dicha sentencia establece que *«el fenómeno adquisitivo que se deriva del ejercicio de adquisición preferente del arrendatario de vivienda o local de negocios se produce cuando se realiza el pertinente pago a través de la consignación, según lo previsto en los artículos 1518 y 1521 del Código civil»*. Debe advertirse, en todo caso, que la sentencia no examina el momento transmisivo mediante subasta, sino la adquisición de la propiedad a través del retracto (cuestión distinta), fijándolo, dados los efectos subrogatorios del retracto, en la consignación del precio. A propósito de la cuestión, como se dejó apuntado, no creemos deba establecerse parangón con la subasta pública porque los derechos aplicados no guardan rasgos en común (al caso, subasta pública y retracto arrendaticio), amén de que existen trascendentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional (SSTC de 8 de junio de 2015 y 27 octubre de 2008), que liberan al retrayente de la consignación, al ser requisito material a cumplir una vez dictada sentencia¹⁰³.

Asume un posicionamiento distinto un nutrido grupo de sentencias, de corte mayoritario, que anuda la consumación, con categoría de tradición, al testimonio de la adjudicación o al anterior testimonio del auto de remate. Destaca, por la contundencia de sus pronunciamientos, la STS 414/2015, de 14 de julio, que declara lo siguiente: *«En nuestro sistema se hacía coincidir la consumación de la venta de bienes inmuebles en subasta con el otorgamiento de la escritura pública, porque el otorgamiento de dicha escritura equivale a la entrega de la cosa, en virtud de la transmisión instrumental a que se refiere el artículo 1.462 del Código civil (sentencia, entre otras, de 10 de diciembre de 1991), pero una vez sustituida la necesidad de otorgar la escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (art. 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre), este será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil»*.

Igualmente, aunque antes de la reforma 13/2009, la STS 755/2009, de 2 de diciembre, declaraba que *«en las enajenaciones forzosas mediante subasta judicial la tradición de la compraventa se produce con la entrega del testimonio del auto de aprobación del remate»*. Interpretando la LEC de 1881, tras la reforma de 10/1992, la STS de 7 de diciembre de 1998 alcanzaba la misma conclusión al sostener que *«la consumación se produce por la entrega a la parte del testimonio del auto»*. Pareja hipótesis mantiene la STS de 4 de octubre de 2006, al afirmar que *«en el supuesto de subasta de bienes inmuebles la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación, en tanto que la escritura pública otorgada según lo previsto en el artículo 1514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y después de la reforma operada por la Ley 10/1992, el testimonio del Auto de aprobación del remate, conforman la operación de consumación del acto procesal enajenatorio»*. En idéntica dirección, el ATS de 17 de junio de 2020.

Puede citarse, como exponente de interés de este bloque de sentencias, la STS 139/2017, de 1 de marzo, que, recogiendo la doctrina de la STS de 14 de julio de 2015, considera que la transmisión de la propiedad del bien subastado *«se produce mediante el otorgamiento del auto o decreto de adjudicación»*. Sin embargo, a pesar de declarar que la transmisión se produce con su dictado y sin necesidad, por tanto, *prima facie*, de testimonio, acto seguido reproduce y aplica la doctrina de la STS 414/2015 y vincula la transmisión a dicho testimonio, generando importantes dudas sobre su alcance.

Esa falta de precisión se puede advertir también de la STS de 18 de marzo de 2009, en cuya virtud *«lo relevante será» la consumación de la venta pues solo entonces se producen los efectos traslativos de dominio que dicha consumación lleva aparejada, lo cual acontece cuando se adjudica al adquirente el bien subastado, esto es, en el momento en que se dicta auto de adjudicación, siendo la fecha de este auto el instante a tomar en cuenta para el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción, fijado en 9 días, salvo que se desconozca, en cuyo caso habrá de estarse a la fecha en que se libra testimonio y se notifica al retrayente»*. Como puede observarse, tan pronto parece otorgarse el efecto traslativo al auto de adjudicación (decreto ahora), como al testimonio. Y, en idéntica dirección, las SSTS de 14 de diciembre de 2007 y 26 de marzo de 2009.

A los enfrentados criterios y ausencia de claridad en el tratamiento de la cuestión se le une problema adicional, a saber: falta de precisión en la identificación del acto procesal concreto, de entre los integrantes de la subasta, determinante de la transmisión, atribuyendo en numerosas ocasiones el efecto traslativo al acto de *«adjudicación de la finca»*, sin saber realmente qué concreta resolución o decisión procesal se quiere hacer corresponder con esa rúbrica.

El problema expuesto parece revelarse en la STS de 25 de mayo de 2007 que trata indistintamente las categorías de consumación y perfección y celebración de subasta y adjudicación del bien: *«la aprobación judicial de la subasta, al entrañar la perfección del contrato o la consumación del mismo, determina el nacimiento de la acción de retracto, a lo que puede agregarse (...) que con la aprobación del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada, se opera la consumación del contrato (venta judicial), pues a la referida adjudicación que el Juez hace al rematante no hay obstáculo legal alguno en atribuirle el carácter de tradición simbólica o «ficta», al no ser «numerus clausus» la enumeración de formas espiritualizadas de tradición que hacen los artículos 1462. 2.º a 1464 del Código civil, con lo que consumada ya la venta por la concurrencia de título (aprobación del remate) y modo (adjudicación al rematante de la finca subastada), el posterior otorgamiento de la escritura pública (...) no será necesaria para que a los efectos aquí estudiados concorra el requisito de la tradición (...) al haberse producido ya la misma con anterioridad en la forma «ficta» o simbólica antes expresada, por lo que con arreglo a dicha doctrina, que es la que mantiene esta Sala, la acción de retracto en caso de subasta judicial, nace desde la celebración de dicha subasta».*

A la vista del pasaje transcrito, surgen inmediatamente dudas sobre el acto que efectivamente representa la aprobación de la subasta, sobre si la aprobación de la subasta perfecciona o consume la adquisición o si, en fin, la acción de retracto nace con la consumación o con la perfección y, en especial, si la transmisión surge con la aprobación del remate (título) o con la adjudicación (modo), cuando evidentemente sin modo no hay transmisión según la doctrina citada; el embrollo jurídico creado es monumental.

La última sentencia a que se acaba de hacer alusión (STS 139/2017), y otras muchas analizadas y citadas, tanto del Alto Tribunal como de la denominada jurisprudencia menor, revelan la nebulosa conceptual padecida sobre la comprensión de los diferentes actos o momentos de la subasta (materia ajena al ámbito jurisdiccional, competencia de los letrados judiciales) y, concretamente, la disociación entre la adjudicación y el testimonio de esta, categorías que se emplean a veces como indistintas, dificultando el discernimiento del proceso de subasta y sus actos constitutivos.

En definitiva y como colofón del presente apartado, la doctrina jurisprudencial imperante sobre la aplicación del sistema del título y el modo resulta, a nuestro juicio, equivocada, en la medida que aplica disfuncionalmente el sistema del título y modo en la forma ya argumentada en el apartado IV; y, en segundo término, aun admitida la eficacia de dicho sistema, el análisis de los precedentes arroja un estado jurisprudencial vacilante y oscuro, con tratamiento desigual de problemas equivalentes, dando lugar a un escenario inseguro para el tráfico legal causado por la disparidad de posiciones.

Por ello, la inexistencia de criterios claros respecto del momento de transmisión junto a las dudas interpretativas sobre el alcance, más o menos amplio, de la doctrina sentada en las sentencias no contribuye, desde luego, a dotar de la exigible transparencia a un fenómeno de tanta envergadura, que atraviesa el orden público, como la adquisición del derecho de propiedad, consagrado en nuestra Constitución.

VIII. EL EVENTO TRASLATIVO EN LA DOCTRINA ESPECÍFICA

Resulta conveniente hacer una referencia sucinta a determinados autores que, de forma específica, han analizado el momento traslativo en las subastas judiciales.

Teóricamente, existen diversos momentos en los que podría entenderse que se produce el cambio de titularidad en la subasta pública¹⁰⁴: (i) conforme al artículo 670 o 650 de la LEC, el dictado del decreto de aprobación del remate (ii) cuando el rematante ingresa el resto de la cantidad por la que ha pujado; (iii) el del dictado del decreto de adjudicación (iv) la expedición del testimonio (v) el momento en el que el nuevo adquirente pasa a tener la posesión del bien.

La primera opinión que merece la pena destacar es la de MONDÉJAR PEÑA. Advierte la citada autora que la transmisión debe operar cuando se dicta el auto aprobatorio del remate o adjudicación, si bien el pago del precio o la entrega del testimonio pueden constituir, según los casos, condiciones suspensivas de la adquisición del dominio¹⁰⁵. En una línea similar parece también alinearse VERDERA SERVER, que vincula el momento de adquisición al pago del resto del importe de la postura una vez ha sido dictado el decreto de aprobación de remate, a modo de condición suspensiva, tras descartar la aplicación del sistema del título y el modo¹⁰⁶. A su juicio, la posibilidad de hipotecar el derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial conforme al artículo 107. Duodécimo de la Ley Hipotecaria permite cuestionar que el decreto de aprobación del remate sea suficiente para adquirir la propiedad¹⁰⁷.

Esta posición subraya como momento traslativo el del pago o consignación de la totalidad del precio, sobre los porcentajes mínimos fijados por la ley procesal (arts. 670 y 650 LEC) y una vez aprobado el remate del mejor postor. De esta manera, sin necesidad de exigir mayores garantías ni adiciones posesorias y una vez descartada la vigencia de la *traditio* en el marco de la subasta, se fija en el desembolso de la totalidad del importe el momento traslativo, con efectos retroactivos a la fecha del dictado del decreto de aprobación del remate, por el efecto consustancial de toda condición suspensiva¹⁰⁸. No parece aludir a la necesidad de someter a condición sus-

pensiva alguna la transmisión, en cambio, GIMÉNEZ ROIG, que identifica el momento de la transmisión con la entrega del dinero¹⁰⁹.

Sin embargo, dicho sistema podría ser defendible con anterioridad a la reforma de la Ley de 2009, pero no creemos pueda serlo con la norma vigente, pues en la actualidad es el decreto de adjudicación el que formaliza el fenómeno adquisitivo. Por lo demás, la tesis que vincula la adjudicación del dominio al decreto de aprobación del remate no parece considerar que, en la práctica, son mayoría las subastas judiciales públicas que terminan siendo declaradas desiertas, entrando entonces en juego la regla de la adjudicación en pago de la deuda contemplada por el artículo 671 LEC para bienes inmuebles y por el artículo 651 del mismo texto para bienes muebles. Así las cosas, no existirá en estos procedimientos el decreto de remate al que alude la tesis referida, sino, únicamente, decreto de adjudicación. Asimismo, aunque existiera decreto de aprobación del remate podrían ocurrir dos vicisitudes que enervarán el derecho ya consumado del rematante, a saber: que el rematante ceda el remate/adjudicación a un tercero y que, una vez dictado el preceptivo decreto de adjudicación a favor del rematante *ex* artículo 670 LEC, este sea revocado.

En este sentido afirma con acierto MONTSERRAT VALERO que *«cuando se adjudica la finca al acreedor por un precio inferior a la cuantía de su crédito, como no tiene que consignar ninguna cantidad, bastaría con que se dictase un solo Decreto, el Decreto de adjudicación del artículo 670.8 y así consta al autor del presente artículo que, según cierta práctica judicial, solo se dicta este Decreto»*¹¹⁰.

De otro parecer es MURGA FERNÁNDEZ, quien viene a recoger un variado elenco de momentos transmisivos en función de los diferentes resultados que puede arrojar una subasta. Y, en concreto, diferencia los siguientes momentos traslativos, a saber: (i) en caso de inexistencia de postores o mejor postura inferior al setenta por ciento del valor de salida del bien, fija la traslación en la petición del ejecutante de adjudicación del bien; se considera que el decreto de adjudicación solo servirá para dar constancia de que se dieron las circunstancias procesales necesarias que legitiman al acreedor para solicitar la adjudicación¹¹¹; (ii) si existe una cesión del remate a una tercera persona, la transmisión se producirá cuando se verifique la cesión por parte del juzgado del remate¹¹²; (iii) si la subasta cuenta con posturas inferiores al setenta por ciento, presentando el deudor ejecutado a un tercero que mejore la postura, en el momento de transmisión será cuando sea aprobado el remate; (iv) si se han presentado posturas superiores al setenta por ciento del valor de salida del bien, se considera que el momento de transmisión es el de aprobación del remate al mejor postor¹¹³.

A diferencia de MONDEJAR PEÑA o VERDERA SERVER, el autor arriba citado parece otorgar al pago del resto del precio una condición re-

solutoria, no suspensiva¹¹⁴. No puede negarse, desde luego, el interesante esfuerzo de sistematización efectuado por MURGA FERNÁNDEZ que, con gran rigor intelectual, toma en consideración la complejidad del fenómeno traslativo. Sin embargo, debe reconocerse acto seguido que tal desarrollo de propuestas dispares sobre el momento de la transmisión, desde una perspectiva enteramente práctica, no parece pueda dotar de claridad y seguridad a una cuestión que, no se olvide, no viene siendo tratada precisamente con uniformidad y nitidez¹¹⁵. Por ello, fijar cuatro diferentes momentos transmisivos en supuestos de subasta, aunque en puridad resulte riguroso por atender correctamente a la fenomenología de la subasta, perturba sobremanera el intento de dotar de seguridad y sencillez a la cuestión, siquiera como punto inicial de partida a la vista de la situación jurisprudencial actual.

Existe otro motivo con respaldo legal para rechazar las conclusiones del autor que no es otro que el contenido en el artículo 670.7 LEC. Dicho precepto permite la liberación del bien en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o adjudicación, si el deudor paga lo que se deba al ejecutante. En este supuesto, el letrado de la Administración de Justicia acordará mediante decreto la suspensión de la subasta o dejar sin efecto la misma.

Pues bien, partiendo de tal facultad, deben inmediatamente declinarse algunas de sus propuestas doctrinales: si antes del decreto de aprobación del remate o adjudicación puede el ejecutado/deudor liberar el bien, manteniendo la propiedad del mismo, ninguna mutación jurídico real definitiva podrá ocurrir con anterioridad a dichos supuestos. Igualmente, bien puede ocurrir que manifestada por el ejecutante su voluntad de adjudicarse el bien en los términos del artículo 671 LEC, se ejercite por este su derecho a la cesión de la adjudicación. Así, no parece razonable mantener la adquisición de la propiedad por la simple manifestación de voluntad del interesado si, posteriormente, se libera el bien en el primer caso o se cede el derecho de adjudicación a un tercero, en el segundo caso.

Más sencilla resulta la opinión de ALONSO SÁNCHEZ que, si bien efectuada antes de la entrada en vigor de la LEC, consideraba la consumación debería tener lugar cuando le hubiere sido entregada al acreedor adjudicatario la posesión y disposición de los mismos bienes¹¹⁶. En sentido contrario, resulta obligado considerar la acertada y uniforme tesis de MONTSERRAT VALERO que, observando la reforma de 2009, propugna (aunque aplicando la *tradicito*) que «no tiene sentido aplazar el momento de la tradición, y consiguiente adquisición de la propiedad de la finca, al momento de la expedición, por el Secretario, del testimonio (art. 673 LEC) del Decreto de adjudicación (art. 670.8 LEC). El Decreto de adjudicación del artículo 670.8 ya opera como tradición instrumental (art. 1462 CC), pues se dicta una vez consignado, en su caso, el precio»¹¹⁷.

IX. CONCLUSIONES Y PROPUESTA CLARIFICADORA

I. No parece que pueda discutirse la importancia del momento traslativo en subasta pública a la vista de las múltiples e importantes implicaciones que ello conlleva. Entre otras, determinar cuando el adjudicatario puede ejercitar acciones protectoras de su derecho, ejecutar actos de disposición sobre el bien subastado, disfrutar de la posesión y uso de este, fijar el término para la interposición de tercerías de dominio, establecer el nacimiento de distintos retractos legales, distinguir los supuestos de venta de cosa ajena y doble venta, identificar el momento en que el adjudicatario puede reclamar rentas de arriendos, constituirse en deudor de gastos de comunidad o sujeto pasivo de impuestos, etc.

II. Sin embargo, la trascendencia de la cuestión no ha servido para que el legislador haya dotado de claridad a la cuestión, inseguridad que se ha visto incrementada con el dictado, desde hace décadas, de resoluciones contradictorias entre sí acerca del momento determinante de la transmisión. Existe, ciertamente, una posición dominante —que no compartimos por los motivos expuestos— que postula la aplicación a la subasta pública del esquema propio del título y el modo por asimilación entre venta privada y subasta judicial que, en lo que más interesa, no ha servido para dotar al problema sobre el momento específico de transmisión de la claridad deseable. De hecho, si la remisión a esos criterios civiles clásicos hubiera implicado alcanzar un cierto consenso en torno al acto procesal generador de tradición, se reconocería el claro avance que ello implicaría, pero no siendo así, no se nos ocurren razones de índole práctica que obliguen a seguir asumiendo los postulados de la venta privada en el ámbito de las realizaciones judiciales.

III. Sentado lo anterior, y por lo que concierne a nuestra propuesta, las premisas centrales son las siguientes:

a) La falta de regulación explícita sobre una cuestión de tanta trascendencia como la analizada, debiera obligar a la clarificación legislativa del problema, visto que la falta de uniformidad se revela como un importante problema en el tratamiento jurisprudencial que sobre la cuestión impera desde hace décadas.

b) No se entiende adecuado postergar el momento de la transmisión al testimonio de firmeza de la adjudicación, pues ello podrá depender de múltiples vicisitudes que podrían resultar completamente ajenas a las partes y contrarias al derecho e intereses del nuevo adquirente, amén de que no siempre debe darse por sentado que vaya a existir una solicitud de parte para la expedición del testimonio por las más variadas razones, ya que la inscripción es declarativa.

c) Se considera necesario abrazar una propuesta lo más simple y diáfana posible, lo que aconseja descartar fórmulas complejas de individualización del momento de transmisión en función de las circunstancias concurrentes. Esas propuestas, sin duda de gran rigor técnico pero también de elevada sofisticación, difícilmente pueden contribuir —al menos, en este momento y a la vista de la confusión reinante— a clarificar la disparidad de criterios existente sobre la cuestión.

IV. Consideradas las anteriores conclusiones y prescindiendo de los problemas que pueden derivarse de establecer condiciones asociadas a la entrega del precio en la transmisión de la propiedad —si es que hubiera, por no declararse desierta— se entiende conveniente fijar el momento de transmisión del derecho en el dictado del decreto de adjudicación (arts. 650.7 y 651 y 670.8 y 671 LEC).

El establecimiento del momento de transmisión en la fecha de dictado del decreto de adjudicación tiene a su favor, en nuestra opinión, tantas disposiciones legales vigentes que así parecen establecerlo —los artículos 650.5, 670.6 y 7 LEC, en concordancia con el artículo 107. 12.º Ley Hipotecaria— como la conveniencia de fijar un acto procesal unitario posterior a la consignación de la totalidad del precio (en caso de haberla) que está en condiciones de desgajarse, inequívocamente, del esquema propio del sistema del título y el modo, inaplicable en sede de subasta pública, por circunscribirse en su ámbito objetivo de aplicación a las adquisiciones por contrato.

Tiene además para mayor respaldo, la virtud de abarcar en un solo acto procesal (decreto de adjudicación), todos los escenarios potenciales de una subasta y sus posibles resultados, absorbiéndolos en unidad de actuación. Dicho decreto debe ser dictado siempre, sin exclusión, en cualquier tipo de subasta concluida y en todo supuesto viable admitido por la ley, sea cuales fueren sus vicisitudes y la forma de terminación de esta; con postores o sin ellos, con cesión del remate o sin él, en el trámite del artículo 670 o del artículo 671, ambos de la LEC (lo que no ocurre, por el contrario, con el decreto de aprobación del remate o pago del precio restante, que no se dicta o se consigna, respectivamente, en casos, muy numerosos en la práctica judicial, de subasta desierta).

El decreto de adjudicación cierra el proceso de subasta pública, fija las condiciones esenciales de la adquisición y aparece dotado, por ministerio de la ley, sin necesidad de extrapolación del sistema causalista contractual de los artículos 609 y 1095 del Código civil, de la fuerza necesaria para adjudicar el dominio o derecho real subastado al adjudicatario, *ope legis*.

V. Quedaría por resolver qué sucede en aquellos supuestos en el que decreto de adjudicación sea recurrido por parte del ejecutado y/o terceros

debidamente legitimados y, por tanto, no adquiera inmediata firmeza. En tales supuestos, creemos perfectamente posible estar a la tesis expuesta, esto es, entender que la transmisión de la propiedad se produce con la adjudicación judicial, si bien sometida a la condición resolutoria de la revocación de la propia adjudicación. Del modo descrito, se confirma la regla expuesta, esto es, la transmisión desde el dictado del decreto de adjudicación, entendido que si la adjudicación fuera revocada —supuesto poco habitual en la práctica— se cumpliría entonces la condición resolutoria que haría perder su eficacia. En tal situación, lógicamente, deberían restituirse las cosas al estado anterior a la adjudicación, si es que de ello se han derivado derechos y obligaciones para las partes implicadas. Dicha posición resuelve con eficacia los problemas e incidentes que pudieran surgir en ese *interim* condicional y que representan grandes conflictos de someterse a condición suspensiva, pues en el primer caso, con condición resolutoria, el derecho ya está adquirido y en el segundo pende su nacimiento.

El eventual cumplimiento de la condición resolutoria no requerirá plasmación registral en la forma dispuesta por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, que entendemos inaplicable, por dos motivos: a) el citado artículo comprende en su ámbito objetivo actos o contratos de origen convencional, no actos decretados por autoridades públicas, que por su propia definición, no incluyen causas resolutorias sino revocatorias por recurso y b) cuando el Decreto de Adjudicación, aun considerando aplicable el artículo referido, acceda al Registro de la Propiedad, habrá alcanzado firmeza (673 LEC) y la condición resolutoria perdido vigencia.

Por último, resulta plenamente aplicable, conforme a la doctrina vigente del Tribunal Supremo (STS de 7 de marzo de 2007), el principio de fe pública registral a las adquisiciones en subasta pública, otorgando eficacia a las adquisiciones a *non domino*.

X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 28 de junio de 1949.
- STS de 20 de octubre de 1990.
- STS de 10 de junio de 1994.
- STS de 18 de septiembre de 1996.
- STS de 13 de marzo de 1997.
- STS de 1 de septiembre de 1997.
- STS de 29 de julio de 1999.
- STS de 14 de febrero de 2002.
- STS de 20 de marzo de 2007.
- STS de 25 de mayo de 2007.

- STS de 18 de marzo de 2009.
- STS de 13 de noviembre de 2009.
- STS de 2 de diciembre de 2009.
- STS del Pleno de 21 de enero de 2013.
- STS de 14 de enero de 2015.
- STS de 6 de mayo de 2015.
- STS de 7 de mayo de 2015.
- STS de 14 de julio de 2015.
- STS de 1 de marzo de 2017.
- STS de 5 de marzo de 2017
- STS de 18 de marzo de 2019.
- SAP de Cantabria, Sección 3.^a, de 3 de mayo de 2000.
- SAP de Madrid, Sección 9.^a, de 4 de abril de 2019.
- SAP de Madrid, Sección 20.^a, de 15 de julio de 2019.
- SAP de Alicante, Sección 5.^a, de 28 de enero de 2020.
- SAP de Alicante, Sección 5.^a, de 21 de mayo de 2020.
- SAP de Valencia, Sección 11.^a, de 22 de mayo de 2020.
- SAP de La Coruña, Sección 6.^a, de 1 de septiembre de 2020.
- SAP de Barcelona, Sección 13.^a, de 26 de octubre de 2020.

XI. BIBLIOGRAFÍA.

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1987). Comentario al artículo 609 del Código civil, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII, vol. 1.º, Madrid, Edersa.
- *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*. Madrid: Edisofer. 2016.
- CAPILLA RONCERO, F. (2001). La comunidad de bienes. En: M. Clemente Meoro (coord.), *Derecho Civil. Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*. 2.^a Edición, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V. (2010). *Derecho Procesal Civil*. Parte especial, 4.^a Edición, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1956). Los llamados contratos forzosos. *ADC*. Vol. 9. N.º 1. 556-573.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*. Quinta Edición, Navarra: Thomson Civitas. 2008.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2002). *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid: Tecnos.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2012). Transmisión y adquisición de la propiedad en la compraventa: el problema de la adquisición en los procesos de ejecución. En: Gómez Laplaza (coord), *Cuestiones sobre la compraventa en el código civil: principios europeos y Draft*. Madrid. Madrid: Dykinson (32-49).
- GARCÍA CANTERO, G. (1991). Comentario a los artículos 1462 a 1464, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIX, dirigidos por M. Albaladejo. Madrid: Edersa.

- GARCÍA GARCÍA, J.M. (1999). Comentario al artículo 34 LH. En M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Madrid: Edersa. 1978.
- GÓMEZ GALLIGO, F.J. (2021). Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 784, 965-987.
- GOMEZ LINACERO, A. (2021). Subasta en disolución de cosa común. Especialidades procesales y registrales y efectos frente a terceros. *Práctica de los Tribunales*. mayo-junio. 1-28.
- GORDILLO CAÑAS, A. (2001). La inscripción en el Registro de la Propiedad. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 54, núm. 1. enero-marzo. 5-257.
- El principio de fe publica registral. *ADC*. Tomo LXI, fasc. III, 1058-1216.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1968). *Derecho inmobiliario registral*. Barcelona, Bosch.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1972). Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español. *Revista de Derecho Privado*. Vol. 57. Núm. 5. 1-39.
- LAPEIRA TELLEZ, A. (1996). Ensayo sobre la naturaleza de la venta judicial inmobiliaria. *Diario La Ley*, Sección Doctrina, tomo 1, 1-22.
- MONDÉJAR PEÑA, M.^a I. (2008). *Las subastas judiciales forzosas*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 320-324.
- MONSERRAT VALERO, A. (2019). El momento de la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en las enajenaciones forzosas en subasta judicial, según la jurisprudencia. *Revista Aranzadi Doctrinal* num.7/2019, 1-17.
- MORAL DEL MORO, M.^a J. (2000). *La subasta judicial de bienes inmuebles*. Barcelona: J.M. Bosch
- MURGA FERNÁNDEZ, P. (2015). *Subasta pública y transmisión de la propiedad*. Pamplona: Aranzadi.
- OSSORIO SERRANO, J.M. (2004). *Curso de Derecho civil*, II, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo I, Madrid: Editorial Centro de Estudios Registrales.
- SALAS CARCELLER, A. (2008). El ejercicio del retracto legal en los supuestos de venta en subasta pública, *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 7/2008.
- VELA SÁNCHEZ, A.J. (2007). La controversia jurisprudencial sobre la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales: ¿cuál es su relevancia práctica? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. núm. 703, 2189-2231.
- La doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria. *Diario La Ley*. 9018/2009, 1-11.
- VERDERA SERVER, R. (2010). Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial. *Revista de Derecho Patrimonial*. núm. 25/2010, 1-38.

NOTAS

¹ Elenco más desarrollado de cuestiones en los que se antoja relevante determinar con precisión el momento de la transmisión, puede verse en MONDEJAR PEÑA, M.^a I. (2008). *Las subastas judiciales forzosas*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 320-324.

² Tratándose de un procedimiento administrativo de apremio la adjudicación de la propiedad viene regulada en el plano material por el artículo 104.bis del Reglamento General de Recaudación 939/2005, de 29 de diciembre y sus presupuestos registrales en los artículos 25 a 29 RH, siendo título inscribible en el Registro de la Propiedad la certificación del acta de adjudicación. De encontrarnos ante deudas derivadas del régimen de la seguridad social, que se regirán registralmente por los artículos antes citados, la regulación de la subasta se contiene en los artículos 120 y sigs. RD 1415/2004, de 11 de julio, cuyo artículo 122.2 otorga a la certificación emitida por el Director Provincial de la TSS valor de «*título suficiente para la inscripción o inmatriculación de la adquisición*».

³ Sobre la última, puede verse GÓMEZ LINACERO, A. (2021). Subasta en disolución de cosa común: especialidades procesales y registrales y efectos frente a terceros. *Práctica de los Tribunales*, mayo-junio, 1-28.

⁴ Aunque usualmente se emplea la expresión «*teoría del título y el modo*» nos parece más acertado referirnos al «*sistema del título y el modo*» por la connotación abstracta o dogmática de la primera y el significado vinculante del segundo, con mayor alcance y vigor terminológico.

⁵ Existe, desde luego, un indudable interés por parte de la comunidad, más allá del interno de los sujetos participantes de la relación jurídica privada, basado en razones de paz social y estabilidad comercial, en conocer, como afirman Díez-Picazo y Gullón «*por medio de qué signos ostensibles o por hechos indubitados, quién es en un momento dado el propietario de una cosa o el titular de derechos reales sobre ella*», en Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (2019). *Sistema de Derecho Civil. Derechos reales en General*. Volumen III. Tomo I. Madrid: Tecnos. Pág. 230.

⁶ La *traditio* requería: El *corpus* o entrega material, el *animus*, o intención de transmitir y adquirir la propiedad y la *iusta causa traditionis*. El sistema del título y el modo descansaba esencialmente, en lo que a textos legales se refiere, en el Codex y el Digesto.

⁷ La exigencia de que la tradición descansa en una justa causa procede de los textos romanos. Así, PAULO o ULPIANO hacen referencia expresa a la *iusta causa praecesserit*, entendida y difundida desde entonces como *iusta causa traditionis*.

⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J. (1941). *Derecho Civil español común y foral*, Tomo I. 8.^a Edición. Madrid: Reus. 404-405.

⁹ Afirman dichos autores que «*el sistema español está basado en la teoría del título y del modo*». En Díez-Picazo L. y Gullón BALLESTEROS, A. (1997). *Sistema de Derecho Civil. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*. Volumen III. Sexta edición. Madrid: Tecnos. 66.

¹⁰ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1972). Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español. *Revista de Derecho Privado*. Vol. 57. N.º5, 383-419.

¹¹ GARCÍA GARCÍA, J.M. (1993). *Derecho Inmobiliario Registral o hipotecario*, Tomo II, Madrid.

¹² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo I, Madrid: Editorial Centro de Estudios Registrales, 99.

¹³ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2016). *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*. Madrid: Edisofer.

¹⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L. (1968). *Derecho inmobiliario registral*: Barcelona, Bosch.

¹⁵ ROCA SASTRE, R.M (1979). *Derecho hipotecario*, T.I. Barcelona.

¹⁶ Por lo que ocupa a la jurisprudencia del TS, puede citarse la STS 106/2002, de 14 de febrero, que proclama «*hay que decir que reiteradamente esta Sala ha proclamado que el Código civil, en cuanto a la adquisición del dominio, se basa en la teoría del título y el modo...*». Del mismo tenor, las SSTS de 14 de mayo de 2009, 13 de noviembre de 2009 y 2 de diciembre de 2010.

¹⁷ La RDGRN de 7 de febrero de 2005 asevera que «*La transmisión del dominio en el Derecho español se produce por la suma de título y modo*».

¹⁸ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1966). La tradición y los acuerdos traslativo en el Derecho Español. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 19, núm. 13, 556.

¹⁹ GORDILLO CAÑAS, A. (2001). La inscripción en el Registro de la Propiedad. *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, 184-185.

²⁰ En relación con esta cuestión, señala LACRUZ «*el requisito de la tradición solo opera en la venta y transmisión de derechos reales (posedibles, además); no para la venta de derechos de crédito y otros no posedibles*», en LACRUZ BERDEJO, J.L. (1995). *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, vol. 2.º, Barcelona: Bosch, 37. Y, como precisamente no son susceptibles de posesión ni comportan la facultad de inmediato disfrute de los mismos, los derechos reales no posedibles no admiten la usucapión liberatoria del artículo 36.4 del Código civil.

²¹ ALBALADEJO, M. (1991). *Derecho De Bienes*. Volumen 1.º. Barcelona: José María Bosch, 145.

²² La STS de 10 de julio de 1997 considera que dicho sistema es aplicable «*a la adquisición derivativa, no solo del derecho de propiedad, sino también de los derechos reales que sean posibles, es decir, aquellos en los que «quepa entrega»*».

²³ CUENA CASAS, M. (2007). Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral. STS de 5 de marzo de 2007. *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*. Año 2005-2007. Núm. 1. Madrid: Dykinson, BOE. 364.

²⁴ A tal respecto, debe tenerse en consideración la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el alcance de los artículos 1278, 1279 y 1280 del Código civil, marcadamente este último, que según el Alto Tribunal y la doctrina mayoritaria no impone formas documentales preceptivas, como recuerda la STS de 5 de febrero de 2014: «*las normas del artículo 1280 del Código civil y de los dos que le preceden no comportan exigencias de formalidades “ad solemnitatem”, sino tan solo “ad probationem”*».

²⁵ SABATER SABATÉ, J.M. (2017). *La venta judicial de inmuebles*. Barcelona: Editorial Bosch. 35. Recientemente, tras la promulgación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, es cauce para la venta judicial de bienes o derechos realizables de forma voluntaria.

²⁶ Para un análisis detenido de ambas posiciones: MORAL DEL MORO, M.ª J. (2000). *La subasta judicial de bienes inmuebles*. Barcelona: J.M. Bosch y LAPEIRA TELLEZ, A. (1996). Ensayo sobre la naturaleza de la venta judicial inmobiliaria. *Diario La Ley*, Sección Doctrina, tomo 1, 1-17.

²⁷ GUASP DELGADO, J. (1977). *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.480

²⁸ En efecto, jurisprudencialmente, el Tribunal Supremo —por todas, STS 509/2013, de 22 de julio— admite la aplicación del retracto legal entre comuneros, colindantes y arrendaticio, entre los más destacados, a la venta procedente de subasta pública, equiparando a efectos del retracto ambas modalidades traslativas. En este sentido, dispone la STS de 8 de junio de 1995, al admitir el retracto derivado de subasta que «*no solo porque estas segundas ofrezcan respecto a las primeras notoria semejanza, sino debido, principalmente, a la correlación substancial que existe entre los efectos y consecuencias de las adquisiciones verificadas por uno u otro mecanismo*».

²⁹ En efecto, según las STS de 5 de marzo de 2007; 16 de marzo de 2007 y 20 de marzo de 2007, la doctrina de la doble venta y venta de cosa ajena, construida sobre los

artículos 1473 y 34 LH, es aplicable también a la venta judicial inmobiliaria, extendiendo la protección de la fe pública registral a la subasta pública.

³⁰ La Ley de Enjuiciamiento Civil, de una manera muy decisiva para los partidarios de esta teoría contractualista, establece expresamente en el artículo 643.1 LEC que la subasta «tendrá por objeto la venta de uno o varios bienes»; el artículo 652.1 LEC se refiere a «precio de la venta»; el artículo 558.1 LEC habla de «venta de bienes»; el artículo 653.1 LEC se refiere al precio y venta. También el Código civil se refiere a la subasta pública como venta pública o judicial en distintos preceptos (464, 1489, 1493, 1640, 1955 y 1962 CC).

³¹ Según el cual: «La primera (venta en subasta) es igual a la segunda (venta privada) una vez acordada, porque genera también la transmisión de bienes o derechos». CUBELLS ROIG, E. (1993). La subasta y el retracto *ex lege*. *Revista General de Derecho*, núm. 584, 4378.

³² Para PLAZA «la legislación española no ofrece dudas en cuanto a la naturaleza de la venta judicial, estimando que se trata de una venta en la que el vendedor no es el deudor, ni tampoco el acreedor, sino que es el Estado representado por el órgano jurisdiccional». PLAZA, M. (1955). *Derecho Procesal Civil Español*, Vol. II. Madrid, 558.

³³ HERCE QUEMADA, V (1976). *Derecho procesal civil*, Vol. II, Madrid, 274 y 278. El autor viene a entender que con el embargo se expropia al deudor la facultad de disponer de los bienes, sustituyendo el juez su voluntad del deudor; no hay representación sino sustitución, siendo la subasta un verdadero contrato de compraventa que además está caracterizado por la intervención del órgano jurisdiccional.

³⁴ MOLINA GARCÍA, A. (1975). *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*. Madrid: Montecorvo.

³⁵ MANRESA y NAVARRO, J.M. (1969). *Comentarios al Código civil Español*. Tomo X, Vol. I, Madrid: Reus.

³⁶ PUIG BRUTAU, J. (1956). *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II, Barcelona: Bosch.132.

³⁷ ALONSO SÁNCHEZ, B. (1999). *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procedimientos de ejecución*, Madrid: Edersa, 72.

³⁸ FRANCO ARIAS, J. (1987). *El procedimiento de apremio*, Barcelona: Ed. Bosch. 234.

³⁹ Así, ALVÁREZ- OSSORIO «no puede afirmarse que la enajenación forzosa tenga la naturaleza de un contrato de compraventa celebrado por el deudor, entre otras razones y como fundamental, porque falta el elemento de voluntariedad imprescindible en el sujeto que resulta obligado a transmitir». Más templada resulta el posicionamiento de MONDÉJAR PEÑA que, defendiendo más bien una tesis ecléctica, destaca sin embargo «la imposibilidad de aplicar directamente la normativa sustantiva ante la falta de voluntariedad en el ejecutado». MONDÉJAR PEÑA, M.^a I. (2008). *Op. cit.*, 138.

⁴⁰ Así concluye tras el análisis de la cuestión DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2012). Transmisión y adquisición de la propiedad en la compraventa: el problema de la adquisición en los procesos de ejecución. En: Gómez Laplaza (coord), *Cuestiones sobre la compraventa en el código civil: principios europeos y Draft*. Madrid: Dykinson, 34.

⁴¹ Nuestro Centro Directivo, actualmente denominado Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), parece, sin embargo, acoger la tesis contractualista, aunque como una modalidad especial de venta. Así, la RDGRN de 3 de julio de 2013 razona que «es doctrina clásica de este Centro Directivo (vid. a modo de ejemplo la Resolución de 20 de noviembre de 1987) que, como tesis de principio, la ejecución forzosa de finca está comprendida en el concepto amplio de compraventa. De ahí que el Código civil al referirse a ellas les llame venta pública (cfr. art. 464 CC o venta en subasta pública o judicial, entre otros los arts. 1459, 1489 y 1493 CC)». Destacan, a mayor abundamiento, en el plano registral las siguientes RRDGRN: 17 de septiembre de 1985, 16 de julio de 1987, 15 de julio de 1988 y 12 de junio de 1989.

⁴² Afirma igualmente la sentencia: «La enajenación forzosa, y con ella la simultánea adjudicación del dominio desde la aprobación del remate, es esencialmente un acto procesal,

en el que el Juez es el verdadero protagonista; las demás personas que intervienen directa o indirectamente en la formación del mismo lo hacen, de forma voluntaria o involuntaria» y que resulta «imposible conceptuar la enajenación forzosa (sobre todo la judicial) como un contrato de compraventa en que concurre un consentimiento libre y espontáneo del sujeto transmitente y propietario del bien enajenado, pues falta el consentimiento».

⁴³ Véase DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2012). *Op. cit.*, 36, con cita de la SAP de Cantabria, Sección 3.ª, de 3 de mayo de 2000 que se adscribe a la tesis privatista al sostener «tan semejantes son las naturalezas de esas dos figuras, que el legislador, al regular el procedimiento de apremio, utiliza los términos propios del negocio jurídico, y concretamente los del negocio de compraventa».

⁴⁴ SAP de Barcelona de 16 de octubre de 1991 (que dio lugar a la STS de 3 de marzo de 1995).

⁴⁵ Además, existen innumerables preceptos de la venta privada inaplicables de plano, por incompatibilidad, a las subastas públicas, destacadamente los siguientes: a) el artículo 1454 del Código civil, relativo a las arras penitenciales o de desistimiento, b) el artículo 1453 del Código civil, concerniente a la venta a ensayo y *ad gustum*, c) artículos 1457, 1458 y 1459 del Código civil, reguladores de la capacidad para celebrar el contrato habida cuenta de la regulación específica de la capacidad para ser parte y comparecer en juicio de los artículos 6 y 7 LEC, d) artículos 1462 y sigs. del Código civil relativos a las obligaciones del vendedor; no existe vendedor en la subasta pública, el Estado no es vendedor, el ejecutado tampoco, e) el artículo 1501 del Código civil, relativo a los intereses del precio en determinados casos y f) los artículos 1502, 1503 y 1504 del Código civil sobre la resolución por perturbación, pérdida o incumplimiento del precio aplazado, respectivamente.

⁴⁶ NAVARRO CASTRO, M. (1998). La adquisición de la propiedad por subasta en los procesos de ejecución. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 24 de junio de 1997. *Revista de Derecho Privado*, 1998, 978. Sostiene el autor con agudeza que «existe una cierta contradicción entre la posición de la doctrina procesalista actual a la hora de calificar la adjudicación como un acto jurisdiccional y, al mismo tiempo, exigir que se den todos los requisitos de una transmisión onerosa por contrato, contradicción que se ha visto reflejada en la redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000».

⁴⁷ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1956). Los llamados contratos forzosos. *ADC*. Vol. 9, núm. 1, 85-117.

⁴⁸ Acto de constitución se utiliza por Díez-PICAZO —o así lo entendemos— aplicado no tanto en el sentido de constituir *ex novo* el derecho de propiedad, pues compraventa y subasta son modos de adquirir derivativos, sino para expresar el acto, negocio, hecho, causa o fenómeno jurídico creador de una determinada relación jurídica civil, con independencia de que tenga efectos traslativos o constitutivos desde un punto de vista de eficacia jurídica real.

⁴⁹ LAPEIRA TELLEZ, A. (1996). *Op. cit.*, 17.

⁵⁰ Dicha doctrina se contiene, además, en las SSTs de 5 de enero de 1899, 28 de junio de 1949, 17 de febrero de 1956, 29 de febrero de 1960, 20 de febrero de 1975, 16 de julio de 1982, 10 de diciembre de 1991, 1 de septiembre de 1997 y 6 de abril de 1999.

⁵¹ La doctrina más reputada admite indiscutiblemente la extensión del sistema causalista romano; PIETRO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, SOLCHAGA LOITEGUI, CACHÓN CADENAS o DÍAZ FRAILE, entre otros.

⁵² SOLCHAGA LOITEGUI, J. (1986). *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles*. Navarra: Aranzadi.

⁵³ LUQUE TORRES, G. (1999). *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios*. Granada: Comares.

⁵⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO sostiene que si bien inicialmente «no se puede hacer sobre la base de conceptos procedentes del Derecho civil, que a lo sumo podrán utilizarse a título de simple afinidad o analogía. Se trata de un supuesto de adquisición por ministerio de la Ley a los que se refiere con carácter general el artículo 609 del Código civil», admite,

en definitiva, la aplicación del sistema causalista, afirmando que «la venta forzosa se perfecciona con la aprobación del remate (que sería el «equivalente al título») y se consuma con la entrega del bien o con la expedición del testimonio donde se documenta la adjudicación (que haría las veces y tendría la misma finalidad que el modo)». En DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2012). *Op. cit.*, 36.

⁵⁵ VERDERA SERVER, R. (2010). Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial. *Revista de Derecho Patrimonial*. núm. 25/2010.

⁵⁶ En concreto, sostiene —a nuestro juicio con acierto— que no «tiene sentido distinguir en el marco de las subastas judiciales entre una fase obligacional (identificada con el título) y otra jurídico-real (a partir de la concurrencia del modo)». MURGA FERNÁNDEZ, P. (2015). *Subasta pública y transmisión de la propiedad*. Pamplona: Aranzadi, 208.

⁵⁷ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. (1966). *La enajenación forzosa*. Pamplona, 102.

⁵⁸ El artículo 609 del Código civil limita la aplicación del juego de la causa remota y próxima a la adquisición de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes como consecuencia de ciertos contratos; como advierte DOMÍNGUEZ LUELMO «para los supuestos en que la adquisición y transmisión se producen con carácter voluntario, cuando el enajenante decide libremente transmitir su derecho a un tercero». En DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2012). *Op. cit.*, 36.

⁵⁹ LAPEIRA TELLEZ, A. (1996). *Op. cit.*, 17.

⁶⁰ NAVARRO CASTRO, M. (1998). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2002. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2002, núm. 60, 98

⁶¹ Apunta VERDERA SERVER, sobre la cuestión: «Esta supresión constituye un indicio que puede hacernos replantear una cuestión de carácter general cual es la determinación de hasta qué punto sigue siendo adecuada la equiparación absoluta entre la adquisición mediante subasta judicial y la compraventa» VERDERA SERVER, R. (2010). *Op. cit.*, 3.

⁶² GORDILLO CAÑAS, A. (2008). El principio de fe pública registral». *ADC*, 1064.

⁶³ GARCÍA GARCÍA, J.M. (1999). Comentario al artículo 34 LH. En M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Madrid: Edersa. 1978.

⁶⁴ GORDILLO CAÑAS, A. (2006). El principio de fe pública registral. *ADC*, 2006, 509 y sigs.; Adquisición en procedimiento de embargo y protección registral. *Actualidad Civil*. Núm. 6, marzo de 2007, 2 y sigs.; Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007. *CCJC*, núm. 75, 2008. 1413 y sigs.

⁶⁵ La adquisición debe estar consumada mediante la *traditio* (SSTS de 12 de noviembre de 2003 y 12 de febrero de 2008).

⁶⁶ CUENA CASAS, M. (2007). *Op. cit.*, 364.

⁶⁷ VELA SÁNCHEZ, A.J. (2009). La doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria. *Diario La Ley*. 9018/2009. Pág. 1.

⁶⁸ LÓPEZ FRÍAS, A. (2010). Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 721. Pág. 2087.

⁶⁹ CLEMENTE MEORO, M. (2002). Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 673, 186 y sigs.

⁷⁰ VELA SÁNCHEZ, A.J. (2007). La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios. *ADC*. Vol. 60, núm. 1.

⁷¹ Existe, incuestionablemente, una «segunda línea de configuración» de la buena fe, siguiendo la expresión acuñada por ORDUNA en la STS de 12 de enero de 2015, «que requiere la convicción de no lesionar legítimos derechos o intereses ajenos, la noción de buena fe responde a una actuación diligente conforme a unos criterios o pautas de comportamiento que resulten socialmente aceptados; de ahí que, a diferencia de la anterior concepción, no sea suficiente padecer cualquier tipo de error, sino solo el error que, según las circunstancias, sea excusable, esto es, que no se hubiera vencido actuando diligentemente».

⁷² Según la STS Pleno, 465/2014, de 12 de enero de 2015, y como condiciones generales predicables del tercero hipotecario «debe partirse de que la buena fe constituye uno de los presupuestos de la protección registral, pues justifica que el tercero adquirente resulte

protegido en la medida en que ha contratado confiando en la información ofrecida por el Registro. Si esta razón quiebra, y el tercero es conocedor de la inexactitud del Registro respecto a la realidad jurídica, la especial protección registral carece de justificación».

⁷³ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2007). La buena fe requerida por el adquirente en remate a debitor non domino. Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado. Revista Arazandi de Derecho Patrimonial. Núm. 19. 339-414.

⁷⁴ VALLET DE GOYTISOLO, J. (1973). Estudios sobre Derechos de Cosas. Madrid, 363.

⁷⁵ LÓPEZ FRÍAS, A. (2010). *Op. cit.*, 2102.

⁷⁶ GARCÍA GARCÍA, J.M. (1999). Comentario al artículo 34 LH. *Op. cit.* 55. Sostiene el autor que «la buena fe, al ser un hecho intelectual o de formación del conocimiento, ha de tenerse en el momento del otorgamiento del título inscribible, que es el momento en que aparece formada la voluntad del adquirente».

⁷⁷ VELA SÁNCHEZ, A.J. (2007). *Op. cit.*, 1.

⁷⁸ LÓPEZ FRÍAS, A. (2010). *Op. cit.*, 2102.

⁷⁹ GÓMEZ GÓMEZ, M. (1952). Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 571 y 572.

⁸⁰ GOÑI RODRÍGUEZ ALMEIDA, M. (2005). Comentario a la STS de 17 de febrero de 2004. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 687. Págs 294-295.

⁸¹ ROCA SASTRE, R. (1968). *Derecho Hipotecario*. T. I. Págs. 739 y 740.

⁸² La STS de 31 de enero de 1975 declara que «Ha de hallarse referido el conocimiento de la inexactitud registral al momento de la adquisición del inmueble, o sea, a aquel en que se efectúe la tradición».

⁸³ GARCÍA GARCÍA, J.M. (1999). Comentario al artículo 34 LH. *Op. cit.*, 56.

⁸⁴ Previa a la formalización de la compraventa y según disponía el artículo 1503 LEC 1881, el acto del remate era presidido por el juez, terminando cuando, por no haber sujeto que mejorara la última postura, el juez lo estimara conveniente. A continuación, se anunciaba al público el precio del remate y el nombre del mejor postor, cuya conformidad y aceptación se consignaban en el acta suscrita por el juez: una vez aprobado el remate, tras la liquidación de cargas, se mandaba al comprador que consignara el precio.

⁸⁵ MANRESA y NAVARRO, J.M (1981). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Reformada*. Madrid: Reus.

⁸⁶ La sentencia cita, en el mismo sentido, las SSTS de 19 de junio de 1920; 8 de julio de 1946 y 29 de febrero 1960.

⁸⁷ El artículo 1514 queda redactado de la forma siguiente: «Será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio expedido por el Secretario, con el visto bueno del Juez, comprensivo del auto de aprobación del remate, y en el que se exprese que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria».

⁸⁸ MONSERRAT VALERO, A. (2019). El momento de la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en las enajenaciones forzosas en subasta judicial, según la jurisprudencia. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 7/2019.

⁸⁹ ORTIZ NAVACERRADA, S. (1998). La protección del crédito en la nueva ordenación de la ejecución forzosa que articula el borrador del Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento civil elaborado por el Ministerio de Justicia. *Actualidad Civil*. 1998.214.

⁹⁰ Como explica VALERO, «Este esquema era el mismo que existía en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH: un primer Auto de aprobación provisional del remate o de la adjudicación al ejecutante, antes de la consignación del precio; un Auto de aprobación definitiva del remate o de la adjudicación al acreedor ejecutante en pago de su crédito (Auto de adjudicación), posterior a la consignación del precio (regla 17); y, finalmente, el testimonio del Auto de adjudicación expedido por el Secretario para la inscripción en el Registro (también regla 17)». MONSERRAT VALERO, A. (2019). *Op. cit.*, 10.

⁹¹ Una exposición de las tendencias jurisprudenciales sobre la exigencia de título y modo en las ventas judiciales inmobiliarias en VELA SÁNCHEZ, A.J. (2007). La contro-

versía jurisprudencial sobre la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales: ¿cuál es su relevancia práctica? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. núm. 703, 2190-2231.

⁹² En tal sentido, MONSERRAT VALERO, en la obra arriba citada, quien en relación con las tercerías de dominio —pero en una consideración perfectamente trasladable a otros fenómenos como los aludidos en la introducción— sostiene: «*el análisis de los conflictos vinculados con la tercería de dominio permite poner de manifiesto que, aunque existe un criterio predominante, el Tribunal Supremo mantiene de forma simultánea criterios contradictorios en orden a determinar cuándo se produce la adquisición de la propiedad derivada de subasta, sin que pueda predecirse de manera razonable cuáles son los elementos que impulsan al Tribunal a inclinarse por una u otra solución*».

⁹³ Es un ilustrativo exponente la SAP de Alicante, Sección 5.^a, 194/2020, que se hace eco de las divergencias jurisprudenciales en torno a la cuestión.

⁹⁴ Continúa afirmando la SAP de Alicante, Sección 5.^a, 194/2020, que «*También resulta así de una aplicación analógica de lo dispuesto por el artículo 1095 del Código civil cuando establece que «el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada». En este caso cabía entender, además, que la entrega de la cosa al nuevo propietario se había producido en virtud del auto de adjudicación pues a estos efectos se equipara a la escritura pública (art. 1462 CC), que aquí resulta innecesaria. En nuestro sistema se hacía coincidir la consumación de la venta de bienes inmuebles en subasta con el otorgamiento de la escritura pública, porque el otorgamiento de dicha escritura equivale a la entrega de la cosa, en virtud de la tradición instrumental a que se refiere el artículo 1462 del Código civil (Sentencia, entre otras, de 10 de diciembre de 1991), pero una vez sustituida la necesidad de otorgar escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (art. 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, este será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil*».

⁹⁵ «*No desconociendo la tendencia a mantener que con la aprobación judicial del remate y la subsiguiente adjudicación se opera la consumación del contrato, dando a esta última la condición de entrega simbólica (art. 1462 CC), subsiste el criterio de que “... la tradición se produce con la plasmación de la venta en un documento público que antes era una escritura notarial y ahora es el testimonio del auto de aprobación expedido por el secretario” (Tribunal Supremo, Sentencia de 20 de julio de 2006)*».

⁹⁶ «*El derecho del primitivo arrendador quedo por tanto extinguido el 27 de febrero de 2017, fecha del auto de adjudicación, a partir de cuyo momento y a todos los efectos la mercantil demandante es la propietaria-arrendadora de la finca con derecho al percibo de la renta*».

⁹⁷ *En cualquier caso, y aunque quiera discutir la recurrente el hecho de si la actora devino propietaria o no de la vivienda arrendada, y si estaba o no legitimada para percibir las rentas reclamadas ante la falta de «modo» o de entrega de la vivienda, tal cuestión carece absolutamente de relevancia. Y no ya porque como se expuso en la STS de 14 de julio de 2014, «la entrega de la cosa al nuevo propietario se había producido en virtud del auto de adjudicación pues a estos efectos se equipara a la escritura pública [art. 1462 CC (LEG 1889, 27)] que aquí resulta innecesaria», sino porque como continua estableciendo, el percibo de la renta desde ese mismo momento le corresponde al adjudicatario, además, como consecuencia de una aplicación analógica de lo dispuesto por el artículo 1095 del Código civil, cuando establece que «el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla», y aunque no adquiera derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada.*

⁹⁸ Mostramos nuestro desacuerdo con esta posición, que desdobra de nuevo la adquisición en subasta pública, además de aplicar el artículo 1095 del Código civil a una relación

procesal no contractual en que no existe obligación de entregar la cosa. El artículo 1095 del Código civil se aplica exclusivamente cuando existe un previo vínculo convencional entre comprador y vendedor. Identificar al acreedor del artículo 1095 del Código civil con el adjudicatario nos resulta una forzada interpretación del artículo 1095 del Código civil.

⁹⁹ «...no es posible compartir el criterio de la Sala "a quo" de que, por proceder la adquisición de la cosa retraída de un previo proceso de adjudicación judicial, haya de entenderse que esa adjudicación deviene compraventa hasta que la misma no se consuma por el otorgamiento de la escritura pública, ya que ... ha de subrayarse que, en el plano sustantivo en que ha de ubicarse esta decisión, la disociación entre esa perfección y esa "consumación" no puede tener acogida porque ... dicha venta o dicho contrato de compraventa existe desde que el mismo se perfecciona y la perfección ... ha de ceñirse a cuando se da la concurrencia de los elementos esenciales del contrato, esto es, la existencia de ese mero consentimiento o cuando se haya convenido sobre la cosa objeto del contrato y el precio, y a lo que, sin más, equivale que después de la subasta se efectúa la cesión y correspondiente adjudicación al Banco demandado en la fecha calendada, en cuyo caso o desde entonces es, pues, cuando existen o acontecen, aquellos presupuestos determinantes de la constitución o perfección del contrato, y ello con independencia de que la llamada "consumación" del mismo (que no es, en rigor, más que la observancia de la forma adecuada por el art. 1280 CC) no tenga lugar hasta posteriormente el momento de la suscripción de la escritura de compraventa...».

¹⁰⁰ Para un comentario de la misma puede leerse a NAVARRO CASTRO, M. (1998). *Op. cit.*

¹⁰¹ Dispone la resolución: «la sentencia objeto de este recurso parte de la idea (equivocada) de que la acción de retracto tiene el dies a quo del breve plazo de caducidad en el conocimiento de la celebración de la subasta; concretamente, conoció la sociedad demandante el expediente en que se produjo el embargo, la tasación de las fincas objeto del mismo, el anuncio de la subasta y la celebración de esta y, asimismo, hubo conversaciones en torno a ella. Pero en ningún momento habla del conocimiento de la escritura de compraventa que es la verdadera venta no antes». Un comentario breve a la sentencia se contiene en SALAS CARCELLER, A. (2008). El ejercicio del retracto legal en los supuestos de venta en subasta pública, *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 7/2008.

¹⁰² Previo a la reforma, la STS (Sala de lo Civil) 20 de julio de 2006 (ROJ STS 5686/2006) recuerda que tras la reforma de la Ley 10/1992, la consumación de la enajenación se producía con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos que habilitaban para la inscripción en el Registro de la Propiedad y que la expedición del testimonio en el que se documentaba la venta judicial producía la tradición simbólica (art. 1462.2 CC). Asume la sentencia que la venta se perfeccionaría con la aprobación del remate y la tradición se produciría con la plasmación de la venta en un documento público que, en la LEC 1881 era una escritura notarial y ahora el testimonio del auto de aprobación expedido por el secretario judicial.

¹⁰³ En idéntica dirección, cierta jurisprudencia menor, por todas, la SAP Barcelona, Sección 13.º, 312/2008. Debe advertirse, no obstante, que el Tribunal Supremo, en censurable doctrina, interpretando el artículo 266.2.º LEC, si exige la consignación previa como requisito procesal de admisibilidad (por todas, STS de 4 de noviembre de 2008), de modo análogo a lo exigido por la LEC 1881.

¹⁰⁴ VERDERA SERVER, R. (2010). *Op. cit.*, 33.

¹⁰⁵ MONDEJAR PEÑA, M.ª I. (2008). *Op. cit.*, 330.

¹⁰⁶ Propugna el referido autor, tras apuntar que las decisiones judiciales han contribuido a aumentar la confusión que: «En nuestra opinión, la adquisición del adjudicatario se produce con el decreto de aprobación del remate, sometido a la condición suspensiva del abono del resto del precio».

¹⁰⁷ Continúa el autor señalando: «Más todavía, conforme al artículo 670.6 LEC, cuando se le reclame para constituir la hipoteca a que se refiere el número 12.º del artículo 107 LH, el Secretario Judicial expedirá inmediatamente testimonio del decreto de aprobación

del remate, aun antes de haberse pagado el precio, haciendo constar la finalidad para la que se expide. La solicitud suspenderá el plazo para pagar el precio del remate, que se reanudará una vez entregado el testimonio al solicitante. Nos encontramos, por tanto, con una situación en la que ya existe decreto de aprobación del remate y testimonio de ese decreto, pero la falta de pago del resto del precio impide que produzca los efectos que se le asignan en situaciones normales»

¹⁰⁸ Su posicionamiento sobre el momento traslativo es, desde luego, minoritario y se aparta de la doctrina históricamente dominante para defender un sistema adquisitivo público, *ex lege*, de la adjudicación judicial. El decreto de aprobación del remate sería, por tanto, el acto procesal —los decretos tienen naturaleza procesal según consolidada doctrina constitucional y comunitaria— atributivo del derecho una vez comprobado el cumplimiento de los presupuestos imperativos fijados por nuestra ley procesal relativos al importe de la puja y demás requisitos. Este sistema es, en realidad, el que mejor representaría la esencia del proceso de realización mediante subasta, voluntaria o forzosa, por el principio de legalidad del proceso transmisivo y las connotaciones propias de la subasta pública expuestas en los apartados que preceden. Aprobado el remate a favor del mejor postor mediante la formalización de la oportuna resolución procesal y satisfecho el importe legalmente el proceso traslativo público culminaría su finalidad y el adquirente asumiría la titularidad del derecho subastado; se ha aprobado su postura, ha pagado el precio fijado y no se exige *traditio* de ningún tipo.

¹⁰⁹ GIMÉNEZ ROIG, E. (1991). Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa (condicionada legalmente a la adquisición por el comprador de la posesión en concepto de dueño de la cosa mediante la tradición por el vendedor o supletoriamente mediante la puesta en posesión por el Juez, e incondicionada cuando está desposeído. *Centro de Estudios Registrales*.408.

¹¹⁰ MONSERRAT VALERO, A. (2019). *Op. cit.*, p.17.

¹¹¹ En tal caso, se sostiene por el autor que el decreto de adjudicación «una vez firme, solo dará constancia de que se dieron las circunstancias procesales necesarias (ausencia de postores o puja inferior al setenta por ciento del valor de salida del bien), que han legitimado al acreedor para solicitar la adjudicación del bien». MURGA FERNÁNDEZ, P. (2015). *Op. cit.*,208.

¹¹² Sostiene el autor «el caso en que el acreedor ejecutante ceda el remate a una tercera persona (siendo el primero rematante al haber concurrido con más licitadores, o bien cuando se le llegue a adjudicar el bien subastado en atención en las condiciones legales previstas para ello, ex artículo 647. 3 de la LEC), la transmisión de la propiedad tendrá lugar en el mismo momento en que se verifique y acepte por el cesionario la cesión del remate mediante comparecencia ante el Secretario Judicial responsable de la ejecución».

¹¹³ Sostiene el autor: «De nuevo, la firmeza del decreto solo declarará que ante la ausencia de posturas superiores al setenta por ciento, el ejecutado quedó legitimado para presentar a un tercero que la mejoró y por ello se convirtió en el propietario del bien objeto de subasta».

¹¹⁴ No en vano, sostiene el autor: «El Decreto de Adjudicación sería, por tanto, para dicho autor, la constatación formal de un fenómeno que se ha producido con anterioridad, mediante la consignación del resto del precio, en caso de existencia de postores (670 LEC) o mediante la petición de adjudicación en pago, en caso de subasta desierta (671 LEC), por lo que, razona dicho autor, «deberá retrotraerse el efecto traslativo de la venta judicial al momento en que los actos procesales constitutivos de la adjudicación se han verificado». MURGA FERNÁNDEZ, P. (2015). *Op. cit.*, 258.

¹¹⁵ Desde un punto de vista netamente científico la propuesta de MURGA resulta estimulante, pero si pretende dotarse a la cuestión de una claridad que, por ahora, resulta inexistente a la vista de las divergentes opiniones judiciales sobre la cuestión, creemos deberían explorarse fórmulas más diáfnas que, al menos, sirvieran a la fijación de una regla general para la determinación del momento determinado de la transmisión.

¹¹⁶ ALONSO SÁNCHEZ, B.: *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procedimientos de ejecución*. Madrid: Edersa. 1999.

¹¹⁷ MONSERRAT VALERO, M. (2019). *Op. cit.*, 16. No se comparte el criterio de la autora, según el cual, resulta de entera aplicación a la transmisión judicial el sistema del título y el modo, remitiéndonos en relación con la cuestión a lo que fue expuesto páginas arriba, si bien la proposición de la autora trasciende con éxito el vacilante tratamiento jurisprudencial imperante, del que se hace eco también en su estudio.

*(Trabajo recibido el 3 de junio de 2021 y aceptado
para su publicación el 4 de octubre de 2021)*

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Las repercusiones geográficas
de los principios hipotecarios tras
la Ley 13/2015, de 24 de junio (VI):
Principios consecuencia
de la inscripción: la oponibilidad
y la prioridad registral gráfica

*The geographical repercussions
of the mortgage principles after Law
13/2015, of June 24 (VI): Principle's
consequence of the registration:
the opposability and the graphic
registration priority*

por

PEDRO FANDOS PONS

Registrador de la propiedad de Dolores y Doctor en Derecho

RESUMEN: La Ley 13/2015 ha supuesto una de las modificaciones más extensas de la Ley Hipotecaria, desde 1946, respecto de la que pretendemos elaborar una interpretación evolutiva, basada en la extensión de su repercusión a todos los principios hipotecarios. Siguiendo el esquema tra-

zado en el primero de los artículos de esta serie nos situamos en este sexto capítulo en los principios consecuencia del valor jurídico-sustantivo de la publicidad registral, derivados de la sustantividad de los pronunciamientos registrales. Es decir, tratamos de los principios de oponibilidad registral y el de prioridad registral de los derechos cuyo título se ha presentado antes en el Registro, respecto a los presentados después, para indagar si la Ley 13/2015 ha introducido repercusiones geográficas respecto de ellos.

ABSTRACT: Law 13/2015 has been one of the most extensive modifications of the Mortgage Law, since 1946, with respect to which we intend to elaborate an evolutionary interpretation of Law 13/2015, based on the extension of its repercussion to all mortgage principles. Following the scheme outlined in the first of the articles in this series, in this sixth chapter, we find ourselves in the principles because of the legal-substantive value of the registry advertising, derived from the substantivity of the registry pronouncements. That is, we deal with the principles of registration enforceability and that of registration priority of rights, whose title has been presented before in the Registry, with respect to those presented later, to investigate whether Law 13/2015 has introduced geographical repercussions with respect to them.

PALABRAS CLAVE: Principio de oponibilidad. Principio de prioridad. Repercusiones geográficas en la descripción de las fincas. Georreferenciación catastral. Georreferenciación alternativa.

KEY WORDS: Enforceability principle. Priority principle. Geographical repercussions in the description of the properties. Cadastral georeferencing. Alternative georeferencing.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS PRINCIPIOS DE OPONIBILIDAD Y PRIORIDAD REGISTRAL EN SU VERTIENTE LITERARIA: 1. EL PRINCIPIO DE OPONIBILIDAD. 2. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL: A) Desde una perspectiva doctrinal: a) El enfoque tradicional. b) El enfoque contemporáneo. B) El principio de prioridad en la doctrina de la DGSJFP.—III. LAS REPERCUSIONES GEOGRÁFICAS DE AMBOS PRINCIPIOS: 1. LAS REPERCUSIONES GEOGRÁFICAS DEL PRINCIPIO DE OPONIBILIDAD REGISTRAL: A) Su proclamación en el texto de la Ley Hipotecaria. B) Su proclamación en la Ley del Catastro. C) La formulación doctrinal de la vertiente geográfica del principio. D) La oponibilidad gráfica y la anotación preventiva del artículo 203: a) Planteamiento de la cuestión. b) Su carácter de trámite esencial o rogado en el expediente: a') La postura de la Dirección

General. b) Una propuesta de interpretación evolutiva. c) Fundamento de la anotación preventiva. 2. LAS REPERCUSIONES GEOGRÁFICAS DEL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: A) *Su delimitación con el principio de oponibilidad registral gráfica.* B) *Su proclamación en la Ley Hipotecaria.* C) *La formulación doctrinal de la vertiente geográfica del principio.* D) *Efecto común a oponibilidad y prioridad registral gráfica: el cierre registral:* a) El cierre registral derivado de la oponibilidad registral gráfica. b) El cierre registral derivado de la prioridad registral gráfica.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de principios consecuencia del valor jurídico sustantivo de la publicidad registral, podemos distinguir dos planos de actuación: el que deriva del valor sustantivo de los pronunciamientos registrales y el que deriva de la protección del titular registral. En el primer caso entran en juego los principios de oponibilidad y el de prioridad, que vamos a tratar en el presente artículo. En el segundo caso, entran en juego los principios de legitimación registral y de fe pública registral, que trataremos en los artículos siguientes.

Cuando nos fijamos en los principios derivados del valor sustantivo de los pronunciamientos registrales, hemos de distinguir dos planos que chocan o se confrontan entre sí: el registral y el extrarregistral, como consecuencia del carácter voluntario, salvo excepciones, de la inscripción. La posible colisión entre estos dos planos se resuelve mediante la aplicación del principio de oponibilidad registral, que proclama el artículo 32 de la LH. Pero, también pueden colisionar dos realidades extrarregistrales contradictorias entre sí, que pretenden acceder a Registro, en el corto periodo de tiempo de duración del asiento de presentación, que se resuelve a través del principio de prioridad registral, regulado en el artículo 17.2 de la LH.

Dada la conexión entre ambas situaciones tratamos conjuntamente estos principios, aunque cada uno tiene su virtualidad y autonomía propias.

II. LOS PRINCIPIOS DE OPONIBILIDAD Y PRIORIDAD REGISTRAL EN SU VERTIENTE LITERARIA

1. EL PRINCIPIO DE OPONIBILIDAD REGISTRAL

Desde una perspectiva puramente civil, el derecho real es, por definición oponible frente a todos, incluyendo el tercero civil, ajeno a la relación jurídica patrimonial de la que nace el derecho real, derivando la oponibilidad

del derecho real de su propia naturaleza. Desde una perspectiva registral, cuando hablamos de oponibilidad registral nos referimos a aquella que completa la civil, ante la insuficiencia de la mera oponibilidad contractual, en una sociedad como la actual donde la contratación es eminentemente impersonal y solo conocida por las partes y que trata de resolver un conflicto entre derechos reales, para determinar su preferencia, mediante la publicidad registral. Ello ha determinado que la oponibilidad se haya trasladado parcialmente, dado el carácter voluntario de la inscripción, a la publicidad registral. La consecuencia es que la inscripción de un derecho en el Registro determina su oponibilidad, completando su oponibilidad natural, como derecho real, con la publicidad registral que es la que lo hace realmente oponible.

El principio de oponibilidad registral es aquel por el cual un título no inscrito (plano extrarregistral) no puede ser opuesto ni perjudicar a un título inscrito (plano registral), teniendo una doble eficacia: positiva, pues el derecho inscrito se prefiere sobre el no inscrito, siendo oponible solo el inscrito (oponibilidad) y negativa, pues el titular del derecho no inscrito no puede oponer su derecho al titular del derecho inscrito, protegido por la publicidad registral (inoponibilidad). Se formula legalmente en el artículo 32 de la LH, que dispone: «*Los títulos de dominio u otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos u anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero*». También en el artículo 13.1 de la LH, cuando dispone: «*Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efecto contra tercero, deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre el que recaigan*». En el Código civil, el artículo 606 reproduce literalmente el artículo 32 de la LH, evidente muestra de su trascendencia y se hace una aplicación práctica del mismo en el artículo 1473.2, para resolver el conflicto de titularidades existente en el supuesto de la doble venta, al disponer: «*Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble. Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro*».

Este principio de raigambre latina, frente al de fe pública registral, de inspiración germanista, no ha gozado históricamente de gran predicamento, pues se confunde con otros principios, como el de prioridad, o es presupuesto o consecuencia de otros, como puede ser el de tracto sucesivo. Así, el principal problema que ha planteado a nivel doctrinal es el de su admisibilidad en nuestro sistema registral¹.

Tras la entrada en vigor de la Constitución española, la anterior Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy de Seguridad Jurídica y Fe Pública, se refiere a este principio en la Resolución de 6 de abril de 2000,

reiterada por otras posteriores, como la de 9 de abril de 2014 que declara: «El principio de inoponibilidad es uno de los fundamentales de la legislación hipotecaria, que no solo resulta del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, sino del propio Código civil, que en el artículo 606 hace expresa referencia al mismo incorporando al Código civil la misma redacción que tenía tradicionalmente el precepto de la legislación hipotecaria tradicional, lo que revela la trascendencia del mismo como base fundamental de la legislación registral y civil respecto a terceros, que también se manifiesta en otros preceptos del mismo Código civil como son el artículo 1473.2.º del Código civil, el artículo 647 y el artículo 1549 del Código civil, entre otros».

Con GARCÍA GARCÍA, partimos de su configuración como principio autónomo e independiente del principio de fe pública registral, ya que el principio de oponibilidad tiene una fuerza negativa, pues garantiza al titular inscrito que su derecho será protegido por la fuerza de los pronunciamientos registrales frente a la posible existencia de otro derecho que tenga su origen en un título no inscrito, cualquiera que sea su fecha, aunque no le garantiza *per se* que su adquisición sea inatacable, como ocurre en el principio de fe pública registral². Y ello porque la oponibilidad de lo inscrito es el premio que concede el legislador al titular que inscribe, precisamente por inscribir. Ese premio consiste en la protección que le otorga la publicidad registral, que hace oponible el derecho frente a todos, prescindiendo de cualquier otra consideración, frente al carácter relativo y la posición débil que tiene el titular que no inscribe su derecho, después de adquirido.

Es un principio independiente y autónomo del principio de prioridad registral, como entiende PAU PEDRÓN, pues el principio de oponibilidad fija el rango del derecho en el historial registral y la prioridad fija la preferencia entre dos derechos, compatibles o incompatibles, que no han accedido todavía al Registro, pero que pretenden su acceso registral, conviviendo sus asientos de presentación.

2. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL

A) *Desde un punto doctrinal*

Podemos distinguir dos enfoques del principio de prioridad registral.

a) El enfoque tradicional

ROCA SASTRE define el principio de prioridad como aquel «*en virtud del cual el acto registrable que primeramente ingrese en el Registro de la*

Propiedad se antepone con preferencia excluyente y superioridad de rango, a cualquier otro acto registrable que, siéndole incompatible o perjudicial, no hubiese sido presentado al Registro o lo hubiere sido con posterioridad, aunque dicho acto fuese de fecha anterior».

De acuerdo con este enfoque, el principio de prioridad registral fija la preferencia entre dos derechos reales, cuya inscripción se pretende, en favor del que primero ingresa en el Registro de la Propiedad, atribuyéndole una eficacia excluyente o preferente, según los casos, sobre el título que se ha presentado después, que le sea opuesto o incompatible y, además, fija el rango de los derechos inscritos y anotados³, siendo un principio fundamental, pues otorga al derecho su rango registral⁴, con una serie de consecuencias adicionales⁵.

Es uno de los principios fundamentales de la legislación hipotecaria y su base reside en el axioma «*prior tempore potior iure*», lema del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, teniendo en cuenta que juega solo en el ámbito registral, pues en el ámbito civil la prioridad la da la fecha de constitución del derecho real, que será la de la escritura, que tiene eficacia entre las partes; pero como el derecho real no queda plenamente constituido con efectos *erga omnes* hasta su inscripción registral, esta regla civil de prioridad puede alterarse por la regla registral de prioridad.

Para este enfoque, el principio viene confirmado por el artículo 17 de la LH, cuando dispone: «*Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real. Si solo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento*», señalándose una serie de excepciones al principio⁶.

b) El enfoque contemporáneo

Sin embargo, como ha dicho PAU PEDRÓN, la elevación de la prioridad registral a principio, basado puramente en el factor cronológico, puede producir efectos perturbadores, pues el tiempo como determinante de la preferencia de los derechos es una idea típica de los sistemas de Registro de archivo o de títulos, donde no hay tracto ni calificación, pero no de los sistemas de Registros de Derechos, donde hay tracto sucesivo y fuerte calificación registral. Además, la preferencia de los derechos inscritos o anotados

antes sobre los inscritos o anotados después, o los posteriores incompatibles, no es efecto del principio de prioridad, sino del de oponibilidad⁷. Propone este autor un nuevo enfoque del principio de prioridad, basado en una nueva interpretación del artículo 17 de la LH, que vamos a seguir en el presente artículo, al entender que los dos párrafos del artículo 17 no se refieren a la prioridad material y formal, sino que el párrafo primero se refiere al principio de oponibilidad y el párrafo segundo se refiere al principio de prioridad⁸. En este sentido, PAU PEDRÓN define el principio de prioridad como *«aquel que determina la preferencia a la inscripción que corresponde a un título, entre dos o más que están presentados en el Registro y se refieren a un mismo inmueble, bien por haberse presentado antes, o bien porque así lo determine la calificación conjunta de todos los presentados»*.

Este autor propone el deslinde entre los principios de oponibilidad y prioridad registral. En el de oponibilidad, hay controversia entre un titular que inscribió en su día su derecho mediante la presentación del correspondiente título y otro no inscrito, que no podrá oponer al primero el derecho de su título que no accedió al Registro, por lo que el primero quedará protegido, si el segundo decide presentar su título. Este se confirma en el artículo 32 de la LH, pero a él también se refiere el artículo 17.1 citado. En el de prioridad registral existe un posible conflicto entre dos títulos que pretenden acceder a Registro y que han sido presentados, por el cual, el que primeramente se haya presentado es preferente respecto el posterior y si son incompatibles, determinará el cierre registral al título últimamente presentado. Es a este supuesto al que se refiere el párrafo 2.º del artículo 17. También se refiere al principio de prioridad el artículo 25 de la LH, que para determinar la preferencia entre dos inscripciones de la misma fecha atiende a la hora de su presentación en el Registro, siendo preferente la presentada antes cronológicamente. Y el artículo 248 de la LH que regula el orden y modo para hacer constar los asientos de presentación en el Libro Diario.

Por tanto, los factores que determinan la prioridad, referida al título no al derecho, son la pluralidad de títulos, la identidad del inmueble al que se refieren esos títulos, la calificación conjunta de los títulos presentados y la vigencia simultánea de los asientos de presentación.

Las excepciones señaladas al principio en el anterior enfoque no son tales, según PAU PEDRÓN, pues lo que queda alterada en las mismas no es la prioridad, sino la oponibilidad⁹.

B) El principio de prioridad registral en la doctrina de la DGSJFP

El planteamiento del enfoque tradicional, que no deslinda los principios de oponibilidad y prioridad registral se refleja también en la doctrina de la

DGRN. Así podemos citar la RDGRN de 6 de septiembre de 1968, cuando declara: *«la colisión entre el embargo no anotado y el acto dispositivo sobre el bien embargado se decidirá, puesto que afecta al campo de los derechos reales, según el principio de prior tempore potior iure, a salvo el derecho del tercero protegido por la legislación hipotecaria. Es decir, producido el embargo, aunque este no esté anotado el dueño del bien, solo puede transmitirlo en la medida en que es suyo: o sea, con la carga del embargo; a salvo el caso de que el que hubiera adquirido el bien, con posterioridad al embargo, reuniera los requisitos para gozar del amparo de la legislación hipotecaria (lo que aquí no ocurre porque la anotación de embargo es anterior a la inscripción de la adquisición del bien)»*.

También ha sido constante el reconocimiento de un doble aspecto del principio de prioridad. Pero, gracias a esa diferenciación de ese doble aspecto, la DGRN va reconociendo paulatinamente, ese nuevo enfoque contemporáneo del principio de prioridad registral. Así, la RDGRN de 3 de agosto de 2011 distingue:

a) Un aspecto material que tiene una doble eficacia: excluyente ante la colisión de derechos reales incompatibles, la prioridad registral cierra el Registro al posterior incompatible y de prelación, si se trata de derechos reales compatibles, atribuyendo preferencia al que primero ingresa en el Registro, respecto del que ingresa después. En este aspecto se seguiría confundiendo los principios de oponibilidad y prioridad, pues la prioridad material se estaría refiriendo a la oponibilidad.

b) Un aspecto formal, que determina la forma de proceder del Registrador ante estos títulos excluyentes o compatibles, cerrando el Registro, si el título posteriormente presentado es incompatible, o despachándolo por orden cronológico de presentación, si son compatibles, como ha reconocido la RDGRN de 19 de julio de 2018, que declaró en su FD 2.º: *«Debe partirse de la doctrina de este Centro Directivo sobre la aplicación del principio de prioridad consagrado en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria cuando se encuentra pendiente de despacho un título presentado anteriormente. La Resolución de 4 de julio de 2013 considera que en tal caso ni siquiera hubiera tenido obligación el registrador de calificarla mientras no hubiese despachado el documento anteriormente presentado y cuyo asiento de presentación se encontraba vigente. En este sentido el artículo 18 de la Ley Hipotecaria dispone que, si existiera pendiente de inscripción un título presentado con anterioridad, el plazo de quince días para calificar se computará desde la fecha de la inscripción del título previo y que, en estos casos, la vigencia del asiento de presentación se entenderá prorrogada hasta la terminación del plazo de inscripción. Como ya precisaron las Resoluciones de 23 de octubre de 1998, 5 de abril de 1999, 23 de octubre y 13 de noviembre de 2001, dado el alcance del principio de prioridad,*

básico en un sistema registral de fincas (cfr. arts. 17, 24, 32 y 248 LH), la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte del mismo y de la situación tabular existente en el momento de su presentación en el Registro (cfr. arts. 24 y 25), sin que puedan obstaculizar su inscripción otros títulos, aunque sean incompatibles, presentados con posterioridad. Por tanto, confiriendo dicho principio preferencia al título primeramente ingresado al Registro sobre los posteriores, tal preferencia exige lógicamente, en principio, que los registradores despachen los documentos referentes a una misma finca por riguroso orden cronológico de su presentación en el Diario, salvo que sean compatibles entre sí». Según el enfoque de PAU PEDRÓN, este sería el verdadero ámbito de actuación del principio de prioridad registral.

Este orden cronológico que deriva del principio de prioridad registral puede presentar excepciones como, por ejemplo, cuando se presenten varios títulos simultáneos, relativos a una misma finca y por un mismo presentante, este podrá determinar el orden de la presentación, conforme al artículo 430 del RH, o los supuestos de trasvase de prioridad, donde el título no recibe la prioridad de su asiento de presentación, sino de una inscripción o anotación anterior, como en el caso de compraventa de finca en ejercicio de opción de compra inscrita y vigente, conforme al artículo 14 del RH, donde la prioridad de la compraventa viene determinada por la fecha de la inscripción de la opción, o la reinscripción a favor del vendedor en caso de ejercicio de la condición resolutoria expresa en garantía del precio aplazado (arts. 1504 CC y 11 de la LH), donde la prioridad de la reinscripción viene determinada por la fecha de la inscripción de la compraventa con la condición resolutoria.

Las excepciones aludidas derivan también del principio de oponibilidad y no del principio de prioridad y el orden deriva de la calificación conjunta, que puede ser distinta de la presentación cronológica. La posibilidad de calificación conjunta se desprende de los artículos 105 y 140.1 del RH, pero es obra de la doctrina de la DGRN que reconoce que la prioridad no impide que títulos presentados posteriores al calificado deban tenerse en cuenta. Así, la RDGRN de 1 de diciembre de 2014, declaró en su FD 4.º: *«La cuestión esencial reside en consecuencia en determinar adecuadamente la especie de conflicto que se produce cuando, a la hora de calificar, existe presentado un documento posterior auténtico que cuestiona la validez o eficacia del primero. Precisando aún más es importante delimitar que el conflicto que el principio de prioridad pretende solventar es el que se produce entre dos derechos válidos compatibles o incompatibles entre sí. Si compatibles, el orden de despacho vendrá determinado por el orden de presentación que determinará a su vez el rango hipotecario. Si incompatibles accederá al Registro el primeramente presentado con exclusión del segundo cualquiera que sea su fecha (art. 17 LH). Este conflicto de prioridad no debe confundirse con el supuesto*

en que presentado un título determinado es presentado con posterioridad otro distinto del que resulta la falta de validez del primero. Aquí ya no existe conflicto entre títulos o derechos incompatibles, no estamos ante un problema de prioridad sino de validez y en consecuencia y por aplicación del principio de legalidad consagrado en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y del Código de Comercio, procede la exclusión del título inválido sin que pueda apelarse al principio de prioridad para evitarlo».

En el mismo sentido, la RDGSJFP de 24 de septiembre de 2020 ha declarado en su FD 2.º: *«la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte del título que se califica y de la situación tabular existente en el momento mismo de su presentación en el Registro. Esto significa que los registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad con el fin de evitar asientos inútiles que deberían cancelarse al extender los asientos derivados de un título posterior que ordena la cancelación de los mismos».*

III. LAS REPERCUSIONES GEOGRÁFICAS DE AMBOS PRINCIPIOS

Partiendo de la configuración autónoma de ambos principios, como principios consecuencia de la inscripción, basados en la fuerza de los pronunciamientos registrales, vamos a tratar de indagar si, tras la modificación de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, se extienden los mismos a la georreferenciación de la finca y se les dota de repercusiones geográficas. Es decir, si los principios hipotecarios tradicionales adquieren, tras la citada Ley, una dimensión geográfica, como defendemos en esta serie de artículos, sin hablar de nuevos principios hipotecarios, sino de su revitalización o actualización¹⁰.

1. LAS REPERCUSIONES GEOGRÁFICAS DEL PRINCIPIO DE OponIBILIDAD REGISTRAL

A) *Su proclamación en el texto de la Ley Hipotecaria*

La Ley 13/2015, como hemos dicho reiteradamente en artículos precedentes, incorpora una nueva circunstancia al asiento, potestativa para el registrador, como regla general, si la finca ya estaba inscrita y obligatoria, si se abre nuevo folio a una nueva realidad física; su georreferenciación¹¹. Pues bien, incorporada al asiento o, mejor dicho, inscrita la georreferenciación de la finca¹², para completar su descripción, no hay razón para no aplicar

todos los efectos y principios consecuencia de la inscripción, sin que pueda excluirse el principio de oponibilidad, en virtud del cual, cualquier georreferenciación de la finca no inscrita en el Registro, no podrá ser opuesta a la inscrita, pues su titular registral está protegido por la fuerza de los pronunciamientos registrales.

Ciertamente, la Ley 13/2015 no modifica el artículo 32 de la LH, que proclama el principio de inoponibilidad de lo no inscrito o de oponibilidad de lo inscrito. Pero, no es menos cierto que, como defendimos en artículos precedentes, uno de los defectos de la reforma ha sido el de su falta de sistemática. La Ley 13/2015 no regula las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios en cada uno de los preceptos que los proclaman, sino que los extiende a la georreferenciación de la finca, como circunstancia del asiento, de modo disperso y asistemático.

Respecto al principio de oponibilidad registral y su extensión a las repercusiones geográficas de la finca con trascendencia real, se puede llegar a esta conclusión, a nuestro juicio, si hacemos un análisis detallado de la redacción de diferentes preceptos, a los que afecta la modificación operada por la Ley 13/2015.

1. La primera vez que el legislador de la Ley 13/2015, alude al principio de oponibilidad registral es en el artículo 9 b) de la LH, en su párrafo 5.º, cuando se refiere a la ausencia de dudas del registrador sobre la correspondencia entre la georreferenciación aportada y la finca inscrita, para lo cual debe valorar «*la falta de coincidencia, siquiera parcial, con otra representación gráfica previamente incorporada, así como la posible invasión del dominio público*». En este inciso late la esencia del principio de oponibilidad, pues se da preferencia a una georreferenciación inscrita previamente, contradictoria con la que ahora se pretende inscribir, estando el asiento practicado bajo la salvaguarda de los tribunales, conforme al artículo 1.3 de la LH y solo puede modificarse:

— Con consentimiento expreso del interesado, ya sea en expediente del artículo 199 de la LH, con las dos georreferenciaciones resultantes de cada finca, a través del expediente de deslinde del artículo 200, fijando el trazado del lindero dudoso, o el del artículo 201 de la LH, para poder subsanar las dudas en la identidad de la finca que tenga el registrador.

— Por resolución judicial en juicio en el que el titular registral colindante perjudicado sea parte, cuando no haya acuerdo.

Este precepto se incardina en el título I, dedicado al Registro de la Propiedad y de los títulos sujetos a inscripción. Concretamente, el artículo 9 regula las circunstancias que el registrador debe hacer constar en la inscripción, no sujetas a la rogación de las partes, pues compete su regulación al

legislador. El párrafo b) regula el modo en el que se ha de incorporar la georreferenciación de una finca al asiento para completar su descripción, como archivo electrónico, en un procedimiento registral ordinario, cuando no hay discordancia entre la descripción del título, la georreferenciación que incorpora y la descripción y georreferenciación que resulta del Registro. La calificación registral gráfica consiste, por tanto, en la comparación de recintos geográficos. Por ello, el artículo 9 habla de la ausencia de dudas del registrador sobre la identidad de la finca, por respetar la georreferenciación de fincas colindantes previamente inscritas. Y aquí radica la extensión del principio de oponibilidad a la situación geográfica resultante del Registro, o lo que podemos denominar la repercusión geográfica del principio de oponibilidad.

La situación es la siguiente: finca registral con georreferenciación inscrita (plano registral) y título presentado con georreferenciación contradictoria con la inscrita, por coincidir, total o parcialmente, con la que resulta del Registro (plano extrarregistral). Del precepto se desprende que *«la falta de coincidencia, siquiera parcial, con otra representación gráfica previamente incorporada, así como la posible invasión del dominio público»*, conlleva la ausencia de dudas sobre la correspondencia entre la descripción de la finca y su georreferenciación indubitada. Pero, si hay coincidencia, total o parcial, con otra georreferenciación previamente incorporada o inscrita, o se invade el dominio público, tras consulta del registrador al sistema de información geográfica de su Distrito Hipotecario, cargado con la correspondiente información territorial sobre la clasificación y calificación del dominio público, el registrador debe denegar la inscripción de la georreferenciación pretendida, pues no puede oponerse a quien ostenta la georreferenciación inscrita, o al dominio público. En este caso, será necesario subsanar la discordancia entre la realidad registral y la extrarregistral, mediante los expedientes del título VI de la LH adecuados, cuando haya acuerdo o no oposición, o el procedimiento judicial correspondiente, cuando la situación sea controvertida.

Ciertamente, puede ser criticable la extensión del principio de oponibilidad, basado en la fuerza de los pronunciamientos registrales a la protección del dominio público no inscrito, aunque este es de inscripción obligatoria, conforme al artículo 36 de la LPAP 33/2002, de 3 de noviembre, pero es la opción elegida por el legislador, posiblemente por la no susceptibilidad de tráfico jurídico de los bienes de dominio público, si no hay previa desafección, a diferencia de los bienes patrimoniales de titularidad pública, que sí son susceptibles de tráfico jurídico. Pero, parece que el legislador equipara la publicidad legal del acto declarativo de clasificación con la publicidad registral derivada de la inscripción en el Registro, sin que se haya realizado el acto ejecutivo de deslinde, único capaz de rectificar las situaciones registrales contradictorias.

La conclusión que extraemos sobre la extensión del principio de oponibilidad registral a la georreferenciación de la finca se refuerza en el párrafo 6.º del artículo 9 b), cuando entiende que existirá correspondencia cuando la georreferenciación aportada se refiera básicamente a la misma porción de territorio sobre la que se asienta la finca inscrita y las diferencias de cabida, en su caso, sean inferiores al 10 % de la cabida inscrita. Pero añade un requisito más, como consecuencia de la vertiente geográfica que adquiere el principio de oponibilidad registral, al disponer que la georreferenciación aportada no impida *«la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes»*. Es decir, el registrador podrá incorporar la georreferenciación aportada de la finca, aunque las colindantes no tengan georreferenciación inscrita, siempre que puedan diferenciarse correctamente las fincas colindantes.

Y como consecuencia del principio de oponibilidad registral gráfica, dispone el artículo 9 b) párrafo 7.º: *«Una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria. El Registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación»*. Por tanto, la georreferenciación inscrita es oponible incluso a los titulares registrales de derechos inscritos con anterioridad a la inscripción de la georreferenciación, que deberán conocer la nueva descripción de la finca, adaptada a la realidad física extrarregistral, lo cual no les perjudica, sino que les beneficia. Y ello, en los casos de que la diferencia superficial sea inferior al 10 % de la cabida inscrita, pues la Ley presume en este caso que no hay modificación de la realidad física de la finca, sino rectificación de un dato registral erróneo, por otro correcto, que fue el que debió constar en su día en la inscripción. Por ello, es la base gráfica registral la que determina la superficie y linderos de una finca y no a la inversa, según se desprende del artículo 9.b párrafo 7.º de la LH. Así lo entendido la DGRN en varias resoluciones, como la de 5 de noviembre de 2019, cuando en su FD 3.º, párrafo 2.º declara: *«Según dicho artículo 9.b), para efectuar esta incorporación potestativa han de aplicarse con carácter general los requisitos establecidos en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Dicho precepto regula el procedimiento para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro, disponiendo que «el titular registral del dominio o de cualquier derecho real sobre finca inscrita podrá completar la descripción literaria de la misma acreditando su ubicación y delimitación gráfica y, a través de ello, sus linderos y superficie, mediante la aportación de la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica»*.

Por tanto, el principio de oponibilidad registral gráfico determina que la incorporación de la georreferenciación al asiento no puede solapar con georreferenciación inscrita previamente, lo que impedirá su inscripción mediante el procedimiento registral ordinario. Si se cumplen todos los requisitos del artículo 9, el registrador podrá incorporar la georreferenciación al asiento. Pero, una vez inscrita la georreferenciación esta determina la superficie y linderos de la finca, provocando incluso la rectificación de la descripción literaria, para adaptarla a la georreferenciación y subsanar el dato registral inicial erróneo, notificándolo *a posteriori* a los titulares de derechos inscritos con anterioridad, salvo que del título presentado o de los trámites del expediente del artículo 199 ya resulten notificados.

2. La vertiente geográfica del principio de oponibilidad registral se reitera en el artículo 199.1 de la LH, cuando dispone en su párrafo 4.º: «*El Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, circunstancia que será comunicada a la Administración titular del inmueble afectado*». Por tanto, la invasión total o parcial de una base gráfica inscrita previamente, vuelve a ser, como en el caso del artículo 9 b) párrafo 5.º, causa de denegación de la inscripción de la georreferenciación, por aplicación del principio de oponibilidad registral.

Así se desprende del artículo 199.1 párrafo 5.º, cuando dispone: «*Si la incorporación de la certificación catastral descriptiva y gráfica fuera denegada por la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas, el promotor podrá instar el deslinde conforme al artículo siguiente, salvo que los colindantes registrales afectados hayan prestado su consentimiento a la rectificación solicitada, bien en documento público, bien por comparecencia en el propio expediente y ratificación ante el registrador, que dejará constancia documental de tal circunstancia, siempre que con ello no se encubran actos o negocios jurídicos no formalizados e inscritos debidamente*».

Es decir, en los artículos 9 y 199 de la LH, la invasión total o parcial de la georreferenciación presentada con otra previamente inscrita determina la denegación de la inscripción de la georreferenciación, pero no si la georreferenciación colindante no está inscrita, en cuyo caso no se impone, necesariamente, la denegación, estando tal extremo sujeto a la calificación registral.

Por tanto, el límite para inscribir la georreferenciación de la finca, bien en un procedimiento registral ordinario, o en un expediente del artículo 199 para subsanar una discordancia de la descripción registral con la realidad física extrarregistral, es el no afectar a una finca colindante con base gráfica registral, es decir, con georreferenciación incorporada que complete su descripción. Y ello es así porque su previo acceso registral la hace oponible frente a todos, por lo que la inscripción posterior de otra georreferenciación

contradictoria puede afectar a un derecho inscrito y requiere su consentimiento, voluntario o forzoso, bien en un expediente del artículo 201, para subsanar las dudas de identidad de la finca expresadas por el registrador, mediante consentimiento de ambos colindantes, bien en un expediente de deslinde registral del artículo 200, o cuando la situación sea controvertida, mediante el correspondiente procedimiento judicial.

3. La conclusión de la existencia de una repercusión geográfica del principio de oponibilidad registral viene a reforzarse en la regulación que del expediente de dominio para la inmatriculación de fincas realiza el artículo 203 de la LH, lo que también resulta aplicable al expediente del artículo 201.1 para la rectificación de la descripción, superficie y linderos de la finca.

En el artículo 203.1 regla 3.^a, cuando el notario solicita certificación registral inicial de que la finca cuya inmatriculación se pretende no está inscrita, dispone: *«El registrador, tras consultar su archivo, tanto literario como de representación gráfica en soporte papel o informático, expedirá en el plazo de quince días certificación acreditativa de la falta de inscripción de la finca, siempre que haya verificado que concurren las siguientes circunstancias: a) La correspondencia entre la descripción contenida en el título de propiedad aportado y la certificación catastral. b) La falta de previa inmatriculación de la finca a favor de persona alguna. c) La ausencia de dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se solicita con otra u otras que hubiesen sido previamente inmatriculadas»*.

No habla aquí el precepto de la invasión de una base gráfica registral colindante, sino que alude a finca previamente inmatriculada. Ello puede llevarnos a defender la posibilidad por la cual, si el registrador advierte la invasión total o parcial de la georreferenciación de la finca que pretende inmatricularse con otra georreferenciación de una finca, identificada previamente con valor auxiliar de calificación, puede expedir la certificación registral de no inmatriculación de esa finca, expresando esa duda en la certificación, para que pueda subsanarse en la tramitación del expediente, pues como declaró la RDGRN de 27 de junio de 2016, en su FD 1.º: *«En caso de producirse esta coincidencia el mismo artículo 203 exige que el registrador expida certificación literal de la finca o fincas coincidentes comunicándolo inmediatamente al notario, con el fin de que proceda al archivo de las actuaciones. No obstante, esta previsión de archivo del expediente, en el caso de albergar dudas el registrador, debe admitirse la posibilidad de continuar con la tramitación de mismo, pudiendo el notario realizar actuaciones y pruebas que permitan disipar tales dudas (especialmente si se tratase de fincas cuya representación gráfica no estuviera inscrita), muy en particular la intervención de los afectados, al igual que prevé el precepto en el párrafo siguiente en cuanto al dominio público, todo lo cual deberá ser calificado ulteriormente por*

el registrador». En este caso, basta la mera notificación y la no formulación de alegaciones en el plazo de un mes (art. 203.1.6).

Pero, cuando la georreferenciación aportada coincida, total o parcialmente con otra finca previamente inmatriculada, que cuenta con una base gráfica registral, por tener una georreferenciación inscrita, en este caso, parece que el registrador debe dudar necesariamente de la existencia indiscutida de la georreferenciación y procede que la misma haya de subsanarse en la tramitación notarial del expediente, precisamente mediante consentimiento expreso del titular registral de la finca que resulte afectada, sin que baste su mera notificación, sin comparecencia. Y ello, a nuestro entender, es como consecuencia de la vertiente geográfica que adquiere el principio de oponibilidad registral, tras la Ley 13/2015. Sin ese consentimiento expreso, el registrador no puede entender bien subsanada la duda en la identidad, por aplicación del artículo 32 de la LH.

B) Su proclamación en la Ley del Catastro

La oponibilidad de los asientos registrales, respecto a las catastrales se proclama, con carácter general, en el artículo 3.3 del TRLCI, cuando dispone: «*Salvo prueba en contrario y sin perjuicio del Registro de la Propiedad, cuyos pronunciamientos jurídicos prevalecerán, los datos contenidos en el Catastro Inmobiliario se presumen ciertos*».

Respecto a la georreferenciación inscrita, dispone el artículo 11.3 del TRLCI: «*En caso de fincas que hayan sido objeto de coordinación conforme a la legislación hipotecaria, se tomará en cuenta, a los efectos del Catastro, la descripción gráfica coordinada, salvo que la fecha del documento por el que se produce la incorporación al Catastro sea posterior a la de la coordinación*». Pero, esa modificación posterior a la coordinación lo es a los solos efectos catastrales, sin producir efectos jurídicos, los cuales derivan del Registro. Ello es así si observamos la evolución en la redacción del texto del precepto, desde el proyecto inicial hasta su redacción final. El proyecto de redacción inicial contenía un segundo párrafo del artículo 10.5 de la LH, que disponía: «*Si la descoordinación posterior se hubiera producido como consecuencia de una alteración catastral que no hubiera tenido reflejo en el Registro, este proporcionará la información gráfica catastral referida al momento inmediatamente anterior a aquel en que se hubiera producido la descoordinación, haciendo constar expresamente esta circunstancia*». Sin embargo, este párrafo suponía la quiebra del principio de oponibilidad de lo inscrito frente a lo no inscrito. Por ello, no pasó al texto definitivo de la Ley 13/2015, precisamente, por la posición contraria al mismo del Colegio de Registradores, por suponer una excepción no justificada al principio de oponibilidad registral gráfico que, como decimos, la Ley parece admitir¹³.

Por tanto, la alteración catastral posterior no produce efectos jurídicos, solo motiva que la finca deje de estar coordinada, requiriéndose una nueva coordinación. Pero, mientras tanto, la georreferenciación que será oponible frente a tercero, por aplicación del principio de oponibilidad registral gráfica, será la registral inscrita, aunque descoordinada y no la catastral posterior que solo provoca la descoordinación. Y ello es así porque esta última no ha accedido al Registro y, por tanto, no puede ser oponible a tercero, pues el Catastro no produce efectos jurídicos y los pronunciamientos registrales son preferentes, conforme al artículo 3.3 del TRLCI.

Y ello no puede confundirse con la mera constancia en el asiento de la referencia catastral de una parcela que se corresponde con la identidad de la finca, que es una operación de mera comparación de las respectivas descripciones de finca registral y parcela catastral, pues como declaró en el Fundamento de Derecho 2.º, párrafo 4.º de la RDGRN de 17 de julio de 2017, entre otras: *«la constancia registral de la referencia catastral conforme al artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria tendrá unos efectos limitados ya que en ningún caso puede equipararse con la coordinación gráfica a la que se refiere el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, no supone la inscripción de la representación gráfica ni la rectificación de la descripción literaria conforme a la misma (art. 9.b) párrafo séptimo). Para ello sería necesario que se hubiese solicitado la inscripción de tal representación gráfica y que se tramite el procedimiento correspondiente [arts. 9.b) y 199 de la Ley Hipotecaria]».*

C) La formulación doctrinal de la vertiente geográfica del principio

A la vista de estos preceptos, podemos afirmar que, aunque no se haya modificado la redacción del artículo 32 de la LH, que regula el principio de oponibilidad registral, el legislador de la Ley 13/2015 está pensando en la extensión de este principio a la georreferenciación de la finca, como principio de oponibilidad registral gráfico y que podemos definir como aquel en virtud del cual, la base gráfica registral de una finca podrá oponerse frente a la georreferenciación de otra finca colindante que pretenda acceder posteriormente al Registro, que sea opuesta o contradictoria con la previamente inscrita. La georreferenciación inscrita juega como límite infranqueable para poder inscribir la nueva georreferenciación. Ello requerirá la previa subsanación del asiento inexacto, con consentimiento de su titular, o resolución judicial en procedimiento contradictorio en el que haya sido parte¹⁴.

En ello consiste la esencia de este principio de oponibilidad registral gráfico, pues la georreferenciación que accede primero al Registro puede oponerse frente a la que pretende acceder después, que solape parcialmente con esta. Y ello es así porque el titular de la finca con base gráfica registral,

al incorporarla al contenido del Registro, protege la misma con la extensión de los principios hipotecarios a la geometría que completa la descripción de la finca. Ello nos va a situar en el campo de la discordancia con la realidad física extrarregistral. La oponibilidad registral gráfica protege al titular de la finca con georreferenciación inscrita frente a una discordancia puesta de manifiesto con la presentación posterior de una georreferenciación que solapa parcialmente con la suya, según la aplicación informática homologada del registrador. Y la que se inscribe se opone a la no inscrita, aunque también lo esté el derecho sobre la finca colindante, aunque pueda ser su inscripción de fecha anterior a la del derecho sobre la finca que incorporó antes su georreferenciación al asiento. Es decir, en la oponibilidad registral literaria hay un conflicto entre derecho inscrito y no inscrito, protegiendo el Registro al inscrito y en la oponibilidad registral gráfica hay un conflicto entre una georreferenciación inscrita con otra no inscrita, que es contradictoria con esta, aunque estén inscritos ambos derechos, sea cualquiera la fecha de la inscripción, protegiendo el Registro al titular registral de la finca con georreferenciación inscrita en primer lugar.

Ese conflicto puede darse cuando se produce una alteración catastral posterior, de acuerdo con su normativa específica; cuando hay una perturbación de hecho del colindante, que fija unilateralmente el lindero de la finca; o en el caso de haberse inscrito la georreferenciación mediante expediente del artículo 199 de la LH en la que se notificó al titular registral de la finca que solapaba con ella y su titular no contestó o no se opuso a la inscripción de la georreferenciación.

En todos ellos, la incorporación de la georreferenciación posterior requiere consentimiento del titular registral de la finca con georreferenciación inscrita, o resolución judicial, a diferencia de si la georreferenciación de la finca colindante no está inscrita, en cuyo caso, bastará la mera notificación de su titular, sin ser necesaria su comparecencia. Podemos distinguir, por tanto, dos supuestos:

1. Que haya acuerdo respecto al alcance del error en la georreferenciación. En este supuesto podemos distinguir tres situaciones:

— Que la georreferenciación inscrita sea la inexacta, en cuyo caso, el propietario de la finca debe consentir la inscripción de la georreferenciación de la finca colindante y rectificar la descripción de la suya en el asiento correspondiente, con aportación de la nueva georreferenciación resultante, por aplicación del principio de oponibilidad registral gráfica y tracto sucesivo registral gráfico.

Para ello, si la otra finca está también inscrita, podrán instarse el expediente del artículo 199, aportando el propietario de la finca con georreferenciación inscrita en primer lugar.

renciación inscrita, nueva georreferenciación correcta y consentida por él, aceptando la de su vecino, que también ha de presentar la georreferenciación correcta, consentida por él y aceptada por el titular de la finca con georreferenciación inscrita. Es decir, no basta en este caso la notificación al titular registral de la finca con base gráfica y su no comparecencia, dentro del plazo de 20 días, sino que deberá comparecer y consentir, por aplicación del principio de oponibilidad registral gráfica. Si no lo hace, quedará expedita la vía judicial.

Podrá instar también un expediente del artículo 201.1 de la LH y el registrador expresará las dudas que tenga sobre la identidad de la finca en la certificación inicial, para que puedan subsanarse en la tramitación del expediente, lo que se reflejará en el historial registral de ambas fincas. Ciertamente, en el artículo 203.1 3.ª, cuando ordena al registrador consultar su archivo literario y gráfico, en soporte papel o informático, antes de expedir la certificación de la finca, para cerciorarse, entre otras circunstancias de la ausencia de dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se solicita con otra u otras que hubiesen sido previamente inmatriculadas, no alude a la circunstancia de si la finca colindante tiene o no base gráfica inscrita. Ello, a nuestro juicio no es óbice para negar la existencia de una repercusión geográfica del principio de oponibilidad. Esta se produce igualmente. Por ello, siendo inexacta la base gráfica registral, para que pueda rectificarse la misma, se requiere comparecencia y consentimiento del titular registral de la finca con base gráfica registral, sin que baste su notificación y no comparecencia, en cuyo caso, o el notario cierra el acta, cual caso de oposición, o el registrador calificará negativamente el acta final por no haberse subsanado debidamente las dudas de identidad señaladas por este en su certificación inicial. Todo ello, a diferencia de lo que ocurriría si la finca colindante no tuviera base gráfica inscrita, en cuyo caso, bastaría notificación sin comparecencia u oposición, siendo consecuencia de la aplicación del principio de oponibilidad registral gráfica.

Por ello, el FD 5.º de la RDGRN de 15 de enero de 2018, declaró: *«Toda vez que no procede la inscripción de la representación gráfica conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria, salvo que se aporte la documentación requerida por la registradora, los interesados podrán acudir al específico procedimiento ante notario para la rectificación de descripción previsto en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, en cuya tramitación podrían practicarse diligencias que permitan disipar las dudas expuestas por el registrador. Y ello dejando siempre a salvo la posibilidad de acudir al juicio declarativo correspondiente, conforme prevé el último párrafo del artículo 198 de la Ley Hipotecaria»*. El FD 5.º *in fine* de la RDGSJFP de 26 de noviembre de 2020 lo extiende también al expediente de deslinde del artículo 200, cuando declara: *«Toda vez que existen dudas que impiden la inscripción de la repre-*

sentación gráfica, podrá acudir al expediente de deslinde regulado en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria (tal y como prevé para estos casos el propio artículo 199)». En este el registrador ya no puede invocar la oponibilidad registral, pues ambos titulares registrales tienen un acuerdo y aportan la georreferenciación convenida de su finca, sino que las dudas fundadas deben referirse «a la posibilidad de que el acuerdo de deslinde alcanzado encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria, procederá a suspender la inscripción solicitada motivando las razones en que funde tales dudas». Es decir, en este caso, las dudas deben fundarse en razones de tracto sucesivo.

En este caso, según la RDGSJFP de 16 de julio de 2020, en su FD 2.º, que resume y condensa su postura anterior sobre las rectificaciones descriptivas, se distinguen dos supuestos: «a) 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; b) que fuera de esta hipótesis, la pretensión de modificar la cabida que según el Registro corresponde a determinada finca, no encubre sino el intento de aplicar el folio de esa última a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional, y para conseguir tal resultado el cauce apropiado será la previa inmatriculación de esa superficie colindante y su posterior agrupación a la finca registral preexistente». Este método, por tanto, solo debe permitir la corrección de un dato mal reflejado en su término inicial al inmatricular la finca, por lo que la existencia de dudas que pudiera albergar el registrador de encontrarnos en cualquier otro caso —inmatriculaciones de parcelas colindantes o encubrimiento de otras operaciones como agrupaciones o agregaciones— pueden (y deben) generar una calificación negativa a la inscripción del exceso —o defecto— de cabida declarado». El primer supuesto es el propio de la aplicación de los artículos 199 y 201.1, que presuponen una inexactitud registral, debiendo garantizar el registrador el respeto a los derechos de fincas colindantes, teniendo mayor protección quien tenga su base gráfica registral inscrita, porque ha acreditado con mejor prueba la realidad física de su finca, respecto quien no la tiene incorporada en el asiento. El segundo excede del ámbito de aplicación del precepto, pues se requiere la presentación del acto jurídico correspondiente, para que la nueva realidad física de la finca sea oponible a los terceros.

Esas dudas en la identidad de la finca, no pueden ser discrecionales o arbitrarias, sino que deben estar basadas en «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» (FD 4.º) y deben ponerse de manifiesto por 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». Pero, todo 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, 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» (FD 5.º). A nuestro entender, la aplicación del principio de oponibilidad registral gráfica determina que, en el caso de que la finca colindante tenga una base gráfica registral, no solo se requiere el consentimiento a la modificación de su titular, sino que este aporte la georreferenciación resultante de como queda la descripción de su finca, para que las dudas del registrador queden correctamente subsanadas en el desarrollo del expediente.

También podrá instarse un expediente de deslinde registral parcial del artículo 200, aportando al registro la georreferenciación correcta del trazado del linde que separa sus propiedades, que modificará la geometría de ambas fincas colindantes, con acuerdo de sus propietarios. Y si no estuviera inmatriculada podrá iniciar un expediente del artículo 203 de la LH, o una inmatriculación por el artículo 205 de la LH, si no existe ninguna otra discordancia.

— Que la georreferenciación correcta sea la inscrita, en cuyo caso, por aplicación del principio de oponibilidad registral, su titular no ha de hacer nada y el titular de la finca con georreferenciación inexacta, deberá modificar esta para adaptarse a la que está inscrita, presentando georreferenciación alternativa iniciando un expediente del artículo 199.2 o del 201.1 respecto de su finca. Si no está inscrita deberá iniciar un expediente de inmatriculación del artículo 203, aportando georreferenciación catastral inexacta y solicitar coetáneamente el inicio de un expediente del artículo 199 para lograr que la georreferenciación que se inscriba sea la correcta, previa inscripción transitoria de la inexacta, si el registrador no observa indicios de encubrimiento de operaciones de modificación de entidades hipotecarias, que no han tenido acceso al Registro, en cuyo caso podrán recurrir su decisión. Hubiera sido más lógico y sencillo que la Ley hubiera admitido en estos casos el uso de georreferenciaciones alternativas en inmatriculación de fincas.

— Que ninguna de las dos georreferenciaciones sea exacta. En este caso, deberá instarse un expediente del artículo 199 o 201, con consentimiento de ambos colindantes, por estar una de las georreferenciaciones inscritas, aportando las georreferenciaciones correctas de ambas, que se reflejarán en

sus respectivos folios, si el registrador no tiene dudas de identidad sobre ellas, si ambas fincas están inscritas. Por ello, el artículo 199 de la LH ordena la denegación de la inscripción de la georreferenciación, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público. Pero en los demás casos, es decir, cuando la finca colindante no tenga georreferenciación inscrita, o no se invada dominio público *«a la vista de las alegaciones efectuadas, el Registrador decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción. La calificación negativa podrá ser recurrida conforme a las normas generales»*. Pero, si una georreferenciación está inscrita, se requiere consentimiento de su titular registral, por aplicación del principio de oponibilidad registral gráfica, como hemos dicho.

Si una finca no está inscrita, respecto de ella, habrá que tramitar expediente para su inmatriculación del artículo 203, pero previamente habrá de subsanarse su georreferenciación catastral para subsanar la discrepancia y lograr la coincidencia entre la descripción de la finca registral y de la parcela catastral en el momento de la inmatriculación.

2. Que no haya acuerdo entre los titulares de las fincas colindantes respecto a las georreferenciaciones de sus respectivas fincas. En este caso, no queda otro remedio al titular de la georreferenciación no inscrita que acudir al procedimiento judicial contradictorio, en el que tendrá que probar que la georreferenciación inscrita es inexacta, por aplicación del principio de legitimación registral gráfica y convencer al juez de que su georreferenciación es la correcta, pudiendo la autoridad judicial practicar las pruebas que sean necesarias para determinar cuales son las georreferenciaciones correctas. En este caso, será el juez quien decida que georreferenciaciones han de inscribirse, dirigiendo el correspondiente mandamiento al registrador.

Si no hay discordancia con la realidad física extrarregistral, el principio de oponibilidad registral gráfica no despliega sus efectos, pues si no hay solape de georreferenciaciones, basta la calificación registral positiva, es decir, con ausencia de dudas en cuanto a la identificación de su geometría y de su relación con los colindantes, en un procedimiento registral ordinario, cumpliendo los requisitos del artículo 9 b) de la LH.

Pero, si la georreferenciación de la finca colindante de la que ahora pretende incorporar su georreferenciación no está inscrita, ya no juega el principio de oponibilidad registral, pues no hay contenido registral georreferenciado, sino posibles dudas en la identidad de la finca, que pueden resolverse mediante cualquiera de los expedientes del título VI de la LH que tengan por objeto la subsanación de una discordancia entre la realidad registral y la extrarregistral.

Podemos reforzar esta conclusión afirmando que, cuando una finca tiene base gráfica registral, ya no cabe respecto de ella una rectificación de cabida o superficie, pues esta ha quedado determinada indubitadamente por la incorporación de la base gráfica, que determina la oponibilidad de la geometría y de la superficie a todo tercero civil, con la consecuencia de que su modificación requerirá intervención del titular registral, que no solo debe consentir, sino además aportar georreferenciación de cómo quedará su finca registral, tras la modificación consentida, o sentencia judicial en la que resulte vencido, como demandado. Así parece desprenderse de la doctrina de la Dirección General.

Partiendo, por tanto, de la extensión del principio de oponibilidad registral a la base gráfica registral, se plantean dos cuestiones: la relativa al papel que desempeña respecto de la misma la anotación preventiva de pretensión de rectificación de la descripción, superficie y linderos del artículo 203 de la LH y como se articula el cierre registral que deriva del artículo 32 de la LH.

D) La oponibilidad registral gráfica y la anotación preventiva del artículo 203

a) Planteamiento

El artículo 203.1 de la LH se refiere a la práctica de esta anotación preventiva en la fase inicial del expediente, cuando el notario solicita al registrador certificación sobre la no inmatriculación, cuando se trate de inmatricular una nueva finca, o sobre su descripción registral, cuando se trate de rectificar su descripción, superficie o linderos, al disponer en el párrafo 1.º de la regla 3.ª: *«el notario levantará acta a la que incorporará la documentación presentada, remitiendo copia de la misma al Registrador de la Propiedad competente solicitando la expedición de certificación acreditativa de que la finca no consta inscrita en el Registro y que, en su caso, practique anotación preventiva de la pretensión de inmatriculación»*.

Como anotación preventiva, es un asiento principal, de carácter provisional o temporal, por su duración limitada de 90 días, positivo, relativo a la descripción de la finca, que no se puede inscribir mientras no se subsanen las dudas en su identidad, alegadas por el registrador, eventual, mientras se resuelve acerca de la pretensión de rectificar la descripción de la finca, culminado el expediente, del cual la anotación preventiva es un trámite, como puente o camino a la inscripción. Por tanto:

1. Trata de asegurar la eficacia de una situación jurídico-real, como es la de conseguir la exacta descripción de la finca y de su georreferenciación, que completa su descripción, como objeto del derecho de dominio.

2. Es convertible en inscripción, como precursora de la inscripción definitiva, otorgándole prioridad, desde la fecha del asiento de presentación provocado por la petición del notario y oponibilidad, desde la fecha en la que el registrador expide la certificación y practica la anotación.

3. Es sustitutiva, pues cumplen la misión de otro asiento, el de inscripción de la rectificación, como culminación del expediente, suponiendo una afección de la descripción de la finca al resultado del expediente.

La regulación de esa anotación preventiva nos plantea una serie de cuestiones relativas a su carácter voluntario o rogado, su fundamento y la forma en que se produce el cierre registral, que trataremos juntamente con el cierre registral derivado del principio de prioridad registral gráfica, para explicar las diferencias entre ambos.

b) La cuestión sobre su carácter de trámite esencial o rogado del expediente.

a') La postura de la Dirección General

La Dirección General ha abogado siempre por su carácter voluntario, utilizando los criterios literal, lógico, analógico y sistemático de interpretación. Sin embargo, a nuestro entender, la doctrina de la Dirección General requiere de una matización, precisamente, porque la misma no llega a vislumbrar el alcance del principio de oponibilidad registral gráfica, como tratamos de argumentar a continuación.

La RDGRN de 21 de noviembre de 2017 declara en su FD 6.º: *«Esta anotación se conecta con la publicidad registral de este expediente, y con ella se logra la prioridad registral de dicha pretensión, por su posible conversión en inscripción definitiva, evitando la práctica de otros asientos que modifiquen la configuración física de la finca. Ahora bien, la conveniencia de practicar esta anotación no determina que tenga un carácter obligatorio, pues ello no encajaría con el principio de voluntariedad de la inscripción que rige en el sistema registral español. Este carácter voluntario, además, era el que tenía este tipo de anotación preventiva de los expedientes de dominio antes de la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, según el artículo 274 del Reglamento Hipotecario. El carácter potestativo, aunque no de forma expresa, también puede inferirse de las expresiones utilizadas en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria. De este modo, como ya hemos señalado la regla tercera se refiere a que «en su caso» practique anotación preventiva de la pretensión de inmatriculación —o de rectificación de descripción—, de modo diferenciado a la expedición de certificación cuya solicitud y aportación al procedimien-*

to es preceptiva, como resulta, además, de todos los trámites en los que se contempla que debe partirse de la situación registral. Por otra parte, la regla sexta dispone que «en caso de calificación positiva por el Registrador, este procederá a extender la inscripción del derecho de dominio, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha del asiento de presentación inicial del acta remitida por el Notario a que se refiere el párrafo anterior. Si se hubiere tomado anotación preventiva de haberse incoado el procedimiento, se convertirá en inscripción definitiva». Por tanto, de esta regla se observa que el propio precepto prevé que el procedimiento continúe hasta su finalización con inscripción del derecho de dominio, aunque no se haya tomado dicha anotación. Debe destacarse que la norma no contempla la conversión de la anotación en inscripción en todo caso, sino que expresamente se prevé la conversión solo «si se hubiere tomado anotación preventiva de haberse incoado el procedimiento», de lo que resulta de forma evidente que nos encontramos ante un asiento de carácter voluntario, cuya omisión no impide la expedición de la certificación y la tramitación del procedimiento. En la misma línea, en la regla octava se hace referencia alternativamente a la vigencia del asiento de presentación o de la anotación preventiva, para indicar que no procederá tramitarse otro procedimiento durante dicha vigencia; de donde también resulta que se contempla la posibilidad de que dicha anotación no se haya practicado».

Ello no quita que la Dirección General considere que es conveniente la práctica el asiento, a pesar de su carácter potestativo. Así, la RDGRN de 4 de diciembre de 2019 declara en su FD 4.º: «dado que este Centro Directivo ha reiterado la posibilidad de continuar el expediente pese a haberse señalado dudas de identidad en la certificación inicial (cfr. Resolución de 21 de noviembre de 2017), ello posibilita igualmente la práctica de tal anotación a los efectos de dar publicidad registral a la pendencia del mismo. Únicamente en los supuestos en los que el registrador deniegue la expedición de la certificación por entender que no es posible la continuación del procedimiento (por ejemplo, cuando en el supuesto de inmatriculación exista la certeza de que la finca se encuentra inscrita), procederá asimismo la denegación de la práctica de la anotación». Es decir, aún siendo voluntaria, entiende la DGRN que es procedente, aunque el registrador haya expresado dudas en la identidad de la finca, expresadas en la certificación inicial. Precisamente, es cuando hay dudas en la identidad de la finca, que pueden resolverse con la tramitación del expediente, el campo de acción propio de esa anotación preventiva, conectándose con el principio de publicidad registral, para que todo el mundo pueda conocer su tramitación y con el de oponibilidad, para que la posible discordancia pueda oponerse a cualquier tercero, por constar anotada.

Para concluir, la RDGSJFP de 10 de agosto de 2020 declara en su FD 3.º: «Es por ello y por su función publicitaria del procedimiento por lo que resulta recomendable no prescindir de su solicitud y práctica, no obstante, su

carácter potestativo. A esto cabe añadir que cobra mayor sentido la finalidad de limitar temporalmente la anotación para responder a la existencia de eventuales variaciones en la situación registral de la finca que deben reflejarse en una nueva certificación y consecuente anotación. En efecto, en el transcurso del tiempo es posible que surjan nuevos titulares que deben tener la intervención correspondiente en el procedimiento. Debe destacarse que la norma contempla que incluso la mera prórroga de la anotación responda a una causa justificada a juicio del registrador. Es por ello que, según lo expuesto y a la vista del tenor del precepto, no se contempla la posibilidad de tomar anotación preventiva sin que se expida la correspondiente certificación. En caso de admitirse la tesis de la recurrente, se estaría favoreciendo que el procedimiento pudiera prolongarse indefinidamente en el tiempo sobre la base de una misma información inicial, lo cual, si bien puede producirse en caso de no solicitarse la anotación (como apunta la recurrente), dado el carácter voluntario de esta, es una situación no deseable que no se cohoneste con las previsiones legales que regulan estos procedimientos, según han sido analizadas en la presente resolución. Finalmente, en cuanto a la retroacción de efectos de la inscripción que plantea la recurrente, la cuestión queda resuelta en la regla sexta del artículo 203.1, cuando dispone «En caso de calificación positiva por el Registrador, este procederá a extender la inscripción del derecho de dominio, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha del asiento de presentación inicial del acta remitida por el Notario a que se refiere el párrafo anterior. Si se hubiere tomado anotación preventiva de haberse incoado el procedimiento, se convertirá en inscripción definitiva». Por tanto, con independencia de que se haya practicado o no anotación preventiva, los efectos de la inscripción se producirán desde la fecha del asiento de presentación inicial del acta. La diferencia estribará en que, caso de haberse practicado la anotación, aunque dicho asiento ya no estará vigente, la anotación reservará esa misma prioridad del asiento inicial para la inscripción definitiva cuando se produzca la conversión».

De las resoluciones citadas se puede concluir que la Dirección General estima que la anotación preventiva está ligada al principio de prioridad, es un asiento rogado y no practicable de oficio por el registrador, aplicando el principio de rogación y los criterios de interpretación, literal y la analogía con la regulación anterior.

b') Una propuesta de interpretación evolutiva

La interpretación del precepto que hace la Dirección General es susceptible de matización, pues parte de la relación de la anotación preventiva con el principio de prioridad registral, cuando en realidad, a nuestro entender, la anotación preventiva no se relaciona con este principio, el cual se conecta

con el asiento de representación, sino con el de oponibilidad registral, pues a través de la constancia de la anotación preventiva, pueden conocerse por tercero la existencia del expediente y sus vicisitudes, siguiendo el enfoque más actual de PAU PEDRÓN, pues los efectos de la inscripción, en su caso, no arrancan de la práctica de la anotación preventiva, sino de la práctica del asiento de presentación, conforme a los artículos 24 y 25. Por tanto, es el asiento de presentación y no la anotación preventiva la que se conecta con el principio de prioridad.

Respecto al principio de rogación, a nuestro juicio, este queda salvado por la petición inicial de expedición de certificación, que realiza el notario que tramita el expediente, provocada por el asiento de presentación, pues así lo dispone el párrafo 1.º, utilizando la copulativa «y». Sin embargo, la utilización de la expresión «*en su caso*», ha sido interpretada por la doctrina mayoritaria como que su solicitud es una opción que tiene el notario, como consecuencia del principio de rogación.

Pero, iniciada la tramitación del expediente, su impulso ya no es rogado, sino que se impulsa por el registrador de oficio, mediante los trámites que faciliten la inscripción de la rectificación descriptiva, en su caso. Así, tras la petición inicial del notario que instruye el expediente, pueden darse dos supuestos:

1. Que el registrador no albergue dudas respecto a la identidad de la finca, en cuyo caso puede expedir la certificación registral de la finca cuya descripción se trata de rectificar, sin necesidad de anotación preventiva, aunque esta pueda solicitarse por el notario o el promotor del expediente, para anticipar la oponibilidad de la resolución.

2. Que el registrador albergue dudas en la identidad de la finca, las cuales ha de expresar en la certificación inicial del expediente. En este caso, según la Dirección General la anotación preventiva sigue teniendo un alcance puramente potestativo. Sin embargo, como reconoce la propia Dirección General, su práctica es conveniente porque anticipa la oponibilidad de la resolución del expediente y permite conocer las dudas, teniendo en cuenta que el mismo se refiere a la descripción de la finca.

Para ello se apoya en el tenor literal del artículo 203.1 de la LH. Así, en primer lugar, entiende que la expresión «*en su caso*» que utiliza la regla 3.ª del artículo 203, se dirige al notario, siendo la solicitud potestativa, aplicando el principio de rogación, dado el carácter voluntario de los asientos. Sin embargo, la petición del notario se establece en términos imperativos, pues le ordena levantar acta remitiendo copia de la misma al Registro, solicitando la expedición de certificación y la práctica de la anotación preventiva.

La expresión «*en su caso*» puede estar dirigida al registrador, a quien compete la práctica de la anotación preventiva, cuando tenga dudas en la identidad de la finca, que ha de expresar en la certificación inicial, para luego calificar su subsanación en la tramitación del expediente y no al notario, que solo tiene competencia para solicitarla. La rogación se manifiesta por el hecho de iniciar el expediente, conforme a la regla Segunda del artículo 203, cuando dispone: «*Se iniciará el procedimiento mediante solicitud por escrito del titular dominical de la finca*». En el expediente del artículo 201.1 a), se amplía la legitimación, pero de igual modo su inicio requiere solicitud. Pero, una vez solicitado el inicio, los trámites del expediente ya no están sujetos al principio de rogación ni al carácter voluntario de la inscripción, pues es la Ley y no el promotor la que determina cuales son los trámites del expediente.

Por tanto, si el notario, cuando presenta el acta inicial no solicita la práctica de la anotación preventiva, sino solamente la expedición de certificación, se plantea la cuestión de si debe suspenderse la expedición de la certificación, o el registrador debe entender tácitamente solicitada la práctica de la anotación preventiva. A nuestro entender, si hay dudas en la identidad de la finca, que el registrador ha de expresar en la certificación, mantenemos el carácter de trámite esencial del expediente de la anotación preventiva y la decisión sobre su práctica corresponde al registrador, interpretando que, si el notario no lo solicita expresamente, es decisión del registrador al expedir la certificación, dejar constancia en el historial registral de las dudas en la identidad de la finca alegadas en la certificación, pues el mismo, por el solo hecho de la petición debe:

1. Consultar su archivo literario y gráfico y examinar el acta para asegurarse de: la correspondencia entre la descripción de la finca en el título aportado y la de la certificación catastral descriptiva y gráfica, si se trata de inmatricular una finca. Ello se extiende a la alternativa a la catastral, si se trata de rectificar la descripción de una finca ya inscrita, su superficie o sus linderos y se alega una inexactitud catastral.

2. Calificar la falta de previa inmatriculación de la finca, con esa descripción, en favor de persona alguna, si es un expediente de inmatriculación.

3. Calificar la ausencia de dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca, cuya inmatriculación se pretende, o cuya descripción, superficie y linderos se trata de rectificar, con otra u otras previamente inmatriculadas. Si tiene dudas, estas no paralizan la tramitación del expediente, como ha declarado la Dirección General, por lo que es en ese caso, cuando entendemos que la anotación preventiva de pretensión de rectificación de la descripción es un trámite esencial del expediente que anticipa la oponibilidad de la descripción solicitada y de las dudas alegadas por el registrador, para que puedan ser conocidas por tercero ajeno al expediente.

Ciertamente, la redacción del artículo 203 de la LH dista de ser clara al respecto. La expresión en «*en su caso*» que utiliza el primer párrafo de la regla 3.^a del artículo 203.1 parece inducir a pensar en el carácter potestativo de la anotación preventiva. Pero, puede entenderse que va dirigida al registrador, el cual ha de decidir también los supuestos de denegación de la expedición de la certificación y de la práctica de la anotación preventiva solicitada de los párrafos 3.º y 4.º de la regla 3.^a, que se producirá en dos supuestos:

1. Si el registrador no logra verificar la correspondencia entre la descripción del título y la certificación catastral, conforme al párrafo 3.º de la regla 3.^a del artículo 203.1, al disponer: «*En caso contrario, procederá el Registrador a extender nota de denegación de la anotación solicitada, motivando suficientemente las causas de dicha negativa, a la que deberá acompañar, en su caso, certificación literal de la finca o fincas coincidentes, comunicándolo inmediatamente al Notario, con el fin de que proceda al archivo de las actuaciones*». Es decir, si el registrador no logra verificar la ausencia de dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se solicita con otra u otras que hubiesen sido previamente inmatriculadas, denegará la anotación preventiva solicitada acompañando certificación de la finca o fincas coincidentes, sin que el expediente pueda continuar.

2. Si el registrador advierte la posible invasión de dominio público, conforme al párrafo 4.º, que dispone: «*del mismo modo, 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 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. 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 anotación solicitada, notificando su calificación al Notario para que proceda al archivo de las actuaciones, motivando suficientemente las causas de dicha negativa, junto con certificación o traslado de los datos procedentes de la información territorial utilizada y, en su caso, certificación literal de la finca o fincas que estime coincidentes*».

Fuera de estos dos casos, continúa disponiendo la regla 4.^a del artículo 203.1: «*el Registrador practicará la anotación solicitada y remitirá al No-*

tario, para unir al expediente, la certificación registral, acreditativa de la falta de inscripción de la finca y de coincidencia de la misma con otra u otras previamente inmatriculadas. La anotación, que solo se extenderá si del escrito inicial y sus documentos complementarios resultan todas las circunstancias exigidas, tendrá una vigencia de noventa días, pudiendo ser prorrogada a instancia del Notario o del promotor del expediente, hasta un máximo de ciento ochenta días de su fecha, si a juicio del Registrador existe causa que lo justifique». De ello, parece desprenderse que si la tramitación del expediente continua, la práctica de la anotación preventiva es necesaria, cuando haya dudas en la identidad de la finca, distintas de la falta de correspondencia o la no invasión de dominio público. Y cuando no haya dudas, la anotación preventiva solo se practicará cuando se solicite expresamente.

De la regla Quinta del artículo 203.1 vuelve a desprenderse el carácter de trámite esencial de la anotación, cuando dispone: «*Recibida la comunicación del Registro acreditativa de la extensión de la anotación, acompañada de la correspondiente certificación*». El inciso legal es terminante sobre el contenido de la comunicación registral integrada por la decisión de extender la anotación preventiva y expedir la certificación, por lo que parece que, en caso de continuar la tramitación del expediente, la expedición de la certificación debe ir acompañada de la extensión de la anotación preventiva de pretensión de inmatriculación o de rectificación de la descripción, superficie y linderos. Solo cuando el registrador no logre acreditar la correspondencia o la no invasión del dominio público, lo comunicará al notario acompañando certificación registral de las fincas en que base su decisión para que se archive el expediente y no expedirá la certificación ni practicará la anotación preventiva, pues ningún trámite más del expediente se va a desarrollar. Por lo que, si tiene cualquier otra duda distinta podrá practicar la anotación preventiva y si no hay ninguna duda sobre la exactitud de la nueva descripción propuesta, podrá continuar el expediente sin practicar la anotación preventiva, salvo que sea solicitada, para anticipar su oponibilidad.

La regla Sexta, en su párrafo 3.º, cuando se refiere a la calificación registral del acta notarial que contiene toda la tramitación del expediente, cuando no hay oposición de algún notificado, parece volverse a desprender el carácter potestativo de la práctica de la anotación preventiva, cuando dispone: «*En caso de calificación positiva por el Registrador, este procederá a extender la inscripción del derecho de dominio, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha del asiento de presentación inicial del acta remitida por el Notario a que se refiere el párrafo anterior. Si se hubiere tomado anotación preventiva de haberse incoado el procedimiento, se convertirá en inscripción definitiva*», siendo este otro de los argumentos de la Dirección General para defender el carácter potestativo de la anotación preventiva. Pero, la expresión «*si se hubiere tomado*» se refiere al supuesto en el que el registrador exprese dudas

en la identidad de la finca, no cuando no las tenga. En conclusión, cuando el registrador tiene dudas en la identidad de la finca y las expresa en la certificación inicial, entendemos que la práctica de la anotación preventiva es trámite esencial del expediente.

También de la regla 8.^a del artículo 203 extrae la doctrina mayoritaria y la Dirección General el carácter potestativo de la anotación preventiva, cuando dispone: en su párrafo 1.º «*Durante la vigencia del asiento de presentación, o de la anotación preventiva, no podrá iniciarse otro procedimiento de inmatriculación que afecte de forma total o parcial a la finca objeto del mismo*».

Sin embargo, esta afirmación del carácter potestativo de la anotación preventiva, parece quedar contradicho en el párrafo siguiente cuando dispone: «*Fuera de los supuestos de oposición, frente a la denegación de la anotación preventiva o la inmatriculación por parte del Registrador podrán los interesados interponer los recursos previstos en esta Ley para la calificación negativa; quedando siempre a salvo la facultad de los interesados para acudir al procedimiento correspondiente, en defensa de su derecho al inmueble*».

También parece desprenderse su carácter potestativo de la dicción literal del párrafo 2.º de la regla 3.^a del artículo 203.1, cuando en referencia a su duración y prórroga dispone: «*tendrá una vigencia de noventa días, pudiendo ser prorrogada a instancia del Notario o del promotor del expediente, hasta un máximo de ciento ochenta días de su fecha, si a juicio del Registrador existe causa que lo justifique*». Sin embargo, el precepto cuando se refiere a la práctica de la anotación utiliza una expresión imperativa, «*solo se extenderá*», cuando resulten todas las circunstancias exigidas del escrito inicial y de sus documentos complementarios, por lo que hay una actividad de calificación del registrador, que termina con una decisión de la que debe dejarse constancia en los folios de la finca, de lo que parece desprenderse que es decisión del registrador el practicarla o no. Sin embargo, su prórroga deberá ser solicitada por el notario o promotor del expediente, pero la concesión de la misma queda a juicio del registrador, si hay causa justificativa suficiente.

Este puede ser un argumento decisivo para concluir que estamos ante un asiento rogado y no practicable de oficio, pues si su prórroga depende de la voluntad del notario o promotor del expediente es porque su práctica también requiere de esa solicitud. Sin embargo, siendo para nosotros esta anotación preventiva una consecuencia del principio de oponibilidad registral gráfica, el hecho de que la prórroga pueda ser solicitada por el notario o promotor del expediente, cuando su tramitación se demore, pues ellos son quienes mejor conocen la tramitación del expediente, no elimina la posibilidad de que el registrador pueda practicarla de oficio, cuando alegue en la certificación dudas en la identidad de la finca, para asegurar la oponibilidad de esas dudas, al menos, durante la vigencia de la anotación preventiva.

Respecto al argumento analógico, invocando el carácter potestativo de la anotación preventiva del derogado artículo 274 del RH, cuando disponía que en el escrito inicial de solicitud del inicio del expediente judicial, «*el iniciador del expediente podrá solicitar en el mismo escrito que se libre mandamiento para la extensión de la anotación preventiva de haberse incoado el procedimiento*», no es convincente, pues la novedad del artículo 203.1, tras la Ley 13/2015, consiste precisamente en la desjudicialización del expediente, que ahora tiene la naturaleza de expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado por el notario y calificado, decidido y resuelto por el registrador, quien ha de tomar las decisiones adecuadas para la mejor culminación del expediente. Podemos invocar otras analogías que se adaptarían al supuesto de hecho del artículo 203.1 de la LH:

1. En toda actuación administrativa de reordenación de los terrenos, la Administración competente ha de solicitar expedición de certificación de dominio y cargas al registrador, que practicará de oficio nota marginal de dicha expedición, al margen de la última inscripción de dominio de cada una de las fincas afectadas.

2. En las actuaciones ejecutivas, ya sean administrativas y judiciales, la solicitud de expedición de certificación de dominio y cargas en el procedimiento siempre se hace constar por nota marginal, que el registrador practica de oficio.

3. En el seno del expediente del artículo 199 de la LH, cuando la tramitación del expediente exceda del término de vigencia del asiento de presentación, el registrador, para evitar su cancelación por caducidad, podrá practicar anotación preventiva del artículo 42.9 de la LH, por imposibilidad del registrador, según la letra d) de la regla 2.^a de la RDGRN Circular de 3 de noviembre de 2015, sobre interpretación y aplicación de algunos extremos regulados en la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, siendo esta situación análoga a la del artículo 203.1 de la LH.

4. En materia de obra nueva, cuando el registrador tiene dudas en la ubicación total de la superficie ocupada por la edificación sobre la finca en la que se asienta la obra nueva, puede de oficio tramitar un expediente del artículo 199 para disipar tales dudas, como ha declarado la RDGRN de 23 de abril de 2019. Por el mismo motivo, puede practicar la anotación preventiva de pretensión de rectificación de la descripción, superficie o linderos, cuando tenga dudas de identidad de la finca, fundamentadas, que hayan de subsanarse en la tramitación del expediente, pudiendo acordar de oficio su prórroga antes de vencer el plazo de duración, para evitar que caduque.

Así, a nuestro entender, la anotación preventiva no ha de solicitarse preceptivamente por el notario, pues no sabe si van a existir o no dudas en

la identidad de la finca, cuando solicite al Registro la expedición de la certificación inicial. Es el registrador a quien corresponde apreciarlo y será en ese momento cuando tendrá que decidir si practica o no la anotación preventiva, siendo esencial cuando haya dudas en la identidad de la finca, que deberá fundamentar y justificar con la certificación registral de las fincas afectadas, continuando la tramitación del expediente, dejando constancia registral de esa decisión, para que la tramitación del expediente sea oponible a tercero.

Así, existirá esa duda fundamentada cuando la georreferenciación aportada en el acta invada parcialmente una finca inscrita con anterioridad. El problema surge en sede de inmatriculación, donde la descripción ha de coincidir con la de la certificación catastral descriptiva y gráfica cuya georreferenciación invade la de una finca colindante con georreferenciación, seguramente alternativa, inscrita, a través de expediente en el que, precisamente el titular de la finca no inmatriculada, al tiempo de su tramitación, fue notificado y no compareció o no se opuso a la inscripción de la georreferenciación aportada en el mismo. En ese caso, el titular colindante goza de protección, por el principio de oponibilidad registral gráfica y tiene una prueba de valor jurídico superior a quien presenta una certificación catastral contradictoria. Con esa situación es imposible que la finca que se pretende inmatricular pueda acceder al Registro. De ahí la conveniencia de admitir la georreferenciación alternativa en la inmatriculación de fincas. Sin embargo, no fue esta la opción del legislador. Ello aboca a que el afectado por esta situación no pueda inmatricular su finca, sin la previa rectificación de la georreferenciación inscrita por iniciativa del titular de la finca, o sin la incoación del procedimiento registral contradictorio. Pero, nada impide al promotor del expediente solicitar en el acta inicial del expediente de inmatriculación del artículo 203, por el que pretenda inmatricular la finca con la descripción que resulte del Catastro, la tramitación coetánea de un expediente del artículo 199 de la LH, con consentimiento expreso del titular de la finca colindante cuya georreferenciación inscrita se invade, que acompaña, además, nueva georreferenciación de su finca, para subsanar la discordancia con acuerdo expreso de las partes.

Si la invasión parcial resulta de la consulta al archivo gráfico del Registro, teniendo la finca colindante parcialmente invadida una georreferenciación, con el valor auxiliar de calificación, no impide esta circunstancia la tramitación del expediente y la expedición de certificación, donde constarán estas dudas del registrador, para que puedan subsanarse en la tramitación del expediente. Y ello es así, porque al no tener la finca colindante una georreferenciación inscrita, sino una georreferenciación con valor auxiliar de calificación, o incluso no disponiendo de georreferenciación, no entra en juego el principio de oponibilidad registral gráfica. Las dudas del registrador constarán no solo en la certificación, como parte esencial del expediente,

sino también en la anotación preventiva, como manifestación del principio de oponibilidad registral gráfica, para que puedan ser conocidas por tercero, durante la pendencia de la tramitación del expediente, que es lo que refleja la anotación preventiva, siendo el reflejo tabular de la alerta geográfica que se publica en el geoportal de los registradores, a la que se refiere el inciso final de la regla 7.^a del artículo 203, cuando dispone: «*También se utilizará, a efectos meramente informativos, un servicio en línea, relacionado con la aplicación de representación gráfica a que se refiere el artículo 9, para crear alertas específicas sobre fincas que fueran afectadas por procedimientos de inmatriculación, deslinde o rectificación de cabida o linderos*».

Esta publicidad registral se completa con una publicidad extrarregistral, que debe realizar el registrador, conforme al inciso inicial de la regla 7.^a del artículo 203, cuando dispone: «*El Registrador ordenará la publicación de un edicto que refleje los datos de la finca o fincas que resulten del expediente, así como su titularidad y cargas. El edicto, notificando a todos los interesados y a las personas ignoradas a quienes pueda perjudicar el expediente, habrá de publicarse de forma gratuita en el “Boletín Oficial del Estado”*». Por tanto, el artículo prevé una triple publicidad del expediente: la registral de la anotación preventiva, la tecnológica de la alerta geográfica y la edictal en el BOE. Si la competencia para publicar la alerta geográfica y el edicto en el BOE corresponde al registrador, no parece muy lógico dejar al arbitrio del promotor del expediente o del notario la práctica de la anotación preventiva, so pretexto de una interpretación errónea del principio de rogación, que se entiende cumplido por la solicitud de inicio del expediente, por los importantes efectos que esa anotación preventiva está llamada a desempeñar.

c) El fundamento de la anotación preventiva

Esta interpretación evolutiva choca con el tenor literal del inciso final del primer párrafo de la regla 6.^a, cuando dispone que la calificación positiva del acta notarial con la tramitación del expediente determinará la inscripción del dominio con la consiguiente inmatriculación de la finca, o a la práctica de la rectificación de la descripción, retrotrayéndose sus efectos a la fecha del asiento de presentación y además, si se hubiera practicado anotación preventiva, se procederá a su conversión en inscripción. A nuestro juicio, la contradictoria redacción de las reglas 6.^a y 8.^a en lo que se refieren a la anotación preventiva surge de la confusión del legislador entre los principios de prioridad y oponibilidad registrales.

1. Desde el punto de vista del principio de prioridad, al que luego nos referimos, la anotación preventiva es intrascendente, pues es un trámite del

expediente que se relaciona con el principio de oponibilidad. Por ello, los efectos de la inscripción de dominio se retrotraen a la fecha del asiento de presentación, que tiene lugar antes de que el registrador decida la práctica o no práctica de la anotación preventiva. La regla 6.^a confunde ambos principios, pues la prioridad se determina por el asiento de presentación y la oponibilidad es la que determina la conversión de la anotación en inscripción, como consecuencia de haberse elevado el derecho eventual, amenazado por la tramitación del expediente, en definitivo. También los confunde en la regla 8.^a, pues no podrá iniciarse otro procedimiento de inmatriculación que afecte de forma total o parcial a la finca objeto del mismo, durante la pendencia del asiento de presentación, pues la práctica de la anotación preventiva tiene un alcance distinto del principio de prioridad. Trata de conseguir la publicidad tabular de la tramitación del expediente, para que sea oponible a tercero.

2. Desde el punto de vista del principio de oponibilidad y sentado que entendemos que en la regla Tercera, la expresión en su caso se dirige al registrador, que es quien ha de decidir si practica o no la anotación, hay un solo supuesto en el que el registrador podrá continuar la tramitación del expediente sin practicar la anotación preventiva, cuando se cumplan las circunstancias de la regla 3.^a, no concurra ninguna de las causas de denegación citadas y no tenga el registrador dudas en la identidad de la finca, que haya de expresar en la certificación. En este caso, no hay circunstancias que hagan necesaria la oponibilidad registral gráfica, pues la georreferenciación de la finca a inmatricular o cuya descripción haya de rectificarse es indubitada y no afecta a parte inscrita en el Registro, que determine la aplicación del principio de oponibilidad registral.

Pero, si el registrador alega dudas en la identidad de la finca, expresadas en la certificación, en ese caso, por aplicación del principio de oponibilidad registral, deberá practicar anotación preventiva para que esas dudas sean conocidas por los terceros o por los notificados en el expediente, a los efectos de poder efectuar las alegaciones correspondientes. Y subsanadas esas dudas en el expediente y calificada positivamente el acta por el registrador, el efecto será, por aplicación de ese principio de oponibilidad registral, la conversión de la anotación en inscripción, aunque sus efectos se continuarán retro trayendo a la fecha del asiento de presentación, por aplicación del principio de prioridad. Y ello parece que debe ser así por las dificultades y condicionantes que tiene el registrador a la hora de emitir la certificación relativa a la previa inmatriculación o no de una finca, como ha dicho la RDGSJFP de 5 de febrero de 2021, en el segundo párrafo de su FD 5.º, cuando declara: *«Téngase en cuenta que cuando se solicita publicidad formal del contenido de los índices registrales, el registrador solo puede expedirla por*

lo que resulte de tales índices, y lógicamente con las limitaciones inherentes a la calidad y fiabilidad de tales índices y a la precisión de la información recogida en ellos, circunstancias todas ellas que obedecen a condicionantes históricos y tecnológicos que en su mayor parte escapan a la responsabilidad del registrador actualmente titular del Registro. En efecto, cuando se hacen búsquedas alfanuméricas en los índices informáticos del registro, solo se localizan, si los hay, y siempre en función de la metodología empleada en la introducción de datos en los índices y en las búsquedas, aquellos datos que sean literal y alfanuméricamente coincidentes con los buscados, tales como el nombre de un titular o de una calle o un paraje. Y cuando se hacen búsquedas gráficas en la aplicación gráfica auxiliar homologada prevista en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, solo se localizan, si los hay, datos gráficos coincidentes, pudiéndose analizar sus relaciones geométricas y topológicas. Pero dado que históricamente las fincas registrales se han inmatriculado en su inmensa mayoría sin datos gráficos, o con datos gráficos que no constaban debidamente georreferenciados, o que estándolo no fueron todavía incorporados a la moderna aplicación gráfica registral homologada por ser anteriores a ella, es humanamente y técnicamente imposible emitir nota simple o certificación registral concluyente que pudiera afirmar, sin ningún género de duda ni posibilidad de error, que el recinto geográfico que al que pretende referirse con más o menos acierto o precisión una mera descripción alfanumérica y literaria no se corresponda ni siquiera en parte con ninguno de los recintos geográficos a los que pretendieron referirse ninguna de los miles de descripciones alfanuméricas y meramente literarias con que se han venido inmatriculando las fincas durante décadas. Por todo ello, lo aconsejable cuando se intenta averiguar si una determinada porción de la superficie terrestre está, en todo o en parte, ya inmatriculada en el registro de la propiedad, es facilitar al registrador todos los datos de que disponga el interesado, y entre ellos como imprescindible el de la correspondiente georreferenciación, para que el registrador pueda hacer las búsquedas más completas posibles en los índices y aplicaciones informáticas disponibles, certificando del resultado de cada búsqueda y de la metodología empleada, y de las limitaciones concurrentes»¹⁵.

2. LAS REPERCUSIONES GEOGRÁFICAS DEL PRINCIPIO DE PRIORIDAD

A) Su delimitación con el principio de oponibilidad registral gráfica

Como decíamos al principio del artículo, los principios de oponibilidad registral y de prioridad registral juegan en planos distintos. Ello también ocurre en la vertiente geográfica de los mismos. La oponibilidad registral gráfica supone que la georreferenciación inscrita perjudica a ter-

cero, por aplicación del artículo 32 de la LH. Existe un conflicto entre una georreferenciación inscrita con otra que no lo está y que perjudica a esta. La oponibilidad registral determina que para acceder la segunda georreferenciación se requiere consentimiento del titular de la finca con georreferenciación inscrita, o sentencia que lo ordene, con la rectificación de su georreferenciación, en juicio en el que este titular registral haya sido parte.

La prioridad registral, por el contrario, determina la preferencia entre dos georreferenciaciones aparentemente contradictorias, que pretenden acceder al Registro, en un mismo periodo de tiempo, cuya preferencia viene determinada por el asiento de presentación del título y su reflejo en la alerta geográfica a que se refiere el artículo 203 y la RDGRN Circular de 3 de noviembre de 2015.

El principio de prioridad registral puede actuar como prioridad excluyente o como simple mejor rango, según los actos que pretenden acceder a Registro, durante la vigencia del asiento de presentación, sean incompatibles, en cuyo caso el primeramente presentado excluye al presentado después, o sean compatibles entre sí, en cuyo caso, se despachará primero el que se presentó antes, que ostentará mejor rango respecto al presentado después. Sin embargo, en la vertiente geográfica del principio de prioridad registral, que podemos denominar prioridad registral gráfica, nos situamos siempre en la prioridad excluyente y no en la prioridad preferencia de rango, pues en la vertiente gráfica no puede haber situaciones de compatibilidad de rango entre dos georreferenciaciones contradictorias¹⁶.

B) Su proclamación en la Ley Hipotecaria

Según la doctrina mayoritaria, el principio de prioridad registral se regula o reconoce en el artículo 17 de la LH, cuando dispone: «*Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real. Si solo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento*». Para PAU PEDRÓN, el precepto se refiere al principio de prioridad solamente en su párrafo 2.º, siendo el primero el reconocimiento del principio de oponibilidad registral, que luego se completa respecto a las relaciones con el tercero por lo dispuesto en el artículo 32 de la LH.

El segundo párrafo se relaciona con el artículo 24 de la LH, que dispone: «*Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que esta deba producir, la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma*» y con el artículo 25 de la misma, cuando dispone: «*Para determinar la preferencia entre dos o más inscripciones de igual fecha, relativas a una misma finca, se atenderá a la hora de la presentación en el Registro de los títulos respectivos*».

Desde un punto de vista geográfico, la Ley 13/2015 no modifica los artículos 17, 24 o 25 de la LH, pero si parece reconocer implícitamente una vertiente geográfica del principio de prioridad, que podríamos denominar prioridad registral gráfica, en la regla 8.^a del artículo 203 de la LH, en sede del expediente de dominio para la inmatriculación de fincas, también aplicable a la rectificación de la descripción, por la remisión del artículo 201.1 de la misma, cuando dispone: «*Durante la vigencia del asiento de presentación, o de la anotación preventiva, no podrá iniciarse otro procedimiento de inmatriculación que afecte de forma total o parcial a la finca objeto del mismo*».

De igual modo que opina PAU PEDRÓN, respecto del artículo 17, entendemos que esta regla 8.^a del artículo 203 se refiere en el primer inciso, «*Durante la vigencia del asiento de presentación*» al principio de prioridad y en el segundo, «*o de la anotación preventiva*», al principio de oponibilidad registral, pues las posibles dudas del registrador sobre la identidad de la finca pueden oponerse a todo tercero que pretenda entablar relación jurídica de trascendencia real sobre la finca, durante la tramitación del expediente.

C) *La formulación doctrinal de la vertiente geográfica del principio*

En la vertiente geográfica del principio de prioridad registral, nos situamos en el ámbito de jerarquía o exclusión, pues presentado un título que incorpora una georreferenciación que completa la descripción de la finca, esta tiene preferencia excluyente sobre cualquier otra georreferenciación incorporada a un título presentado después, contradictoria o incompatible por solapar con la primeramente presentada. Así si la georreferenciación incorporada al título presentado primero se califica negativamente, por no cumplirse los requisitos del artículo 9 de la LH, el registrador prorroga el asiento de presentación, durante el cual no podrá tramitarse el expediente referido a esa georreferenciación incorporada en el título presentado después. Caducado el anterior asiento de presentación, podrá tramitarse el expediente solicitado posteriormente, teniendo en cuenta que la oposición de cada colindante no es impedimento para la incorporación de la georrefe-

renciación anterior, o la posterior, pues ha de ser valorada por el registrador, en el expediente del artículo 199, no así en el del artículo 201.1, donde se obliga al notario a dar por concluido el expediente.

Es decir, como en el ámbito de la oponibilidad registral gráfica, el ámbito de aplicación propio de la prioridad registral gráfica parte de la existencia de una discordancia con la realidad física, que se pone de manifiesto en el momento de presentar la georreferenciación en el Registro. Pero, a diferencia del principio de oponibilidad registral gráfica, que parte de una georreferenciación inscrita, en el de prioridad registral gráfica, no hay contenido georreferenciado previamente inscrito, sino tan solo presentado.

Por ello, la aplicación informática del artículo 9 no permite la existencia de solapamientos o superposiciones poligonales del área de diferentes bases gráficas registrales. Si la georreferenciación perjudicada por la nueva georreferenciación presentada está inscrita, juega el principio de oponibilidad registral gráfica, pues lo inscrito antes perjudica al tercero civil, que no es parte en la relación jurídica que causó la inscripción. Si la otra georreferenciación que solapa con la ahora presentada no está inscrita, pero sí presentada, juega el principio de prioridad registral gráfica, que determina la preferencia de la primeramente presentada, mientras dure la tramitación del expediente para incorporar la georreferenciación que, si llega a inscribirse, determinará el juego del principio de oponibilidad registral gráfica¹⁷.

Desde esta perspectiva, podemos definir el principio de prioridad registral gráfica como aquel que concede preferencia a la georreferenciación de una finca incorporada a un título presentado antes, respecto de otra, incorporada a un título presentado después, que se le opone o es incompatible, por existir una intersección en las coordenadas de georreferenciación de sus respectivos linderos, sin que ninguna haya accedido todavía al Registro.

En la aplicación informática homologada del artículo 9 de la LH y en el Geoportal del Colegio de Registradores se pueden visualizar las georreferenciaciones inscritas, de las que se puede solicitar publicidad registral. La intersección de líneas representativas de linderos georreferenciados queda proscrita, pues supondría una quiebra del principio de oponibilidad registral gráfica. Solo cabe inscribir la georreferenciación de la finca que permita su identificación y su perfecta distinción de las colindantes. Pero, en la capa auxiliar de calificación, es decir, en la capa de fincas del Distrito Hipotecario, identificadas geográficamente por el registrador, que no es susceptible de publicidad registral, si debe permitirse la intersección de líneas representativas de linderos georreferenciados de fincas cuya georreferenciación no está aún inscrita, a efectos de su calificación registral.

Como en el principio de prioridad registral literario, en la vertiente gráfica la fecha que determina la preferencia es la del asiento de presen-

tación del título que incorpora la georreferenciación cuya incorporación se pretende, ya mediante procedimiento registral ordinario, por no existir discordancia con la realidad física, o como operación registral específica, mediante expediente del título VI de la Ley Hipotecaria.

Ningún efecto otorgará con relación al principio de prioridad registral gráfica, la posible validación gráfica de la georreferenciación, producida antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2015, al amparo de la anterior redacción del artículo 9.1 último párrafo, a las cuales la nueva redacción del artículo les concede un valor auxiliar de calificación, pero sin la producción de efectos, por no existir una regulación detallada del modo en que la georreferenciación debía incorporarse al Registro de la Propiedad¹⁸. Así resulta de la regla 4.^a de la Resolución Circular de la DGRN de 3 de noviembre de 2015, cuando declara: «*Los registradores no expedirán publicidad formal de los recintos geográficos que consten en dichas aplicaciones previas en virtud de simples validaciones o identificaciones geográficas de oficio, sin perjuicio de su valor auxiliar en la calificación registral o en la emisión de dictámenes cuando se soliciten*».

La fecha de la validación gráfica del registrador, que se hacía constar por nota al margen del asiento en el régimen anterior a la Ley 13/2015, no tiene hoy ninguna importancia a efectos de prioridad registral gráfica. Lo determinante de la prioridad registral gráfica, que determina la preferencia de la georreferenciación al determinar el orden del despacho de los asientos por el registrador, es el momento en el que se practica el asiento de presentación del título con la georreferenciación incorporada. Ello se completa con la alerta geográfica a la que se refiere el artículo 203 de la LH, pues la georreferenciación incorporada se publica automáticamente en el geoportal del Colegio de Registradores, para advertir a todo el mundo que, respecto de esa geometría, se ha solicitado su vinculación a una finca con un Código registral Único determinado y que se incorpore al asiento correspondiente, en caso de calificación positiva. Con ello, viene a coincidir el principio de prioridad registral tradicional con el principio de prioridad registral gráfica, a diferencia de lo que ocurría en el sistema anterior, donde la fecha de validación registral gráfica podía ser diferente a la de la inscripción que recogía la descripción literaria de la finca, cuya traducción gráfica llevaba a cabo el registrador, mediante su validación. Ahora, la georreferenciación ha de ser aportada en el título, que se presenta y recibe un asiento de presentación y es calificada por el registrador, que decidirá si la incorpora o no, retro trayéndose los efectos de la incorporación de la georreferenciación, en caso de calificación positiva, a la fecha del asiento de presentación, como en un asiento en el que no se incorpore una circunstancia electrónica, cuál es la georreferenciación de la finca.

D) Efecto común a oponibilidad y prioridad registral gráfica: el cierre registral

Los principios de oponibilidad y prioridad, como dijimos anteriormente, son principios hipotecarios consecuencia del valor jurídico sustantivo de la publicidad registral.

Estos se diferencian por la situación de conflicto que contemplan, pues mientras en la oponibilidad hay una disensión entre el contenido inscrito y el no inscrito, en la prioridad hay una disensión entre dos contenidos extrarregistrales que pretenden acceder al Registro, siendo coetáneos sus asientos de presentación, uno anterior y otro posterior.

Sin embargo, es común el efecto que producen, como consecuencia, precisamente, del valor jurídico sustantivo de la publicidad registral, pues en ambos casos se cierra el Registro. Pero, la manera en la que se produce ese cierre registral es distinta en uno y en otro caso y se regula en dos lugares distintos, ninguno de los cuales tiene, a nuestro juicio, la ubicación sistemática correcta, defecto que es general en toda la regulación modificada por la Ley 13/2015.

a) El cierre registral derivado de la oponibilidad registral gráfica

En la oponibilidad, el conflicto se produce entre el derecho inscrito y no inscrito. Pero en la vertiente geográfica puede producirse entre una georreferenciación inscrita con otra que no lo está, estando inscritos ambos derechos, cualquiera que sea la fecha de su inscripción. La protección registral se otorga una vez inscrita la georreferenciación que completa la descripción de la finca, momento en el cual será oponible a todos los demás.

Así se desprende del artículo 9 b) párrafo 7.º, cuando culminada toda la fase de calificación registral gráfica del procedimiento registral, el registrador decide inscribir la georreferenciación, ordena que su superficie sea la resultante de dicha georreferenciación, pudiendo rectificarse, de oficio, la que constaba en la inscripción anterior y la notificación de esa rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado, o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación. Por tanto, la inscripción de la georreferenciación produce la oponibilidad de la geometría de la finca y su superficie, tanto frente a titulares de derechos inscritos sobre la finca, como a titulares de derechos inscritos sobre las fincas colindantes, por la remisión que se realiza al artículo 199 de la LH.

Por tanto, el cierre registral a toda georreferenciación contradictoria con la inscrita es definitivo. La georreferenciación oponible a todo tercero y a los titulares de derechos inscritos y de fincas colindantes cuya georre-

ferenciación no está inscrita, será visualizable en el geoportal registral del Colegio de Registradores y el contenido oponible podrá conocerse a través de la petición de la correspondiente información registral gráfica de la finca, donde constará la descripción de la finca oponible, con su geometría que la completa, siendo oponible con el escenario de configuración y metadatos con los que la haya configurado el registrador. Cualquier modificación posterior de esa georreferenciación requiere consentimiento del titular registral, o resolución judicial en procedimiento en el que haya sido parte, salvo que la modificación sea meramente técnica; es decir, que no altere la realidad física de la finca que ya estaba inscrita.

Así, como ha declarado la RDGSJFP de 11 de febrero de 2020, en su fundamento de derecho 2.º y con cita de las RDGRN de 27 septiembre de 2019: *«aun constando ya inscrita una segregación conforme a una licencia o autorización administrativa concedida, no puede negarse la posibilidad de rectificar con posterioridad la descripción de las fincas resultantes, sin necesidad de nueva licencia o autorización, siempre y cuando se cumplan los requisitos y procedimientos contemplados para ello en la Ley Hipotecaria y, ante todo, siempre que las rectificaciones pretendidas no impliquen una nueva reordenación de terrenos diferente a la resultante de la modificación hipotecaria para la que se concedió la licencia. Asimismo, en la Resolución de 7 de junio de 2019 se afirmó que «de la redacción de los artículos 9 y 10 de la Ley Hipotecaria no puede deducirse (...) que una vez inscrita una representación gráfica la misma devenga en inalterable. La posibilidad de rectificar una representación gráfica inscrita resulta de las normas generales de la Ley Hipotecaria sobre rectificación de asientos (cfr. art. 40.d LH) y quedará sometida a las disposiciones sobre inscripción de la nueva representación gráfica (arts. 9.b y 199 LH). Por tanto, si bien en principio es posible la rectificación de una representación gráfica inscrita, la inscripción de la nueva representación debe someterse a las normas y procedimientos generales para su inscripción y, en lo que ahora nos interesa, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca».*

Y entre los elementos que pueden determinar las dudas del registrador en la identidad de la finca está la coincidencia parcial de la georreferenciación que se pretende inscribir con otra previamente inscrita de otra finca registral, aplicando el artículo 9 b) párrafo 5.º. La modificación de la georreferenciación inscrita requiere el consentimiento de su titular registral, a quien protege el precepto por el hecho de haber inscrito su georreferenciación. Así parece entenderlo también la Resolución citada, cuando declara en el párrafo 4.º de su FD 2.º: *«Por tanto, como ha reiterado este Centro Directivo, 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 tras-*

lativo 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)». A nuestro entender, en este párrafo está reconociendo la Dirección General la repercusión geográfica del principio de oponibilidad, u oponibilidad registral gráfica, pues la alteración de una base gráfica registral requiere consentimiento de su titular registral o resolución judicial y no compareciendo en el título referido a una finca colindante, el titular de la finca cuya georreferenciación ahora se pretende inscribir tiene la consideración de tercero civil frente al titular de la finca que ya tiene base gráfica registral. La consecuencia de esa oponibilidad registral gráfica es la duda en la identidad de la finca, en la que ha de fundamentar su calificación negativa.

Confirma el carácter definitivo del cierre registral derivado de la oponibilidad registral gráfica la doctrina de la RDGRN de 10 de abril de 2019, de la que se desprende que la notificación de la inscripción de una georreferenciación por el registrador a los titulares de derechos inscritos o a los titulares de fincas colindantes, conforme al artículo 9 b) párrafo 7.º no provoca la iniciación de un nuevo trámite registral que permita al notificado cuestionar la inscripción practicada. Si el notificado no está conforme con la inscripción ya practicada deberá instar el correspondiente procedimiento judicial frente al titular del asiento cuya nulidad se alega, lo que se produce precisamente como aplicación del principio de oponibilidad registral gráfica.

b) El cierre registral derivado de la prioridad registral gráfica

A diferencia del cierre registral derivado de la oponibilidad registral gráfica, el derivado de la prioridad es temporal, pues solo se impide la tramitación de otro expediente con idéntico objeto, durante la vigencia del asiento de presentación del título presentado que incorpora una georreferenciación incompatible con la incorporada en el título presentado después, o durante la vigencia de la anotación preventiva, mientras se resuelven las dudas alegadas por el registrador en la certificación registral inicial, como se desprende del artículo 203.1 8.ª de la LH, que no es sino consecuencia general del principio de prioridad.

Así, como ha declarado el FD 2.º de la DGRN de 19 de julio de 2018: *«Debe partirse de la doctrina de este Centro Directivo sobre la aplicación del principio de prioridad consagrado en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria cuando se encuentra pendiente de despacho un título presentado anteriormente. La Resolución de 4 de julio de 2013 considera que en tal caso ni siquiera hubiera tenido obligación el registrador de calificarla mientras no hubiese despachado el documento anteriormente presentado y cuyo asiento de presentación se encontraba vigente. En este sentido el artículo 18 de la Ley Hipotecaria dispone que,*

si existiera pendiente de inscripción un título presentado con anterioridad, el plazo de quince días para calificar se computará desde la fecha de la inscripción del título previo y que, en estos casos, la vigencia del asiento de presentación se entenderá prorrogada hasta la terminación del plazo de inscripción. Como ya precisaron las Resoluciones de 23 de octubre de 1998, 5 de abril de 1999, 23 de octubre y 13 de noviembre de 2001, dado el alcance del principio de prioridad, básico en un sistema registral de fincas (cfr. arts. 17, 24, 32 y 248 LH), la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte del mismo y de la situación tabular existente en el momento de su presentación en el Registro (cfr. arts. 24 y 25), sin que puedan obstaculizar su inscripción otros títulos, aunque sean incompatibles, presentados con posterioridad. Por tanto, confiriendo dicho principio preferencia al título primeramente ingresado al Registro sobre los posteriores, tal preferencia exige lógicamente, en principio, que los registradores despachen los documentos referentes a una misma finca por riguroso orden cronológico de su presentación en el Diario, salvo que sean compatibles entre sí».

En el supuesto de la resolución, la Dirección General revocó la nota pues no existía incompatibilidad entre los títulos presentados, sino que el presentado posteriormente de agrupación era requisito necesario para que pudiera inscribirse el anterior de inmatriculación, pues «*la escritura de agrupación ahora calificada es un título que necesariamente debe calificarse e inscribirse conjuntamente con el título previo, para lograr la inmatriculación pretendida*», pues con la agrupación se lograba el requisito de coincidencia de la descripción del título inmatriculador con la de la certificación catastral descriptiva y gráfica.

En ese periodo temporal, en el que está vigente el asiento de presentación, la georreferenciación presentada podrá visualizarse en el geoportal del Colegio de Registradores, en el sistema de alertas geográficas al que se refiere el artículo 203.1 7.ª, en su segundo inciso, cuando dispone: «*También se utilizará, a efectos meramente informativos, un servicio en línea, relacionado con la aplicación de representación gráfica a que se refiere el artículo 9, para crear alertas específicas sobre fincas que fueran afectadas por procedimientos de inmatriculación, deslinde o rectificación de cabida o linderos*». Así, la alerta registral se tematiza en color distinto del utilizado para la base gráfica registral. Mientras esa alerta no se convierta en base gráfica registral, culminado el expediente, pasando al color temático de la base gráfica registral, o se cancele la misma, por falta de éxito en la culminación del expediente, de igual modo que mientras la anotación preventiva no se convierta en inscripción o se cancele, no podrá tramitarse otro expediente con idéntico objeto.

Pero, inscrita la georreferenciación, ya no juega el principio de prioridad registral gráfica, sino el de oponibilidad registral gráfica.

Si no se inscribe la georreferenciación primeramente presentada, por no culminarse con éxito el expediente, o calificarse negativamente por el registrador la subsanación de las dudas, podrá tramitarse el siguiente expediente con idéntico objeto, que podrá culminar si consiente la inscripción de la georreferenciación el promotor del anterior expediente, que ahora tiene la condición de notificado y puede hacer alegaciones. Si no consiente, quedará expedita la vía judicial correspondiente, en la que los dos tendrán la misma consideración, al no jugar la prioridad registral gráfica ni existir oponibilidad registral gráfica, por lo que ambas partes habrán de probar la realidad física de su respectiva finca.

CONCLUSIONES

I. Tras la Ley 13/2015, los principios consecuencia de la inscripción denominados oponibilidad y prioridad registral, configurados como principios distintos, adquieren una repercusión geográfica, referidos, el primero a la georreferenciación inscrita, que completa la descripción de la finca, como parte integrante del derecho inscrito y como consecuencia de la fuerza de los pronunciamientos registrales y el segundo a la fecha del asiento de presentación del título primeramente presentado respecto al presentado después, siendo opuestas o incompatibles las georreferenciaciones que incorporan, ninguna de las cuales está inscrita.

II. Ambos principios resuelven una colisión, de origen distinto.

Por el principio de oponibilidad registral gráfica, la georreferenciación inscrita es oponible a los titulares de fincas colindantes cuya georreferenciación es contradictoria con la inscrita y a todo tercero, por aplicación del artículo 32 de la LH, aunque no se haga una declaración expresa en la Ley. No es oponible la georreferenciación incorporada al título, sea catastral o alternativa, sino la georreferenciación que se incorpora al asiento.

Por el principio de prioridad registral gráfica, la georreferenciación presentada antes en el tiempo se prefiere frente a otra presentada después que no sea coherente con la primera, sin que exista contenido gráfico previo en el Registro de la Propiedad, respecto de ninguna de las fincas implicadas, estableciendo el orden del despacho de los documentos, por aplicación del artículo 17.2 de la LH y 248 de la LH.

III. La repercusión geográfica de estos principios no deriva de la declaración expresa de la Ley, sino que se induce de la aplicación de los principios generales que inspiran el sistema registral español y de ciertos párrafos de determinados artículos cuya redacción ha modificado la Ley 13/2015, de los que se desprende, con evidente falta de sistemática, latente en toda la

citada Ley, de los que se deduce que el legislador reconoce implícitamente la existencia de la repercusión geográfica de estos principios.

IV. Las dudas registrales en la identidad de la finca se producen en el seno del principio de oponibilidad registral gráfica, cuando la georreferenciación presentada invade otra finca registral, cuya georreferenciación está inscrita, en cuyo caso, su titular ha de consentir expresamente la rectificación. Si no está inscrita, basta su mera notificación sin oposición, para que pueda inscribirse la rectificación, si el registrador estima subsanadas las dudas, reforzando la oponibilidad del expediente la práctica de la anotación preventiva de anotación de pretensión de rectificación de la descripción, superficie y linderos.

V. La anotación preventiva por pretensión de rectificación de la descripción es una consecuencia del principio de oponibilidad registral gráfica, siendo un trámite esencial del expediente, cuando el registrador en la calificación inicial para expedir la certificación determina que hay dudas en la identidad de la finca, que han de subsanarse en la tramitación del expediente. Si no hay dudas en la identidad de la finca, por parte del registrador, no se requiere dicha anotación preventiva, pudiendo continuar el expediente, incluso sin anotación preventiva, que en ese caso podrá ser solicitada. Si el registrador no puede determinar la correspondencia entre la descripción de la finca y la georreferenciación incorporada, o pueda existir invasión del dominio público, incluso no inscrito, denegará la expedición de la certificación y la práctica de la anotación preventiva.

VI. La prioridad registral gráfica viene determinada por la fecha del asiento de presentación y no por la fecha de validación de la georreferenciación con valor auxiliar de calificación, por parte del registrador, resolviendo la colisión entre dos georreferenciaciones contradictorias, cuyos asientos de presentación están vigentes, debiendo despacharse primero la presentada antes, durante la cual, no podrá tramitarse otro expediente que pretenda rectificar la descripción. La anotación preventiva por imposibilidad técnica del registrador del artículo 42.9 de la LH, es la consecuencia del principio de prioridad registral, producido tras el asiento de presentación del título, para garantizar la vigencia del, expediente del artículo 199, según se desprende del número 2 de la Resolución Circular de 3 de noviembre de 2015.

VII. El cierre registral juega de modo distinto en el principio de oponibilidad registral gráfica y en el de prioridad registral gráfica, siendo definitivo en el primer caso y temporal en el segundo.

ABREVIATURAS

- Art.: Artículo
- DG: Dirección General

- DGRN; Dirección General de los Registros y del Notariado.
- DSJFP: Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.
- FD: Fundamento de Derecho.
- LH: Ley Hipotecaria.
- LPAP: Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- RH: Reglamento Hipotecario.
- RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- RDGSJFP: Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.
- TRLCI: Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

- RDGRN de 6 de septiembre de 1968.
- RDGRN de 6 de abril de 2000.
- RDGRN de 3 de agosto de 2011.
- RDGRN de 9 de abril de 2014.
- RDGRN de 1 de diciembre de 2014.
- RCDGRN de 3 de noviembre de 2015.
- RDGRN de 27 de junio de 2016.
- RDGRN de 17 de julio de 2017.
- RDGRN de 21 de noviembre de 2017.
- RDGRN de 15 de enero de 2018.
- RDGRN de 19 de julio de 2018.
- RDGRN de 10 de abril de 2019.
- RDGRN de 23 de abril de 2019.
- RDGRN de 5 de noviembre de 2019.
- RDGRN de 4 de diciembre de 2019.
- RDGSJFP de 11 de febrero de 2020.
- RDGSJFP de 16 de julio de 2020.
- RDGSJFP de 24 de septiembre de 2020.
- RDGSJFP de 26 de noviembre de 2020.
- RDGSJFP de 5 de febrero de 2021.

BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS GUARDIOLA, M. y CHICO ORTIZ, J.M. (1990). Artículo 605 del Código civil, *Comentario al Código civil y compilaciones forales*, tomo VII, -2.º, 2.ª edición, Madrid, Edersa, 304.
- ARRIETA SEVILLA, L.J. (2018). La finca registral como objeto del Registro de la Propiedad (Capítulo 1) en *Estudios sobre la representación gráfica de fincas registrales* (VVAA), Navarra, Aranzadi.
- CHICO ORTIZ, F. y BONILLA ENCINA, J.F. (1967). *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid: Marcial Pons, 340.
- DE LA RICA Y ARENAL, R. (1958). El principio de prioridad y las inscripciones retrasadas, *RCDI* núm. 366-367, 762-797.
- DELGADO RAMOS J. (2020). La Ley 13/2015 y los principios generales del sistema registral español. ¿Los respeta o los incumple, www.regispro.es, j-delgado-la-ley-13-2015-y-los-principios-generales-del-sistema-registral-espanol-los-respeta-los-incumple-la-aplicacion-del-principio-de-fe-publica-registral-a-la-inscripcion-de-la-georref/#los-principios-generales-lt-gt-la-ley-13-2015.
- (2021). Comentario a la RDGSJFP de 5 de febrero de 2021, <https://www.regispro.es/r-5-2021-la-DG-reconoce-y-destaca-las-dificultades-y-condicionantes-para-emttr-publicidad-formal-acerca-de-si-una-finca-consta-o-no-previamente-inmatriculada/>.
- FANDOS PONS, P. (2016). *Los efectos jurídicos de la delimitación de las fincas registrales: la base gráfica registral*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- GALLARDO CAÑAS, A. (2004). El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral. *Anuario de Derecho Civil*, núm. LVII, 382-547.
- GARCÍA GARCÍA, J.M. (1988). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Madrid: Civitas, 541.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (2017). La delimitación de los inmuebles como objeto de los derechos inscritos en el Registro de la Propiedad, tras la Ley 13/2015 de 24 de junio. *Anuario Jurídico Villanueva* núm. 11333-356.
- JÉREZ DELGADO, C. (2016). El sistema inmobiliario registral a la luz de la Ley 13/2015, de 24 de junio ¿nuevos principios hipotecarios?, *Revista de Derecho Civil*, volumen III, número 1, enero-marzo, 1-23.
- JIMÉNEZ CLAR, A. (2018). La incorporación de la representación gráfica del inmueble al Catastro y al Registro de la Propiedad (Capítulo 4) en *Estudios sobre la representación gráfica de fincas registrales*, Navarra, Aranzadi.
- PAU PEDRÓN, A. (2004). *La prioridad registral: un nuevo enfoque*, Madrid, Colegio de Registradores.
- ROCA SASTRE, R.M. y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. (2008). *Derecho Hipotecario*, Barcelona: Bosch.
- SABORIDO SÁNCHEZ, P. (2017). La protección del usuario registral a través de la reforma de los principios registrales, *Revista de Derecho Privado*, Volumen 4 núm. 4, octubre-diciembre 2017, Estudios 87-122.
- SALMERÓN MANZANO, E.M. (2016). *Efectos jurídicos de la identificación gráfica registral*, La Ley, Wolters Kluwer.

- SÁNCHEZ JORDÁN M.E. (2018). *Estudios sobre la representación gráfica de fincas registrales* (VVAA), Madrid, Aranzadi.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M.E. (2018). Nuevas tendencias en materia de administración del territorio. En particular, de la necesidad de reingeniería del registro de la propiedad, *Revista de Derecho Civil*, volumen V núm. 2, abril-junio de 2018, Estudios, 57-59.
- SANZ FERNÁNDEZ, A. (1953). *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Reus, Madrid, t. II, 47.
- VÁZQUEZ ASENJO, O.G. (2010). *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, Barcelona Bosch, 241.

NOTAS

¹ Según GARCÍA GARCÍA, el problema se centra en determinar «si el tercero del artículo 32 al que, según hemos visto, no puede perjudicar el título no inscrito, tiene autonomía respecto al tercero de la fe pública registral del artículo 34. Aquellos autores que consideran los artículos 32 y 34 como manifestaciones del mismo principio, niegan la existencia del principio de inoponibilidad, pues consideran que tanto uno como otro precepto responden al principio de fe pública registral, es decir, al tercero que tiene los cuatro requisitos que establece el artículo 34. Este problema tiene dividida a la doctrina hipotecarista española. Por nuestra parte, anticipamos que somos partidarios de dar autonomía al principio de inoponibilidad, pues entendemos que no se trata solo de que el tercero del artículo 32 tenga o no distintos requisitos de protección que el tercero del artículo 34, sino que se trata de preceptos que responden a distinto fundamento y a diferentes ideas motrices (...). Desde nuestra perspectiva, el principio de inoponibilidad tiene parentesco con el principio de inscripción, en su modalidad de inscripción conformadora, configuradora o cuasiconstitutiva de plena eficacia del derecho real, pero examinado desde el punto de vista del tercero hipotecario. Por eso, aquellos sistemas que establecen como regla general la inscripción constitutiva (alemán, suizo, austriaco), no necesitan del principio de inoponibilidad. En cambio, los sistemas que no siguen como regla la inscripción constitutiva (francés, italiano, español) necesitan del principio de inoponibilidad para explicar la eficacia de la inscripción en el caso de colisión entre un título inscrito frente a otro no inscrito».

² Como dice GALLARDO CAÑAS, «*el principio registral de inoponibilidad expresa el genuino efecto protector de la publicidad en los sistemas registrales latinos, y, formando bloque con el de prioridad, se traduce en la preferencia del derecho —aunque posterior— inscrito sobre el anterior que se dejó de inscribir*».

³ Como dicen CHICO ORTIZ y BONILLA, «Su esencia reside en la ordenación del rango o preferencia de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad y conforme con el dato cronológico de la fecha de ingreso de los mismos en el Registro».

⁴ Según SANZ FERNÁNDEZ, el principio de prioridad registral consiste en «*la ordenación del rango o preferencia de los derechos reales inscritos a través del Registro de la Propiedad y conforme a la fecha de la inscripción principio de prioridad registral*».

⁵ Según DE LA RICA Y ARENAL, es «*un principio básico, pudiéramos decir clave, tan importante, tan trascendental, que se eligió justamente como lema de toda la institución*», que informa toda la Ley Hipotecaria «*la ambiente, la rige en todo momento, y su vigor fortificante sirve para mantener en pie todo el sistema registral*». Y le atribuye las siguientes funciones: « *fija el rango de los derechos inscritos o anotados, concede defensas especiales y ha de ser tenido muy en cuenta siempre que se trate de resolver colisiones jurídicas dentro del campo registral*».

⁶ Según ROCA SASTRE son: 1. La inscripción de la adquisición derivada de testamento anterior que no hubiese sido revocado por otro posterior, o solo hubiese sido revocado en parte y las adquisiciones derivadas de una declaración de heredero que se hubiese inscrito, basadas en el error derivado de la certificación negativa del Registro de Actos de Última Voluntad, existiendo testamento de fecha anterior, naturalmente, a la declaración de herederos. Esta inscripción podrá hacerse a pesar de que constaran inscritos derechos derivados de testamento posterior, o de la declaración de herederos, en el segundo caso. 2. La inscripción de una enajenación hecha por el demandado a un tercero, que, a pesar de ser de fecha posterior, no impide que se inscriba la sentencia que reconozca la propiedad del demandante, cuando se hubiese practicado una anotación preventiva de demanda. 3. La inscripción de títulos de fecha anterior, que puedan acceder al Registro a pesar de haberse practicado alguna de las anotaciones preventivas de origen judicial, previstas en los números 2, 3 y 4 del artículo 42 de la LH. 4. La posibilidad de inscribir títulos de fecha anterior después de haberse inscrito títulos de fecha posterior, durante el tiempo de reconstrucción de Registros destruidos.

⁷ Para PAU PEDRÓN la prioridad registral es la preferencia a la inscripción que corresponde a un título, entre dos o más presentados en el Registro referidos a un mismo inmueble, bien por haberse presentado antes o porque así lo determine la calificación conjunta de todos los presentados siendo sus requisitos: la pluralidad de títulos, la identidad del inmueble, la calificación limitada o precalificación de los títulos, la vigencia simultánea de los asientos de presentación y el despacho sucesivo de los títulos presentados.

⁸ Dice PAU PEDRÓN, «a) el párrafo primero recoge un aspecto del principio de oponibilidad. Los títulos inscritos son oponibles a todos los terceros, y por tanto también a los que adquirieron por títulos de igual o anterior fecha. También podría verse como una manifestación concreta de la inoponibilidad, pero que esta perspectiva es menos exacta, porque la inoponibilidad actúa en el momento de la adquisición: es el principio que protege al adquirente frente a los títulos no inscritos al hacer su adquisición. En el caso del artículo 17.1 párrafo 1.º, la adquisición puede haberse efectuado mucho tiempo atrás, el adquirente es ya titular registral, y opone su derecho inscrito a quien pretende ignorarlo o lesionarlo presentando para su inscripción un título incompatible. (...). Una vez practicada la inscripción no puede hablarse ya, a mi juicio, de prioridad. Un derecho inscrito no goza de prioridad respecto de otro, se haya inscrito o no ese otro, y se haya constituido ese otro derecho antes o después del inscrito. Lo que ese derecho inscrito produce respecto de cualquier otro derecho es la oponibilidad (...) b) el párrafo 2.º sí recoge el principio de prioridad, aunque de un modo tangencial y fragmentario. Si hay un título presentado, el posterior no puede acceder al Registro antes, pero esta regla no se limita a los posteriores “que se opongan o sean incompatibles al primeramente presentado, sino a todos los posteriores. La regla debe ser mucho más general: cualquiera que sea la relación entre el título posteriormente presentado y el anteriormente presentado —es decir, tanto si es incompatible como si es compatible— no puede acceder, como regla general, antes que el primero (...)”».

⁹ Según PAU PEDRÓN, en la excepción relativa a las inscripciones derivadas de adquisiciones hereditarias, por aplicación del artículo 28 de la LH, hay una suspensión temporal de la inoponibilidad registral, en el caso de la inscripción de la sentencia, la anotación preventiva de demanda anticipa la oponibilidad de la sentencia, cuando recaiga, en el caso de las anotaciones preventivas de origen judicial, no gozan del efecto de la inoponibilidad y en el caso de la reconstrucción del Registro destruido, la Ley de 15 de agosto de 1873 establece la suspensión temporal de la aplicación del artículo 32, además de la del artículo 17 de la LH.

¹⁰ JEREZ DELGADO matiza el alcance de la reforma, pues a su juicio la reforma es más leve y «se refiere a la deseada coordinación Registro-Catastro, y no afecta sustancialmente a la mayoría de los pilares básicos del sistema inmobiliario registral, lo cierto es que este se diseña y conoce a través de sus principios y, por consiguiente, es oportuno

revisarlos a fin de constatar el alcance de la nueva Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley hipotecaria y del texto refundido de la Ley del Catastro».

¹¹ Como dice JIMÉNEZ CLAR, «la reforma no consiste en medir de nuevo los inmuebles y acompañar los planos a las escrituras, sino en generar una serie de datos, relativos a la realidad física —datos gráficos— y a la realidad jurídica —datos jurídicos— de los inmuebles, que van a integrar la información territorial sobre la que se apoyan las transacciones y los mercados inmobiliarios» y en cuanto a los que acceden al Registro la consecuencia de producir los mismos efectos jurídico sustantivos que cualquier circunstancia del asiento, como defendemos.

¹² Así dice ARRIETA SEVILLA: «la Ley 13/2015 ha reconocido que la finca registral también es objeto del Registro de la Propiedad, ya que su representación gráfica puede ser inscrita, en cuyo caso se le asociarán determinadas consecuencias jurídicas. De este modo, la reforma de 2015 presenta una ruptura radical con la anterior legislación hipotecaria conforme a la que AMORÓS GUARDIOLA y CHICO ORTIZ habían concluido que “debemos excluir las fincas como objeto del Registro, porque constituyen el presupuesto o soporte objetivo, más no el objeto directo de la inscripción”. Por tanto, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015 la finca registral ya no es únicamente un presupuesto necesario para la inscripción de los derechos reales, sino que constituye un aspecto fundamental del objeto material del Registro de la Propiedad».

¹³ Como dice DELGADO RAMOS, «todos los pronunciamientos jurídicos del Registro de la Propiedad, tanto sobre la identificación del sujeto del derecho como sobre la identificación del objeto sobre el que recae, serán prevalentes sobre los catastrales, los cuales deberán adaptarse al contenido de aquellos. La ley no altera este principio general, pero introduce previsiones concretas que lo menoscaban».

¹⁴ Incluso JEREZ DELGADO, que minimiza el alcance de la Ley 13/2015 respecto de los principios hipotecarios afirma: «A lo más, pudiera hablarse de un principio de oponibilidad de lo inscrito frente a lo no inscrito en la medida en que el propietario de la finca que tuvo acceso primeramente al Registro de la Propiedad se ve favorecido por el principio de legitimación registral en este punto y, por tanto, tiene a su favor una presunción iuris tantum de exactitud de lo publicado por el Registro. El propietario de la otra finca, que llevó con posterioridad la documentación gráfica georreferenciada al Registro de la Propiedad, asumirá la carga de la prueba correspondiente, a fin de corregir —en su caso— lo publicado por el Registro en cuanto a los linderos de las fincas se refiere, sin que ello haga necesario formular, a mi juicio, un nuevo principio de oponibilidad gráfico, ya que es suficiente con el genérico principio formulado en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria». Y así lo entendemos, la Ley 13/2015 extiende la aplicación del principio hipotecario de oponibilidad del artículo 32 de la Ley Hipotecaria a una nueva circunstancia de la inscripción, la georreferenciación de la finca.

¹⁵ Como dice DELGADO RAMOS, «en toda certificación registral que se solicite para intentar localizar si una finca consta o no previamente inmatriculada, (la nota simple no es la vía adecuada para ello), se haga constar la metodología de búsquedas empleadas en los índices, y la doctrina de la Dirección General que se acaba de transcribir, que viene a poner en valor el esfuerzo y labor profesional de búsqueda que se precisa para su emisión, y relativiza la responsabilidad por las consultas a unos índices sujetos a «condicionantes históricos y tecnológicos que en su mayor parte escapan a la responsabilidad del registrador actualmente titular»», destacando la ponderación de la resolución de 5 de febrero de 2021, frente a la simpleza de la de 20 de junio de 2018, donde admite que basta una nota simple en la que conste que la finca no está inmatriculada.

¹⁶ En palabras de VÁZQUEZ ASENJO, «comoquiera que en el sistema de bases gráficas registrales no hay lugar para las cuestiones de compatibilidad de rango, es por lo que el estudio de la prioridad registral gráfica se centra solo en el aspecto característico de la contraposición excluyente».

¹⁷ JEREZ DELGADO niega la existencia del principio de prioridad registral en su vertiente geográfica, al afirmar «si la documentación gráfica de una finca no se ajusta

con la documentación gráfica del inmueble colindante anteriormente inscrito, quedará en suspenso la inscripción entretanto se solucione la cuestión relativa a la definición de los linderos de las fincas. Esto no permite hablar de un principio de prioridad registral gráfica, en tanto hemos formulado el principio —siguiendo la tesis de ANTONIO PAU— como relacionado con el orden en el que se despacha la documentación presentada en el Registro con vistas a su calificación por el registrador». Sin embargo, coincidimos con DELGADO RAMOS en que, tras la reforma operada por la Ley 13/2015, la Ley Hipotecaria proclama claramente este principio, como hemos defendido.

¹⁸ En el sistema anterior, según VÁZQUEZ ASENJO: «el sistema de bases gráficas registrales supone la introducción de un nuevo elemento en el principio de prioridad derivado, precisamente, del ámbito gráfico en el que se desenvuelve, la fecha en que la base gráfica de una finca registral ha sido validada. La validación es la operación registral en virtud de la cual el registrador afirma y firma bajo, bajo su responsabilidad, la coincidencia identificativa entre la descripción gráfica de una finca determinada y la descripción alfanumérica que de la misma se lleva a cabo en el folio registral. Es una operación registral que participa de la misma naturaleza que los actos de inscripción». Ese panorama cambia tras la Ley 13/2015 y esa operación se incardina dentro de la fase de calificación registral, para garantizar la coherencia de la descripción literaria del registro con su georreferenciación, formada con los instrumentos de los que disponga el registrador, como primer recinto a comparar en la calificación registral, siendo el otro el aportado por las partes en el título presentado, equiparando la prioridad registral gráfica con la prioridad registral literaria, pues ambas se conectan con el asiento de presentación del título y no con la fecha en la que el registrador identifica geográficamente la finca inscrita, pero solo para compararlo con la georreferenciación aportada, mediante la comparación de recintos en que consiste la calificación registral gráfica.

*(Trabajo recibido el 30 de mayo de 2021 y aceptado
para su publicación el 4 de octubre de 2021)*

DICTÁMENES Y NOTAS

¿Sociedad unipersonal, *societas unius personae* o «*quasi societas*»?

The single-member company, societas unius personae or «quasi societas»?

por

HENAR MURILLO VILLAR

Profesora de Derecho Romano

Universidad de Burgos

ORCID: 0000-0001-8196-8395

RESUMEN: El reconocimiento legal de la sociedad unipersonal es una realidad incuestionable en nuestros días, otra cosa es que su denominación sea la más apropiada, pues la locución «sociedad unipersonal» encierra una digresión terminológica. De todos modos, su versión latina: *societas unius personae* no hubiera tenido cabida en el ordenamiento jurídico romano pues carecería de un significado técnico-jurídico preciso. Por ello, el objetivo del presente trabajo consiste en elevar una propuesta de denominación, con independencia de su aceptación doctrinal y uso actual, para la debatida cuestión de la unipersonalidad societaria, desde la óptica jurisprudencial romana.

ABSTRACT: *Legal recognition of the single-member company is these days an unquestionable reality, although another thing is whether its denomination is the most appropriate, as the phrase «single-member company» encloses a terminological digression. In any event, its Latin version: societas unius personae could not have fitted in the Roman legal order as it would have*

lacked a precise legal-technical meaning. Therefore, the objective of the present study consists in establishing a proposal for its denomination, regardless of its doctrinal acceptance and actual use, for the disputed question of the unipersonality of the firm, from the Roman jurisprudential viewpoint.

PALABRAS CLAVE: Sociedad unipersonal. *Societas unius personae*. *Quasi societas*. *Quasi*. Catachresis.

KEY WORDS: *Single-member company*. *Societas unius personae*. *Quasi societas*. *Quasi*. *Catachresis*.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO DE SOCIEDAD UNIPERSONAL.—III. SOCIEDAD UNIPERSONAL EN DERECHO ROMANO.—IV. SOCIEDAD UNIPERSONAL EN DERECHO ESPAÑOL.—V. PROPUESTA DE DIRECTIVA EUROPEA DE *SOCIETAS UNIUS PERSONAE* (SUP).—VI. TÉRMINOS TÉCNICOS UTILIZADOS EN DERECHO ROMANO PARA DENOMINAR FIGURAS JURÍDICAS DIFERENTES, PERO DE SIMILAR CONTENIDO.—VII. CONCLUSIÓN: PROPUESTA TERMINOLÓGICA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho romano es el innegable antecedente de nuestro actual sistema jurídico, en el cual subyace inexorablemente, lo que nos permite reflexionar a propósito de una digresión terminológica, «sociedad unipersonal», plenamente aceptada en el lenguaje jurídico contemporáneo, si bien nunca fue utilizada por la jurisprudencia romana. Y ello, porque el verdadero criterio jurídico se obtiene cuando nos familiarizamos con las categorías, subcategorías, clasificaciones, conceptos, y terminología del derecho, lo que proporciona destreza en su manejo y localización. Los correspondientes términos jurídicos que se fueron generando para definir a las nuevas situaciones jurídicas que iban surgiendo, evocaron en la mente de los ciudadanos romanos imágenes y conceptos muy próximos a los nuestros. Sin embargo, la evolución social y económica nos hace ver que muchas necesidades actuales no se sintieron en Roma, de ahí que haya sido necesario adaptar la terminología jurídica existente para definir y explicar situaciones que los romanos no tuvieron necesidad de regular ni, por lo tanto, de conceptualizar. El problema surge cuando en nuestra necesidad para definir situaciones

nuevas, no conocidas en nuestro antecedente jurídico romano, se emplean términos de origen romano que no se adaptan a su configuración originaria. Por ello, entendemos que el uso común de los términos debe hacerse sin perder nunca de vista el significado técnico de las formulaciones jurídicas.

Un ordenamiento jurídico tiene la necesidad constante de ajustarse a la realidad socioeconómica en la que se aplica. La ley debe ajustarse a las necesidades de la sociedad, y cuanto mejor lo haga, terminológicamente hablando, mejor será el resultado. Por lo tanto, es necesario un proceso constante y real de ajuste legal para evitar incompatibilidades entre la ley y la realidad socioeconómica que trata de regular. El empresario social surge mediante un acto de constitución societario que en la mayoría de los casos adopta forma contractual. Así, mediante el contrato de sociedad la nueva persona jurídica que nace adquiere la condición de empresario social (sociedad), condición que no tendrán los socios, pues el nuevo empresario mercantil no es ninguna de las personas físicas que se han asociado, ni los administradores que la representan o gestionan, es decir, se ha creado una persona jurídica nueva y distinta. Ahora bien, a pesar de que la mayoría de las sociedades tienen su origen en un contrato de sociedad, otras pueden originarse a través de actos o negocios jurídicos unilaterales, y mediante una simple declaración de voluntad de un particular constituir una sociedad de socio único.

Y es precisamente esta circunstancia la que nos interesa en este estudio, la sociedad unipersonal, por cuanto representa una opción para el individuo persona física que quiere encauzar de forma totalmente independiente una actividad económica. Nuestra legislación societaria contempla esta posibilidad en el capítulo III del título I de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), artículos 12 a 17, tanto para constituir una sociedad anónima como una sociedad de responsabilidad limitada, ambas unipersonales. Ello no significa que el régimen de ambos tipos de sociedades de capital sea uniforme, como se recoge en los mencionados artículos, pues cada tipo de sociedad tiene su régimen diferenciado. Como regla general, la sociedad de un único socio se rige por las mismas normas que se aplican a las sociedades pluripersonales, independientemente de que sean limitadas o anónimas.

A nivel europeo ha habido un intento por regular de manera armonizada la sociedad unipersonal, lo abordaremos más adelante, y se recurrió para su denominación a una locución latina, desde nuestro punto de vista criticable, que fue *Societas Unius Personae* (SUP). Ningún jurista romano hubiera utilizado este término por cuanto nunca se clasificó a una sociedad como sociedad de una sola persona. Es más, las clasificaciones de las *societates* romanas se hicieron atendiendo a los fines que se perseguían en relación con la causa del negocio. GAYO 3.148 diferenció entre dos grandes tipos de sociedades: *societas omnium bonorum* y *societas unius negotiationis*, o lo

que es lo mismo, sociedades universales (*omnium bonorum*) y sociedades particulares (para un solo negocio o fin), pero nunca se clasificaron las sociedades por el número de personas que las constituían.

II. CONCEPTO DE SOCIEDAD UNIPERSONAL

Estamos ante una cuestión históricamente muy debatida pero en la actualidad plenamente aceptada y superada, y es la relativa al reconocimiento legislativo de la unipersonalidad societaria¹. La sociedad unipersonal es aquella sociedad constituida por un único socio, bien porque fue constituida como tal por un socio único, bien porque con el transcurso del tiempo el número de socios quedó reducido a uno. O dicho de otro modo: «La sociedad unipersonal es una sociedad de capital —sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada— donde la totalidad de sus acciones o participaciones se encuentran en poder de un solo socio —persona física o persona jurídica—»². Lo cierto es que se concibe a la sociedad unipersonal como una forma organizativa magnífica para dar solución a las necesidades prácticas que exceden aquella de la limitación de responsabilidad del empresario individual. En definitiva, se trata de una forma organizativa autónoma que potencia la iniciativa privada frente a otras figuras que aun persiguiendo fines semejantes ven limitada su responsabilidad exclusivamente a su vivienda habitual y solamente frente a las deudas de origen empresarial o profesional. Nos referimos al emprendedor de responsabilidad limitada (en adelante, ERL), creado por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización³ (en adelante, LAEI), cuyo fin era potenciar el emprendimiento y la reactivación económica después de la crisis de 2008, pero con escaso éxito si se compara con el número de sociedades unipersonales constituidas, tanto anónimas como de responsabilidad limitada, según se desprende de la Estadística Mercantil del Colegio de Registradores de España⁴. En la misma Ley 14/2013 también se creó la Sociedad Limitada de Formación Sucesiva (en adelante, SLFS), a partir de la modificación introducida en su capítulo III, artículo 12, del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que modificó la redacción del artículo 4, artículo 5 y artículo 23, y se añadió un nuevo artículo 4 bis. Con este nuevo «subtipo» social de sociedad limitada se genera, como consta en el preámbulo, un régimen idéntico al de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, «excepto ciertas obligaciones específicas tendentes a garantizar una adecuada protección de terceros»⁵.

El objetivo que se persigue con esta figura «es abaratar el coste inicial de constituir una sociedad», pues no se exige formalmente ninguna dotación de un capital social mínimo para su constitución, y mientras no se alcance

la cifra de un capital social de tres mil euros, capital mínimo para constituir una Sociedad de Responsabilidad Limitada (en adelante, SRL), la sociedad estará sujeta al régimen de formación sucesiva. Además, trae aparejada una importante novedad, tampoco es necesaria la aportación inicial de un capital social mínimo. La SLFS aunque puede ser constituida por varios socios, también lo puede ser por un único socio, circunstancia que necesariamente se produce en el ERL persona física, cuando se pone en marcha una actividad empresarial o profesional, y lo será cuando se constituya en una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal, bien originaria bien sobrevenida⁶. Por cierto, a diferencia de la SRL, la SLFS nunca podrá ser de origen sobrevenido⁷.

Las sociedades unipersonales pueden ser de dos tipos: originarias o sobrevenidas. Son sociedades unipersonales originarias cuando un único socio funda la sociedad y asume el control de todas las participaciones o acciones. Y son sociedades unipersonales sobrevenidas cuando existiendo una sociedad previamente constituida con varios socios, pasado el tiempo y por razones varias, el número de socios se reduce a uno. Esta tipología no es exclusiva de nuestro régimen jurídico, que más adelante lo veremos, también en la Unión Europea se ha pretendido la unipersonalidad societaria, de hecho, se intentó con la conocida como *Societas Unius Personae*, que no ha fraguado, pero a cuya denominación prestaremos especial atención en este trabajo.

III. SOCIEDAD UNIPERSONAL EN DERECHO ROMANO

En el ordenamiento jurídico romano no se conoció la sociedad unipersonal o sociedad de socio único. Lo que sí que se reguló fue la *societas* consensual, como contrato consensual, del cual derivaban diferentes tipos de sociedades. El contrato de *societas* se puede definir de muchas maneras, pero la casi totalidad de la doctrina lo conceptualiza como un contrato consensual, bilateral (plurilateral) perfecto y de buena fe, en virtud del cual varias personas se obligan a cooperar, con bienes o con su actividad, para la consecución de un fin común lícito, de interés para todos los contratantes. Cierto que en Roma no se puede hablar en puridad técnica de la existencia de lo que hoy se concibe como derecho mercantil y, por tanto, de las sociedades mercantiles, pero es preciso reconocer que en las relaciones entre los ciudadanos romanos, y sobre todo de estos con los extranjeros, se fue desarrollando una normativa nueva especialmente aplicada por los comerciantes.

Del contrato de sociedad surgían distintos tipos de sociedades, y si atendemos a lo recogido en GAYO 3.148-154 y D.17.2.5 *pr.* (*Ulp. 31 ad ed.*),

se puede diferenciar entre sociedades de todos los bienes y sociedades que recaen sobre una sola cosa o un negocio concreto. O, dicho de otro modo, se puede diferenciar entre sociedades universales (*societas omnium bonorum* y *societas universorum quae ex quaestu veniunt*) y sociedades particulares [*societas (unius) alicuius negotiationis* y *societas unius rei* o *unius negotii*], amén de algunos casos híbridos y anómalos, difíciles de sistematizar conceptualmente, que surgían de las contingencias y exigencias de la práctica y de la amplia libertad de negociación que se dejaba a los interesados (*societas bonorum et negotiationis*)⁸. Ahora bien, lo que todas las sociedades tienen en común es que su constitución deriva del contrato consensual de *societas*, observándose en la casuística jurisprudencial romana que casi siempre se abordaba el análisis de sociedades bilaterales (*societas duorum*), es decir, sociedades de dos socios.

Ello no empece para señalar que, si bien en derecho romano no hubo necesidad de operar con sociedades de socio único, al analizar las causas de extinción de una relación basada en la confianza entre los socios (*affectio societatis*), sean causa de extinción, entre otras, la muerte de un socio, la renuncia unilateral, el cambio de *status* (*capitis deminutio*) o la quiebra del socio⁹. Si, como decimos, el ordenamiento jurídico romano no reguló las sociedades unipersonales originarias, puede atisbarse, sin embargo, el reconocimiento, al menos temporal, del funcionamiento de una sociedad con un solo socio en el caso de la particular *societas publicanorum*. Estaríamos, entonces, ante un evidente caso, como seguidamente veremos, de unipersonalidad sobrevenida si bien de modo transitorio.

En consecuencia, la existencia de una sociedad de socio único y su reconocimiento jurídico no es algo nuevo, ni tan siquiera lo es próximo en el tiempo. Ya en la antigua Roma, desde la época republicana, la *societas* se caracterizaba por una regla muy simple, cuando estaba compuesta por dos socios (bilateral) se extinguía, como se ha indicado, bien por propia voluntad o por renuncia, bien por separación o muerte de alguno de los dos socios, o bien por *capitis deminutio* (muerte civil). Es decir, el principio de la disolución de una sociedad bilateral se basaba en que no podía funcionar con un socio menos¹⁰. Ahora bien, si la *societas* estaba constituida por más de dos socios (plurilateral) no se extinguía porque faltara uno; la sociedad se reducía a los *socii* sobrevivientes. Por ello, no era infrecuente que se acordara en el momento de su constitución que continuara, en caso de muerte de uno de los socios, entre los supervivientes.

Pero hubo un tipo de sociedad, la denominada *societas publicanorum*, con una particularidad respecto de las demás. La *societas publicanorum* fue un tipo especial de sociedades, muy importante en la vida económica de Roma, que se constituía para tomar en arrendamiento el cobro de los impuestos, el acopio de suministros o la realización de obras o explotaciones

estatales. Si la sociedad había sido constituida por dos socios y uno de ellos fallecía, continuaba existiendo con el socio superviviente, aunque no se hubiera pactado previamente. Es más, lo habitual fue la subsistencia de la *societas publicanorum* tras el fallecimiento de un *socius*. Esta afirmación no se apoya estrictamente en ninguna fuente jurisprudencial romana, pero es una consecuencia natural de la actividad de carácter público que desarrollaba dicha sociedad hasta el fin de la concesión. Varias fuentes romanas exponen la situación mencionada. Se trata de unos textos que la doctrina romanística considera espurios para el derecho clásico porque han sido alterados, interpolados¹¹, lo que en absoluto impide reconocer que reflejan el claro sentir de la época final del derecho romano, época justiniana, a partir de la cual nos ha llegado hasta nuestros días por medio de la recepción. Los mencionados textos son: D.17.2.59 *pr.* (*Pomp. 12 ad Sab.*) y D.17.2.63.8 (*Ulp. 31 ad ed.*). En ambos, al margen del interesante debate doctrinal entre romanistas, se observa que mientras que las sociedades normales se extinguen por la muerte de un socio, las sociedades de concesiones públicas (*societas publicanorum*), perduran después de la muerte de alguno de los socios, incluso cuando eran dos, pero únicamente si la parte del difunto fue atribuida a su heredero, de modo que este deba entrar como un socio más. En definitiva, estamos ante un supuesto en el que desde que un socio fallece hasta que su heredero, si lo tuviere, ingresa en lugar del socio difunto, la sociedad seguía existiendo con un único socio. Por lo tanto, se trata de un caso evidente de sociedad unipersonal sobrevenida. Es más, nos dice ULPIANO que el heredero no será socio a no ser que fuese nombrado, lo cual no es óbice para que le corresponda toda la ganancia de la sociedad e igualmente acepte la pérdida que se produjo tanto en vida del socio a quien hereda, como después¹². Es preciso recordar que, a diferencia de lo que sucede en una *societas* ordinaria, la *societas publicanorum* tenía reconocida personalidad jurídica; GAYO (D.3.4.1 *pr*-1) equipara este tipo de sociedades a las corporaciones, e indica que, *ad exemplum rei publicae*, tienen *res* y *arca communes*, y representantes (*actor* o *syndicus*) cuya actuación repercute directamente sobre el patrimonio común de la sociedad¹³. Por consiguiente, no debe sorprender que actualmente una sociedad unipersonal pueda devenir en sociedad de socio único, cuando vemos que en la antigüedad ya se conoció y que sirvió para satisfacer determinadas necesidades de carácter público¹⁴.

IV. SOCIEDAD UNIPERSONAL EN DERECHO ESPAÑOL

En la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, (ya derogada), que se remonta a 1968, en su artículo 11, se encuentra el precedente de la posibilidad de que la legislación de los Estados miembros admitiesen la sociedad

unipersonal originaria¹⁵; y si se acude a la Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976¹⁶, en el artículo 5.1, se prescribe que «*Cuando la legislación de un Estado miembro exija el concurso de varios socios para la constitución de una sociedad, la reunión de todas las acciones en una sola mano o la reducción del número de socios por debajo del mínimo legal después de la constitución no implicará la disolución de pleno derecho de esta sociedad*». De esta disposición se colige un reconocimiento tácito de la sociedad unipersonal sobrevenida. Sin embargo, el definitivo reconocimiento de la sociedad de responsabilidad limitada de socio único llegó con la Duodécima Directiva 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único¹⁷, codificada por la Directiva 2009/102/CE, de 16 de septiembre, del Parlamento europeo y del Consejo. Esta Duodécima Directiva se transpuso en España mediante la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL), ya derogada, sustituida, posteriormente, por el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en cuyos artículos 12 a 17 se recoge el régimen de la sociedad de responsabilidad limitada de socio único. En definitiva, nuestra legislación reconoce sin ambages la sociedad de responsabilidad limitada de un único socio, tanto originaria como sobrevenida.

No obstante, en el interin de la Duodécima Directiva (1989) y la LSRL (1995), en una Resolución de la DGRN de 21 de junio de 1990 (BOE 14 de agosto de 1990), se admitió la existencia de la sociedad unipersonal. Es tal la contundencia con la que se expresa la mencionada resolución, que transcribimos literalmente su Fundamento de Derecho Sexto al objeto de dejar constancia de ello. Dice así: «Pero las mejores razones para admitir la sociedad unipersonal no se hallan en el Derecho positivo, que ciertamente guarda silencio sobre la figura, sino en imperativos de la razón práctica. No puede desconocerse que la admisión de la sociedad unipersonal responde, en efecto, a necesidades muy dignas de ser tenidas en cuenta. Por un lado, se encuentran las exigencias del propio funcionamiento del sistema económico. Desde esta perspectiva, la sociedad unipersonal permite al pequeño empresario concurrir al mercado en igualdad de condiciones, sin que ello resulte perjudicial —o, por lo menos, especialmente perjudicial en relación a las sociedades anónimas pluripersonales— para terceros. Por otra parte, la sociedad unipersonal subviene a importantes necesidades organizativas de la empresa. Abre la posibilidad del organicismo de terceros (art. 71 II LSA); facilita la conservación de la empresa más allá de la vida del socio único y simplifica el proceso hereditario; permite autonomizar jurídicamente unidades empresariales, facilitando así su transmisión; ofrece la posibilidad de reorganizar las empresas en el seno de los grupos de sociedades; etc. Y hay, en fin, exigencias del propio tráfico jurídico que reclaman el re-

conocimiento de la figura. En este sentido ha de tenerse en cuenta que la prohibición de la sociedad unipersonal generaría una gran incertidumbre en el tráfico¹⁸, puesto que el carácter unipersonal de la sociedad carece de publicidad y los terceros podrían verse en dificultades para saber a quien exigir el cumplimiento o la satisfacción de sus derechos. La negación de personalidad jurídica a la sociedad unipersonal¹⁹ significaría, además, abrir el patrimonio social al ataque de los acreedores personales del socio con daño para los acreedores de la empresa.

Dado que la Ley no efectúa un pronunciamiento expreso de inadmisibilidad y que no se advierte la incompatibilidad de la sociedad unipersonal con los principios de organización del derecho de sociedades de capital, estas razones adquieren un peso decisivo en la construcción y desarrollo del derecho “*praeter legem*”.

La incorporación de lo dispuesto en la Duodécima Directiva se hizo con un considerable retraso, pues el plazo para su adaptación finalizó el 31 de diciembre de 1991, pero no se hizo, como ya se ha indicado, hasta marzo de 1995 por medio de la LSRL. En esta Ley se consagró la plena admisibilidad de la sociedad de capital unipersonal, tanto originaria como sobrevenida, y a su vez se estableció un específico régimen jurídico, en los artículos 125 a 129 LSRL, para dar respuesta a las exigencias normativas de dicha figura y que pudiese ser aplicable tanto a la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal como a la sociedad anónima unipersonal. En definitiva, con la transposición de lo preceptuado en la Duodécima Directiva, se contribuyó decisivamente a la superación de la tradicional y característica reticencia legislativa nacional que existía frente al fenómeno de la unipersonalidad societaria, tanto sobrevenida como también originaria²⁰.

En el ámbito jurídico, actualmente, está plenamente aceptada²¹ la existencia de sociedades conformadas por un único socio²². Es verdad que tiempo atrás se consideró como una *contradictio in terminis* e, incluso, hasta su reconocimiento legal, fue considerada una *contradictio in substantia*²³. Se entendió que existía una evidente incompatibilidad lógica y terminológica entre el concepto de unipersonalidad y el *nomen iuris* de sociedad. Asimismo, se pensó que la unipersonalidad representaba «una sociedad a merced de una sola persona»²⁴, al igual que tampoco tenía sentido hablar de la *actio pro socio* cuando no existía una pluralidad de socios entre quienes poder exigirse el cumplimiento de sus obligaciones²⁵. Pues bien, aunque se trata, dice GRISOLI, de una terminología poco rigurosa, porque al faltar la pluralidad de socios falta el *animus societatis* y la necesaria *affectio societatis* que se exige en todo contrato de sociedad, conviene, dice el mismo autor, poner punto final a estas digresiones terminológicas²⁶.

Es más, afirma la doctrina, que la sociedad unipersonal tiene fundamento constitucional, no solo en el derecho de asociación reconocido en

el artículo 22 de la Constitución española, sino y muy fundamentalmente, en el artículo 33 de la Constitución española, que reconoce el derecho a la propiedad privada, y, especialmente, en el artículo 38 de la Constitución española, que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado²⁷. Por ello, la sociedad de capital unipersonal no constituye ninguna anomalía o «monstruo jurídico». Se trata de una figura perfectamente acomodada a la normativa societaria y absolutamente coherente con ella²⁸. La sociedad de capital de socio único es una sociedad de capital «ordinaria» a la que se le aplicarán ciertas reglas especiales. Pero no es una situación anómala, como mucho peculiar²⁹. Lo que sucede es que el esquema societario es utilizado como técnica jurídica de organización de la empresa; se trata de una forma de gestionar y estructurar una empresa, administrar su patrimonio, pero sin que exista pluralidad de socios³⁰. En definitiva, la unipersonalidad constituye una «*manera de estar*», antes que una «*forma de ser*», pues la sociedad puede ir mutando de unipersonal a pluripersonal y a la inversa, dependiendo de las sucesivas transmisiones de las participaciones o acciones³¹. La unipersonalidad es meramente una circunstancia, contingente y accidental³². Lo importante es que el elemento determinante reside en que la titularidad del derecho de propiedad de todas las participaciones o acciones, recae en una única persona³³.

Como se ha apuntado, la unipersonalidad de las sociedades de responsabilidad limitada puede ser originaria o sobrevenida, conforme señala el artículo 12 LSC³⁴. Hablamos de sociedad unipersonal originaria cuando ha sido constituida *ab initio* por un único socio, con independencia de que sea una persona física o jurídica (art. 12 a). Esta precisión, en rigor, resulta innecesaria, pues, aun cuando no se hubiera puesto la conclusión mediante una correcta interpretación hubiera sido la misma³⁵. De ahí, que su fundamento no se encuentra en un contrato, pues puede constituirse mediante una única declaración de voluntad dirigida a tal fin fundacional. Así lo reconoce la LSC, artículo 19,1, cuando establece que las sociedades de capital pueden constituirse «*por acto unilateral*». En definitiva, el socio único requiere tener la plena titularidad de todas las participaciones de la sociedad o de todas las acciones cuando sea una sociedad anónima unipersonal. Es decir, la ley solamente se fija en la «unipersonalidad formal», en que todas las participaciones o acciones sean titularidad de un único socio (computando, también, las que sean de titularidad de la propia sociedad)³⁶.

Pero la unipersonalidad también puede ser sobrevenida. Así se contempla en el artículo 12 b), en donde se establece que se entenderá por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada o anónima aquella que habiendo sido constituida por dos o más socios posteriormente se produzca una concentración de todas las participaciones o de todas las

acciones en manos de un socio único. Y advierte el legislador, todas las participaciones o las acciones se considerarán «propiedad» del único socio. Es evidente, pues, que de un estado de pluripersonalidad se pasa a un estado de unipersonalidad, de tal forma que, a partir de ese momento, a la primitiva sociedad de responsabilidad limitada le será aplicable la disciplina que se recoge en los artículos 12 a 16 de la LSC. Aunque no lo prevé la Ley, ha de admitirse que la unipersonalidad sobrevenida también puede concentrarse en un socio único que sea persona jurídica, no solamente física³⁷.

En la legislación española, de facto, venía siendo reconocida la unipersonalidad, no como causa originaria de constitución de una sociedad, pero sí como consecuencia sobrevenida. De hecho, la concentración en una sola mano de todas las acciones o participaciones, dependiendo de según se tratase de una SA (LSA 1951 y TRLSA 1989)³⁸ o de una SRL (LSRL 1953 y 1995)³⁹, no acarrea la disolución de la sociedad⁴⁰. Y ello, sin olvidar que el Código de Comercio, artículo 116, parte de la concepción de la sociedad como un contrato, lo que indica que se necesitan al menos dos partes o más (pluralidad). En definitiva, la reducción a un socio único antes de la LSC no tenía ninguna consecuencia jurídica en la legislación española, lo cual sirvió como argumento «para aceptar finalmente la unipersonalidad sobrevenida aun cuando la disolución, en tales casos, podría haberse considerado como un efecto implícito en la definición misma de sociedad»⁴¹. Es más, la unipersonalidad sobrevenida podía conseguirse recurriendo a testaferros u «hombres de paja», quienes formalmente cubrían la apariencia de pluralidad de socios, mediante lo que se ha denominado sociedades de favor o conveniencia⁴². En definitiva, el concepto de socio único era más una cuestión de carácter formal que material, lo que permitió que en Europa se abriera paso la idea de la unipersonalidad originaria porque la sobrevenida era ya una realidad.

Aunque en la Directiva 89/667/CEE se produjo el reconocimiento específico, por primera vez en el Derecho comunitario europeo, de la figura de la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal, también dejó un amplio margen a los Estados miembros para que utilizaran la unipersonalidad en otros ámbitos societarios, y ello quedó reflejado en el artículo 6, que admite igualmente la sociedad anónima unipersonal, e incluso se permitía de manera alternativa, artículo 7, la fórmula de la empresa individual de responsabilidad limitada⁴³, con unas garantías equivalentes a las impuestas en la Directiva para las sociedades. La Directiva en su artículo 2.1, prevé la sociedad de socio único, tanto en el momento de su constitución como posteriormente como consecuencia de la concentración de todas las participaciones en un solo titular (sociedad unipersonal originaria y sobrevenida).

V. PROPUESTA DE DIRECTIVA EUROPEA DE *SOCIETAS UNIUS PERSONAE* (SUP).

La Unión Europea no cesa en su empeño para establecer un Derecho de sociedades que afecte a todos los Estados miembros, innovador y eficiente, así como un determinado tipo de gobierno corporativo para las empresas, para los inversores y, cómo no, para los empleados, con la finalidad de mejorar el hábitat empresarial de su territorio. El 25 de junio de 2008, la Comisión de la Unión Europea publicó una Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprobaba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea (en adelante, SPE)⁴⁴. Esta Propuesta de Reglamento elaborada por la Comisión tenía que ser aprobada por unanimidad del Consejo, lo que implicaba que cualquier Estado podía vetarla y, además, que el Parlamento europeo tenía que ser oído en consulta ordinaria, aunque no tenía capacidad de oposición⁴⁵. Todo ello con base legal en el artículo 308 del Tratado CE (actualmente artículo 352 TFUE). Realmente, se ha dicho, el proyecto de SPE fue el resultado del agotamiento del proceso de armonización, coincidente en el tiempo con el incremento de la importancia de las PYMES para la economía europea⁴⁶. Tal propuesta fue abandonada, y posteriormente retirada⁴⁷. Parece lógico, aunque difícil de aceptar, pues un Reglamento es un acto legislativo vinculante que debe aplicarse en su integridad en toda la UE. Mientras que una Directiva es un acto legislativo por medio del cual se establecen objetivos que todos los países de la UE deben cumplir. No obstante, será a cada Estado a quien corresponda elaborar sus propias leyes sobre cómo alcanzar esos objetivos. Quizás por ello, un tiempo después, la Comisión hizo una nueva Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada, (COM/2014/0212 final, de 10 de abril de 2014 (en adelante, PDSUP)⁴⁸.

Con esta nueva Propuesta de Directiva, que tampoco ha fructificado, se pretendía seguir con la evolución del derecho europeo de sociedades, a la vez que se buscaba facilitar las actividades transfronterizas de las PYMES. No obstante, la Propuesta de Directiva fue enmendada por un texto transaccional presentado por el Consejo en mayo de 2015: Texto transaccional del Consejo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada [2015] 8811/15, LIMITE, DRS 39, CODEC 706⁴⁹. En la PDSUP se indicaba a los Estados miembros que debían promover una forma social con condiciones armonizadas, obviamente, dentro del propio derecho nacional de cada estado, que podría crearse en línea e indicando unas normas comunes en algunos elementos claves. La nueva forma social adoptaría el nombre, curiosamente en latín, de *Societas Unius Personae*⁵⁰.

En su exposición de motivos se califica a la Propuesta como planteamiento alternativo a la SPE, de quien sigue sus líneas básicas. La PDSUP se estructura en tres partes perfectamente diferenciadas. Una primera parte, que comprende los artículos 1 a 5, que denomina «Disposiciones generales». Una segunda parte, que contempla los artículos 6 a 25, exclusivamente aplicable a las sociedades limitadas, no a las anónimas, y en la que se regula la SUP. Y, finalmente, la tercera parte, artículos 26 a 33, bajo el epígrafe de «Disposiciones finales»⁵¹.

De todos modos, no existen datos que avalen por el mundo empresarial una Propuesta de Directiva de este tipo. De hecho, existe un Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) que mostraba su disconformidad con la mencionada Propuesta de Directiva⁵². Así, en el apartado de Conclusiones y Recomendaciones, el CESE afirmaba que la Propuesta de Directiva de la SUP «*en su forma actual no está madurada, ya que un gran número de sus disposiciones entraña (graves) riesgos potenciales para el comercio serio del mercado interior y para los intereses de acreedores, consumidores y trabajadores*». E, igualmente, afirmaba que el fundamento jurídico elegido, artículo 50 TFUE, no es convincente, pues debía haberse fundamentado en el artículo 352 TFUE. Asimismo, proponía que debería imponerse un capital social significativo, y que se indicara que la SUP era de responsabilidad limitada, así como su país de registro. Además, el CESE estaba a favor de que el domicilio social y la sede administrativa fueran uno solo, sin soslayar que era imprescindible que las SUP regularan la participación de los trabajadores. Y todo ello, sin suprimir el control sobre la identidad del fundador a que puede llevar el registro en línea, y manifestando que solamente se consideren SUP a aquellas empresas con una actividad transfronteriza. Por las razones expuestas, cierto que muy resumidas, el CESE consideró esencial que se aplicaran las sugerencias que se habían formulado en su dictamen. Pero parece que no fue así, pues a día de hoy la Propuesta de Directiva continúa paralizada.

VI. TÉRMINOS TÉCNICOS UTILIZADOS EN DERECHO ROMANO PARA DENOMINAR FIGURAS JURÍDICAS DIFERENTES, PERO DE SIMILAR CONTENIDO

La versión latina de sociedad unipersonal, según la Propuesta de Directiva europea, sería *societas unius personae*, sin embargo, resulta improbable que la jurisprudencia romana hubiera utilizado esa terminología para referirse a una *societas* de socio único que contiene la *fictio iuris* de regirse por las normas de una sociedad pluripersonal. Seguidamente apuntamos varios ejemplos que sustentan nuestra opinión de que los juristas romanos,

de haberse producido dicha situación, la hubieran conceptualizado como «*quasi societas*».

I. En la clasificación justinianea de las fuentes de las obligaciones⁵³ encontramos que frente a las *obligationes ex contractu* aparecen las *obligationes quasi ex contractu*. Mientras las primeras tienen su origen en un contrato (por ejemplo, un contrato de sociedad) las segundas surgen sin previo acuerdo entre partes, por un acto de voluntad unilateral lícito (por ejemplo, la *negotiorum gestio*, la tutela, una *communio incidens*, etc.). Otra clasificación de las fuentes de las obligaciones es la que diferencia las *obligationes ex maleficio* (o *ex delicto*), de las obligaciones *quasi ex maleficio* (o *quasi ex delicto*). Así, mientras las primeras tienen su origen en la comisión de un *quasi* hecho delictivo, las segundas son situaciones que también generan obligaciones, son un acto ilícito pero que el derecho romano no lo calificaba como delito, pero no por ello dejaba de producir una obligación entre el autor del acto y el perjudicado. Si nos damos cuenta en ambas categorías se generan obligaciones, pero los juristas romanos no buscaron nuevos conceptos, sino que lo resolvieron con la agregación del adverbio «*quasi*»: *quasi ex contractu* o *quasi ex maleficio*. Esta operación no debe ser explicada como un caso de ficción, ni tampoco como un supuesto de analogía. Sencillamente se buscó denominar a una fuente de obligaciones que carecía de denominación propia, con la denominación de otra ya existente, con la que guarda además cierto parecido, introduciendo el término «*quasi*». Simplemente, estamos ante lo que se conoce como efecto catacrético⁵⁴, que consiste en usar una palabra con un sentido diferente del que originariamente le corresponde con la finalidad de nombrar a una cosa que carece de nombre específico.

II. En la categoría de los derechos reales también tenemos dos ejemplos muy elocuentes: por un lado, *usufructus* y *quasi usufructus*; y por otro, *possessio* y *quasi possessio*. Mientras que el usufructo tiene por objeto cosas inconsumibles e infungibles sobre las cuales el usufructuario dispone del uso y disfrute (*uti frui*), es decir, del derecho a la percepción de los frutos, debe hacerlo sin alterar su esencia y destino económico social. Por el contrario, el *quasi usufructus* recae sobre cosas consumibles y fungibles, es decir, es un derecho de usufructo pero sobre cosas consumibles y fungibles. Realmente se trata de una situación anómala ya que en el cuasiusufructo el usufructuario adquiere la cosa y se compromete mediante caución a devolver la misma cantidad o valor. Obviamente, esta figura choca con la concepción originaria de usufructo, pero se permitió a partir de un senadoconsulto del Principado que no nos es bien conocido⁵⁵. La nueva situación de legalidad reconocida por el senadoconsulto, dada su similitud con la conocida figura del derecho real de usufructo, se definió por GAYO⁵⁶ como «*quasi usufructus*». Este proceso, de denominar a un usufructo paralelo como «*quasi usufructus*» es de nuevo una catacreción⁵⁷.

Por lo que respecta a la *possessio*, por todos es sabido que se trata de derecho real que confiere una potestad de inmediata tenencia o goce sobre una cosa, con independencia de que exista o no derecho real firme que justifique la atribución definitiva de esa potestad. Además, tiene como requisitos propios y diferenciadores la necesidad de *corpus* y *animus*. Pues bien, frente a la posesión aparece una figura similar pero de contenido diferente, la cuasi posesión. La *quasi possessio* o *possessio iuris* se produce cuando lo poseído no es una cosa (*possessio rei*), sino que se trata de la posesión de un derecho (*possessio iuris*). Es el ejercicio de hecho de un derecho, lo que implica evidentes diferencias con el ejercicio de hecho del *dominium* sobre una *res*. De nuevo estamos ante una situación que careciendo de nombre pero de contenido semejante, se la define con el mismo nombre precedido del adverbio «quasi»⁵⁸.

III. En derecho de familia, relacionado con los efectos patrimoniales de la *patria potestas*, se presentan diferenciados el peculio castrense y el peculio *quasi castrense*. Por peculio castrense, que procede de época de Augusto, se entiende todo el conjunto de bienes que un hijo de familia adquiere en el ejercicio de la profesión militar (*in castris*). Mientras que por peculio *quasi castrense* se entiende todo el conjunto de bienes que un hijo de familia adquiriría en el ejercicio de un cargo en la corte imperial o en la iglesia. Varias constituciones, la más antigua de Constantino, otorgaron el carácter de *peculium quasi castrense* a las adquisiciones de los empleados en el palacio imperial, de los asesores, de los obispos, presbíteros, diáconos y demás clérigos, así como a las donaciones del emperador o emperatriz. Se trata de dos figuras con una similitud absoluta siendo la segunda, el peculio *quasi castrense* de aparición posterior al castrense, pero como el régimen y facultades de disposición eran tan semejantes los juristas se limitaron a añadir el adverbio «quasi» y de ese modo definir a una figura jurídica sin nombre en relación con una preexistente con nombre; es decir, se equiparó al régimen del *peculium castrense*.

IV. Finalmente, indicar que en derecho sucesorio se regularon dos tipos de disposiciones testamentarias mediante las cuales se designaba a uno o varios herederos sustitutos para el caso de que el instituido en primer lugar no llegara a serlo: la sustitución pupilar y la sustitución cuasi pupilar o ejemplar. Ambas figuras tuvieron su origen en el derecho romano. Inicialmente surgió la sustitución pupilar que consiste en la designación de heredero hecha en testamento por el padre de familia al descendiente impúber que se halle bajo la potestad inmediata del testador para el caso de que muera antes de alcanzar la pubertad y, por lo tanto, sin posibilidad de haber otorgado testamento por falta de la necesaria *testamenti factio activa* o capacidad para testar. Posteriormente, surgió la conocida como sustitución *quasi* pupilar o ejemplar (llamada así por nacer *ad exemplum*

de la pupilar) que permitía al ascendiente, aun sin tener la patria potestad, nombrar heredero al descendiente que sufriese una perturbación mental (*furiosus*). En definitiva, se denomina cuasi pupilar, porque se introdujo a imitación de la pupilar, ya que reconoce los mismos fundamentos, y, como en la pupilar, el sustituto es el heredero directo del primer instituido. De nuevo, ante un régimen similar se utiliza el nombre preexistente añadiendo el adverbio «*quasi*». La relación entre ambas instituciones es obvia, nombrar heredero sustituto, lo que implica un nuevo caso de catacrexis⁵⁹.

VII. CONCLUSIÓN: PROPUESTA TERMINOLÓGICA

I. Todas aquellas cuestiones jurídicas a las que el ordenamiento jurídico romano no alcanzó a dotar de una solución legal certera y definitiva, han llegado con las mismas dudas hasta nuestros días. Es obvio que Roma no necesitó la sociedad unipersonal para el desarrollo de su actividad comercial, por ello no tuvo que adoptar una denominación terminológica específica, ni un nuevo término técnico para una situación inexistente económica, social y jurídicamente. Probablemente, de haberlo necesitado, lo más verosímil es que los juristas la hubieran denominado «*quasi societas*», a imagen y semejanza de lo que hicieron con otras instituciones jurídicas: *obligationes ex contractu* - *obligationes quasi ex contractu*; *obligationes ex maleficio* (o *ex delicto*) - *obligationes quasi ex maleficio* (o *quasi ex delicto*); *usufructus* - *quasi usufructus*; *possessio* - *quasi possessio*; *peculium quasi castrense* - *peculium quasi castrense*; *substitutio pupilaris* - *substitutio quasi pupilaris*. Por otro lado, no resulta creíble que la jurisprudencia romana hubiera empleado la expresión «*societas unius personae*» (sociedad de un solo socio).

II. Con las anteriores aseveraciones, no pretendemos cuestionar ni su vigencia actual, ni su utilidad para encauzar la actividad empresarial por una única persona, ni tan siquiera la oportunidad de su existencia legal. El objetivo del trabajo se ciñe, exclusivamente, a elevar una propuesta de denominación lo más acorde posible al pensamiento jurisprudencial romano. Y ello porque muchas instituciones jurídicas romanas han llegado sin solución concluyente a nuestros días, con el agravante de que no se ha tenido el ingenio jurídico de los juristas romanos para caracterizar terminológicamente a la institución.

III. La locución «sociedad unipersonal» es en sí misma un contradictorio, pues su fundamento no se encuentra en un contrato, cuando sea del tipo unipersonalidad originaria, sino en un acto unilateral, de modo que puede calificarse como un oximorón, es decir, un recurso de retórica literaria que consiste en la combinación de dos palabras o expresiones de significado opuesto que origina un nuevo sentido (por ej.: silencio

atronador, copia original). En definitiva, el término «sociedad unipersonal», independientemente de su aceptación doctrinal y uso actual, desde el punto de vista jurisprudencial romano se utiliza sin un significado técnico-jurídico preciso.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2013). De leyes perversas y legisladores bondadosos. *El Notario del Siglo XXI*, [En línea] núm. 51, septiembre-octubre, disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-51>.
- ALONSO ESPINOSA, F.J. (2010). Sociedad privada europea: notas para la caracterización de una nueva forma de sociedad. *Anales de derecho*, núm. 28, 1-19.
- ALONSO UREBA, A. (1987). La sociedad unipersonal. En A. Alonso Ureba, J.M.^a Chico Ortiz, F. Lucas Fernández (coord.), *La reforma del derecho español de sociedades de capital*. Madrid: Civitas (217-280).
- ÁLVAREZ VIGO, K. (2017). El capital social y la flexibilización del derecho. *Revista CEFlegal*, núm. 196 (mayo), 5-26.
- ARIAS BONET, J.A. (1948/49). Societas publicanorum. *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. XIX, 218-303.
- BISBAL I MÉNDEZ, J. (1987). La sociedad anónima unipersonal. En E. Beltrán Sánchez (coord.). *La reforma de la ley de sociedades anónimas*. Madrid: Civitas (71-103).
- BOQUERA MATARREDONA, J. (1996). *La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada*. Madrid: Civitas.
- (2009). Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada. En AA.VV. *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, (LSRL): Ley 2/1995, de 23 de marzo de Sociedades de Responsabilidad Limitada, artículos 125-129*, 2.^a ed. Madrid: Tecnos (1365-1398).
- BOQUERA MATARREDONA, J. y LATORRE CHINER, N. (2009). La Sociedad Privada Europea. *Revista de derecho de sociedades*, núm. 33, 97-128.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil, vol. I. Introducción y estatuto del empresario. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial. Derecho de sociedades*, 22.^a ed. Madrid: Tecnos.
- CARBAJO CASCÓN, F. (2002). *La sociedad de capital unipersonal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- (2009). Artículo 311. Sociedad anónima unipersonal. En I. Arroyo Martínez, J.M. Embid Irujo, C. Górriz López (coord.). *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas: Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*, Vol. 3. Madrid: Tecnos (2911-2993).
- CAZORLA, L., El desastre de la Sociedad de Responsabilidad Limitada de Formación Sucesiva, en *El Blog de Luis Cazorla*, <http://luiscazorla.com/2013/11/el-desastre-de-la-sociedad-de-responsabilidad-limitada-de-formacion-sucesiva/>
- CIMMA, M.R. (1981). *Ricerche sulle società di publicani*. Milano: Giuffrè.

- CORTIZO RODRÍGUEZ, V. y LANDEIRA, R.A. (2013). Nuevas figuras societarias: el emprendedor de responsabilidad limitada (ERL) y la sociedad limitada de formación sucesiva (SLFS). *Economist&Jurist*, vol. 21, núm. 175, 26-29.
- CRIFO, G. (1977). *Studi sul quasi-usufrutto romano. 1. Problemi di datazione*. Padova: Cedam.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984). *La persona jurídica*. 2.ª ed. Madrid: Civitas.
- DÍAZ MORENO, A. (2011). Comentario Artículo 12. Clases de sociedades de capital unipersonales. En A. Rojo - E. Beltrán (coord.). *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, 1.ª ed. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters (256-262).
- (2011). Comentario Artículo 17. Especialidades de las sociedades unipersonales públicas. En A. Rojo - E. Beltrán (coord.). *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, 1.ª ed. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters (293-297).
- DUFOUR, G. (2010). Les «societates publicanorum» de la République romaine: des ancêtres des sociétés par actions modernes?. *Revue internationale des droits de l'antiquité*, núm. 57, 145-195.
- ESTEBAN VELASCO, G. (2016). Las reformas de la sociedad de responsabilidad limitada en España en el contexto comunitario y comparado de la simplificación de las sociedades cerradas de capital. En F. Rodríguez Artigas, G. Esteban Velasco, y M. M.ª Sánchez Álvarez (coord.). *Estudios sobre Derecho de Sociedades: «Liber Amicorum» Profesor Luis Fernández de la Gándara*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi (113-156).
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (2018). Las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en el marco del Derecho Europeo: una reflexión sobre tipología societaria. En I. Fernández Torres, F. J. Arias Varona, J. Martínez Rosado (coord.). *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*. Madrid: Iustel (269-306).
- FUENTES NAHARRO, M. (2011). Aportaciones de industria a sociedades de capital: a propósito de la reforma italiana y el proyecto de estatuto de la Sociedad Privada Europea. En M. Fuentes Naharro, M.ª S. Navarro Lérida (coord.); C. Alonso Ledesma, A. Alonso Ureba, G. Esteban Velasco (dir.). *La modernización del derecho de sociedades de capital en España: Cuestiones pendientes de reforma*. Vol. 2. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi (297-308).
- GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, E. (2017). La sociedad limitada en régimen de formación sucesiva. En F.J. Valenzuela (coord.), F. J. Pérez Serrabona (dir.). *Reformas en derecho de sociedades*. Madrid: Marcial Pons (307-313).
- GARCÍA LUDEÑA, M.ª T. (2016). Responsabilidad en el seno de la *societas publicanorum*: presupuestos para una interpretación evolutiva. *Revista General de Derecho Romano*, núm. 27.
- GARCÍA-VALDECASAS, J.A. (2013). Resumen de la ley de emprendedores y su internacionalización. Disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/doctrinal/resumenes/2013-emprendedores.htm>, (última consulta, 20 de septiembre de 2021).
- GINESTA AMARGÓS, J. (1998). Sociedades unipersonales en Derecho Romano. En *III Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (coord. por C. Rascón García). León: Universidad de León. Secretariado de Publicaciones (207-217);

- también en Castán Pérez-Gómez, S. (coord.), (2021). *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo. Vol. 2, (Derecho de personas)*. Madrid: Boletín Oficial del Estado (655-674).
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.^a B. (2004). *La sociedad unipersonal en el derecho español (Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada y Sociedad Limitada Nueva Empresa)*. Madrid: La Ley.
- GRISOLI, A. (2019). *Las sociedades de un solo socio. Análisis de los datos de un estudio de derecho comparado*. Santiago de Chile: Olejnik.
- GROSSO, G. (1958). *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*. 2.^a ed. ampliata. Torino: Giapichelli.
- GUERRERO LEBRÓN, M.^a J. (2013). Legislación. Ley de emprendedores. *Derecho de los Negocios*, núm. 272, año 24, 34-38.
- GUZMÁN BRITO, A. (2016). El significado de «quasi» en el vocabulario de los juristas romanos. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 38, 79-95.
- GUARINO, A. (1968). *Solutio societatis. Labeo. Rassegna di diritto romano*, 14, núm.2, 139-166.
- IGLESIAS PRADA, J.L. (1997). La sociedad de responsabilidad limitada unipersonal. En J.C. Paz-Ares Rodríguez (coord.). *Tratando de la sociedad limitada*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, (1002-1043).
- IRIBARREN BLANCO, M. (2011). Artículo 438. Unipersonalidad (sociedad nueva empresa). En Á. Rojo - E. Beltrán (coord.). *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Vol. 2. (Tomo II). Madrid: Thomson Reuters-Civitas (2953-2958).
- IRIARTE IBARGÜEN, A. (2013). ERL y SLFS, dos nuevas figuras en el ordenamiento jurídico societario. *Estrategia Financiera*, núm. 311, Sección Artículos / Fiscalidad, diciembre 2013, Wolters Kluwer España, (1-7). Disponible en <https://docplayer.es/8352402-Erl-y-slfs-dos-nuevas-figuras-en-el-ordenamiento-juridico-societario-ainoa-iriarte-ibarguen.html>.
- JEQUIER LEHUEDÉ, E. (2011). Unipersonalidad y sociedad con un solo socio: alcances de su reconocimiento en la estructura dogmática del derecho chileno. *Revista Ius et Praxis*, año 17, núm. 2, 189-230.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A. (2001). Sociedad unipersonal de Responsabilidad Limitada. (arts. 125 a 129 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). En R. Uría, A. Menéndez y M. Olivencia (dir.), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, tomo XIV, vol.5.º, 2.^a ed. Madrid: Civitas.
- JORDANO BAREA, J.B. (1964). La sociedad de un solo socio. *Revista de Derecho mercantil* núm. 91, 7-34.
- LAPOLE, E., ¿Qué es la Sociedad Limitada de Formación Sucesiva?, disponible en <https://linkcworkiing.es/sociedad-limitada-de-formacion-sucesiva/>
- LEVY, E. y RABEL, E. (1929). *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, Weimar.
- LOVATO, A. (2020). Forme societarie nel Principato: tipologia e casistica giurisprudenziale. *Legal Roots. The International Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law* núm. 9, 301-314.
- LUCINI MATEO, Á. (2009), Hacia la Sociedad Privada Europea: luces y sombras. *Escritura pública*, núm. 56, 36-37.

- LUCINI MATEO, Á. (2015). Reflexiones acerca del proyecto de Directiva Europea sobre Sociedad Limitada Unipersonal (SUP), de fecha 9-4-2014. *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 63, 13-44.
- MARTOS GARCÍA, J.J. (2015). *El nuevo régimen del Emprendedor de Responsabilidad Limitada (ERL). Análisis mercantil y tributario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PARICIO SERRANO, F.J. (1994). Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana. En F. J. Paricio Serrano (coord.), *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. (49-62).
- (2002). El contrato de sociedad en derecho romano. En AA.VV. *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*. Vol. I. Madrid: McGraw-Hill (407-428).
- PASTOR SEMPERE, M.^a del C. (2016). Sociedad unipersonal. En M.^a de L. Ferrando, V. Martí (coord.), J.M. Embid (dir.), *Derecho de sociedades de capital: estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria*. Madrid: Marcial Pons (547-572).
- ROJO FERNÁNDEZ, A. y BELTRÁN, E. (2011). Artículo 5. Prohibición de capital inferior al mínimo legal. En AA.VV. *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Vol. 1. Tomo I. Madrid: Thomson Reuters-Civitas.
- RONCERO SÁNCHEZ, A. (1996). La sociedad de capital unipersonal. En F. Rodríguez Artigas *et alii* (coord.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*. Tomo II. Madrid: McGraw-Hill (1123-1186).
- (2010). La sociedad unipersonal como forma de organización de la pequeña y mediana empresa. En M.^a Á. Alcalá Díaz (coord.), *Creación, gestión estratégica y administración de la PYME*. Madrid: Civitas (135-170).
- SACRISTÁN REPRESA, M. (1991). Concepto y número mínimo de fundadores. Sociedad unipersonal. En A. Alonso Ureba (coord.), *Derecho de sociedades anónimas: en homenaje al profesor José Girón Tena*. Vol. 1. (La fundación). Albacete: Civitas (457-518).
- SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2015). *Instituciones de Derecho mercantil*. 37.^a ed., vol. I. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- SÁNCHEZ RUS, H. (1998). La sociedad unipersonal. *Revista general de derecho*, núm. 646-647, 9297-9330.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2018). *Comentarios a la ley de sociedades de capital*, 3.^a ed., Madrid: Wolters Kluwer.
- VELASCO, C. (1994). La sociedad. En F.J. Paricio Serrano (coord.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J.L. Murga Gener*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. (611-635).
- VICENT CHULIÁ, F. (2013). La Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles. *La Notaría. Revista del Colegio Notarial de Cataluña*, núm. 3, 36-61.
- VIERA GONZÁLEZ, A.J. (2008). La sociedad privada europea: una alternativa a la sociedad de responsabilidad limitada. *Revista de Derecho mercantil*, núm. 270, 1331-1392.

NOTAS

¹ *Vid.*, entre la abundante bibliografía, JORDANO BAREA, J.B. (1964). La sociedad de un solo socio. *Revista de Derecho mercantil*, núm. 91, 7-34. BISBAL I MÉNDEZ, J. (1987). La sociedad anónima unipersonal. En E. Beltrán Sánchez (coord.), *La reforma de la ley de sociedades anónimas*. Madrid: Civitas, 71-103. ALONSO UREBA, A. (1987). La sociedad unipersonal. En A. Alonso Ureba, J.M.^a Chico Ortiz, F. Lucas Fernández (coord.), *La reforma del derecho español de sociedades de capital*. Madrid: Civitas, 217-280. SACRISTÁN REPRESA, M. (1991). Concepto y número mínimo de fundadores. Sociedad unipersonal. En A. Alonso Ureba (coord.), *Derecho de sociedades anónimas: en homenaje al profesor José Girón Tena*. Vol. 1. (La fundación). Albacete: Civitas, 457-518. RONCERO SÁNCHEZ, A. (1996). La sociedad de capital unipersonal. En F. Rodríguez Artigas et alii (coord.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*. Tomo II, Madrid: McGraw-Hill, 1123-1186. SÁNCHEZ RUS, H. (1998). La sociedad unipersonal. *Revista general de derecho*, núm. 646-647, 9297-9330. CARBAJO CASCÓN, F. (2002). *La sociedad de capital unipersonal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.^a B. (2004). *La sociedad unipersonal en el derecho español (Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada y Sociedad Limitada Nueva Empresa)*. Madrid: La Ley. RONCERO SÁNCHEZ, A. (2010). La sociedad unipersonal como forma de organización de la pequeña y mediana empresa. En M.^a A. Alcalá Díaz (coord.), *Creación, gestión estratégica y administración de la PYME*. Madrid: Civitas, 135-170. SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2015). *Instituciones de Derecho mercantil*, 37.^a ed., vol. I. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 762 y sigs. BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil, vol. I. Introducción y estatuto del empresario. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial. Derecho de sociedades*, 22.^a ed. Madrid: Tecnos, 655 y sigs.

² CARBAJO CASCÓN, F. (2009). Artículo 311. Sociedad anónima unipersonal. En I. Arroyo Martínez, J.M. Embid Irujo, C. Górriz López (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas: Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*. Vol. 3. Madrid: Tecnos, 2911.

³ *Vid.* VICENT CHULIÁ, F. (2013). La Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles. *La Notaría. Revista del Colegio Notarial de Cataluña*, núm. 3, 36-61. MARTOS GARCÍA, J.J. (2015). *El nuevo régimen del Emprendedor de Responsabilidad Limitada (ERL). Análisis mercantil y tributario*. Valencia: Tirant lo Blanch.

⁴

| Ejercicio: | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 |
|------------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| ERL: | 13 | 51 | 27 | 12 | 15 | 10 | 10 | 13 |
| SLFS: | 18 | 244 | 340 | 239 | 167 | 148 | 126 | 107 |
| SAU: | 1171 | 1180 | 1216 | 1114 | 1182 | 1170 | 1193 | 970 |
| SRLU: | 44128 | 46388 | 48086 | 50295 | 51009 | 54091 | 56740 | 48712 |

*Elaboración propia a partir de datos obtenidos en los anuarios estadísticos mercantiles publicados por el Colegio de Registradores de España.

⁵ Es preciso señalar que existen algunas discrepancias doctrinales, poco trascendentes, a propósito de la calificación jurídica que deba darse a la nueva SLFS. Mientras que en la LAEI el legislador la califica de «nueva figura de sociedad», como si de un nuevo tipo societario se tratara y así lo mantienen algunos autores (LAPOLE, E., «¿Qué es la Sociedad Limitada de Formación Sucesiva?», disponible en <https://cinkcoworking.es/sociedad-limitada-de-formacion-sucesiva/> (última consulta, 20 de septiembre de 2021). IRIARTE IBARGÜEN, A. (2013). ERL y SLFS, dos nuevas figuras en el ordenamiento

jurídico societario. *Estrategia Financiera*, núm. 311, Sección Artículos / Fiscalidad, diciembre de 2013, Wolters Kluwer España, 5. Disponible en <https://docplayer.es/8352402-Erl-y-slfs-dos-nuevas-figuras-en-el-ordenamiento-juridico-societario-ainoa-iriarte-ibarguen.html> (última consulta, 20 de septiembre de 2021). ALVAREZ VIGO, K. (2017). El capital social y la flexibilización del derecho. *Revista CEFlegal*, núm. 196 (mayo), 8. Igualmente la califica, irónicamente entendemos, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2013). De leyes perversas y legisladores bondadosos. *El Notario del Siglo XXI*, [En línea] núm. 51, septiembre-octubre, 3 (<http://www.elnotario.es/index.php/hemerotecalrevista-51>), cuando dice que es un nuevo «tipo» de sociedad limitada); otra parte de la doctrina, la inmensa mayoría, entienden que es una denominación muy poco afortunada, pues realmente se trata de una situación en la que puede encontrarse una SRL con un capital social inferior al mínimo legal, antes que frente a una auténtica especialidad o subtipo legal de SRL. Verdaderamente, es una expresión, la de «formación sucesiva», equívoca e incierta. La mayor parte de los autores que han tratado la SLFS, y por la bibliografía existente no han sido muchos, ni tan siquiera la califican abiertamente de «subtipo» de SRL, salvo GARCÍA-VALDECASAS, J.A. (2013). Resumen de la ley de emprendedores y su internacionalización, 12. Disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/doctrinal/resumenes/2013-empresadores.htm>, (última consulta, 20 de septiembre de 2021). No comparte dicho comentario VICENT CHULIÀ, para quien ya tenemos un exceso de tipos y subtipos societarios. Opinión que sustenta en que no se exige una denominación especial, como en las leyes alemana o belga, ni un régimen distinto de desembolso mínimo, por lo que no considera oportuno ni necesario decir que la LAEI regula un nuevo «subtipo» de SRL, ya que la SLFS, que sirve de rúbrica al artículo 12 de la LAEI, desaparece en el texto del artículo 4 LSC, aun siendo de nueva redacción [VICENT CHULIÀ, F. (2013). La Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles»..., *op. cit.*, 48]. Más bien hablan los autores de «una SRL con un régimen especial» [SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2015). *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. I, ..., *op. cit.*, 707 y sigs.; VALPUESTA GASTAMINZA E. (2018). *Comentarios a la ley de sociedades de capital*, 3.ª ed. Madrid: Wolters Kluwer, 49; o como «paso inicial» en el iter concebido por el legislador para constituir una SRL [BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2015)]. *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, ..., *op. cit.*, 382]; o como «la mera situación en la que se encuentra una SRL» (GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, E. (2017). La sociedad limitada en régimen de formación sucesiva. En F.J. Valenzuela (coord.), F.J. Pérez Serrabona (dir.), *Reformas en derecho de sociedades*. Madrid: Marcial Pons, 308, especialmente nt. 2.); e incluso de «subforma provisional de SRL» (CORTIZO RODRÍGUEZ, V. y LANDEIRA, R.A. (2013). Nuevas figuras societarias: el emprendedor de responsabilidad limitada (ERL) y la sociedad limitada de formación sucesiva (SLFS). *Economist&Jurist*, vol. 21, núm. 175, 28]; o de que «su objetivo es impulsar una SRL» (CAZORLA, L. (2013). El desastre de la Sociedad de Responsabilidad Limitada de Formación Sucesiva. Disponible en *El Blog de Luis Cazorla*, <http://luiscazorla.com/2013/11/el-desastre-de-la-sociedad-de-responsabilidad-limitada-de-formacion-sucesiva/>); también se la califica como «una «nueva fórmula» de constitución de una SRL» (GUERRERO LEBRÓN, M.ª J. (2013). Legislación. Ley de emprendedores. *Derecho de los Negocios*, núm. 272, año 24, 35]. Finalmente, decir que se ha afirmado que «no se ha creado un subtipo de SL, que incida en el régimen de organización y funcionamiento, sino simplemente se introducen algunas especialidades respecto de la sociedad limitada «ordinaria» o «común» (ESTEBAN VELASCO, G. (2016). Las reformas de la sociedad de responsabilidad limitada en España en el contexto comunitario y comparado de la simplificación de las sociedades cerradas de capital. En F. Rodríguez Artigas, G. Esteban Velasco y M.M.ª Sánchez Álvarez (coord.), *Estudios sobre Derecho de Sociedades: «Liber Amicorum» Profesor Luis Fernández de la Gándara*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 131]. Pero lo cierto, en definitiva, es la escasa repercusión que hasta la fecha ha tenido esta figura en la

actividad empresarial, baste mirar la tabla expuesta ut supra, en comparación con la constitución de sociedades de responsabilidad limitada unipersonales.

⁶ Soslayamos el estudio de la Sociedad Limitada Nueva Empresa (SLNE), creada por Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, dado el escaso interés que su constitución ha despertado en el mundo empresarial, pues, aunque limita el número inicial de socios a un máximo de cinco, también puede surgir con carácter unipersonal (IRIBARREN BLANCO, M. (2011). Artículo 438. Unipersonalidad (sociedad nueva empresa). En Á. Rojo - E. Beltrán (coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Vol. 2. (Tomo II). Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2953-2958]. Su régimen jurídico se halla recogido en los artículos 434 a 455 de la LSC.

⁷ Según lo previsto en el artículo 5 LSC, el capital social mínimo de una sociedad de responsabilidad limitada no podrá ser inferior a 3000 euros, expresado además en esa moneda. Si por cualquier circunstancia el capital deviniera inferior no podrían autorizarse las escrituras de transformación o escisión, y en caso de autorizarse, no podrían inscribirse en el Registro Mercantil, y en caso de inscribirse, concurriría causa de disolución. ROJO FERNÁNDEZ, A. y BELTRÁN, E. (2011). Artículo 5. Prohibición de capital inferior al mínimo legal. En AA.VV. *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Vol. 1. Tomo I. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 209-213. VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2018). *Comentarios a la ley de sociedades de capital*, 3.ª ed., ..., op. cit., 51.

⁸ LOVATO, A. (2020). Forme societarie nel Principato: tipologia e casistica giurisprenziale. *Legal Roots. The International Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law* núm. 9, 301-314.

⁹ D.17.2.63.10 (*Ulp. 31 ad ed.*); GAYO 3.151-154. VELASCO, C. (1994). La sociedad. En F.J. Paricio Serrano (coord.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J.L. Murga Gener*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 627 nt. 111. PARI-CIO SERRANO, F.J. (2002). El contrato de sociedad en derecho romano. En AA.VV. *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*. Vol. I. Madrid: McGraw-Hill, 418 y sigs.

¹⁰ GAYO 3.152 lo afirma con rotundidad: *Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit*. (También se disuelve la sociedad por la muerte de un socio, ya que el que contrae la sociedad elige una persona determinada).

¹¹ *Vid.* LEVY, E. y RABEL, E. (1929). *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, Weimar.

¹² *Vid.* GUARINO, A. (1968). *Solutio societatis. Labeo. Rassegna di diritto romano*, 14, núm. 2, 139-166. ARIAS BONET, J.A. (1948/49). *Societas publicanorum. Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. XIX, 276 y sigs. CIMMA, M.R. (1981). *Ricerche sulle società di publicani*. Milano: Giuffrè, 229 y sigs. (Con importante aparato bibliográfico). DUFOUR, G. (2010). Les «societates publicanorum» de la République romaine: des ancêtres des sociétés par actions modernes?. *Revue internationale des droits de l'antiquité*, núm. 57, 145-195. GARCÍA LUDEÑA, M.ª T. (2016). Responsabilidad en el seno de la *societas publicanorum*: presupuestos para una interpretación evolutiva. *Revista General de Derecho Romano*, núm. 27. GINESTA AMARGÓS, J. (1998). Sociedades unipersonales en Derecho Romano. En *III Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (coord. por C. Rascón García). León: Universidad de León. Secretariado de Publicaciones (207-217); también en Castán Pérez-Gómez, S. (coord.), (2021). *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo. Vol. 2. (Derecho de personas)*. Madrid: Boletín Oficial del Estado (655-674).

¹³ PARI-CIO SERRANO, F.J. (2002). El contrato de sociedad en derecho romano..., op. cit., 414-415.

¹⁴ *Vid.* ARIAS BONET, J.A. (1948/49). *Societas publicanorum...*, op. cit., 218 y sigs.

¹⁵ Primera Directiva del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades

definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros. [Disposición derogada].

¹⁶ Segunda Directiva del Consejo de 13 de diciembre de 1976 tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital.

¹⁷ Esta Directiva 89/667/CEE ha sido modificada en diversas ocasiones y de forma sustancial, pero no en aquello que afecta a nuestra legislación vigente. Para conseguir una mayor racionalidad y claridad se ha procedido a su codificación, y para hacerla equivalente en toda la Comunidad se ha procedido a coordinar determinadas garantías exigidas en todos los Estados miembros relativas a las formas de sociedades. Para ello se ha adoptado la Directiva 2009/102/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 en materia de derecho de sociedades relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único (DOCE L 258/20 de 1.10.2009) (Versión codificada). Por todos, sobre la Duodécima Directiva (89/667/CEE) del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, en materia de sociedades, *vid.* CARBAJO CASCÓN, F. (2002). *La sociedad de capital unipersonal...*, *op. cit.*, 75 y sigs. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.^a B. (2004). *La sociedad unipersonal en el derecho español...*, *op. cit.*, 49 y sigs.

¹⁸ Entendemos que si bien la sociedad unipersonal es en realidad una ficción jurídica cuya admisión obedece a que su prohibición generaría serias alteraciones en el tráfico mercantil, no debe soslayarse que tal reconocimiento cumple una función meramente instrumental, cuestión que supera nuestro objeto de estudio en esta sede y que, por lo tanto, no abordamos.

¹⁹ Sobre esta cuestión, *vid.*, especialmente, DE CASTRO Y BRAVO, F., (1984). *La persona jurídica*. 2.^a ed. Madrid: Civitas, 21-77.

²⁰ IGLESIAS PRADA, J.L. (1997). La sociedad de responsabilidad limitada unipersonal. En J.C. Paz-Ares Rodríguez (coord.), *Tratando de la sociedad limitada*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1006.

²¹ No así para la RAE, que define la sociedad como un conjunto de personas organizadas y asociadas con algún propósito, ratificado por su origen etimológico, del latín *societas - atis* («unión»), derivado de *socius*, (socio, compañero).

²² Sobre qué haya de entenderse por «socio único», además de la bibliografía indicada en la nota 1, *vid.* BOQUERA MATARREDONA, J. (1996). *La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada*. Madrid: Civitas, 88 y sigs. BOQUERA MATARREDONA, J. (2009). Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada. En AA.VV. *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, (LSRL): Ley 2/1995, de 23 de marzo de Sociedades de Responsabilidad Limitada, artículos 125-129*, 2.^a ed. Madrid: Tecnos, 1373 y sigs. CARBAJO CASCÓN, F. (2002). *La sociedad de capital unipersonal...*, *op. cit.*, 256 y sigs. CARBAJO CASCÓN, F. (2009). Artículo 311. Sociedad anónima unipersonal..., *op. cit.*, 2948 y sigs. IGLESIAS PRADA, J.L. (1997). La sociedad de responsabilidad limitada unipersonal..., *op. cit.*, 1017 y sigs. PASTOR SEMPERE, M.^a del C. (2016). Sociedad unipersonal. En M.^a de L. Ferrando, V. Martí (coord.), J.M. Embid (dir.), *Derecho de sociedades de capital: estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria*. Madrid: Marcial Pons, 552 y sigs.

²³ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.^a B. (2004). *La sociedad unipersonal en el derecho español...*, *op. cit.*, 49 y sigs.

²⁴ SÁNCHEZ RUS, H. (1998). La sociedad unipersonal..., *op. cit.*, 9319 y sigs.

²⁵ IGLESIAS PRADA, J.L. (1997). La sociedad de responsabilidad limitada unipersonal..., *op. cit.*, 1008.

²⁶ GRISOLI, A. (2019). *Las sociedades de un solo socio. Análisis de los datos de un estudio de derecho comparado*. Santiago de Chile: Olejnik, 235 y sigs.

²⁷ CARBAJO CASCÓN, F. (2002). *La sociedad de capital unipersonal...*, *op. cit.*, 200 y sigs.

²⁸ Sobre su proceso de aceptación legal, con destacado aparato bibliográfico, *vid.* RONCERO SÁNCHEZ, A. (1996). La sociedad de capital unipersonal..., *op. cit.*, 1125 y sigs.

²⁹ DÍAZ MORENO, A. (2011). Comentario Artículo 12. Clases de sociedades de capital unipersonales. En A. Rojo, E. Beltrán (coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Tomo I. 1.^a ed. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 258.

³⁰ BOQUERA MATARREDONA, J. (2009). Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada..., *op. cit.*, 1368.

³¹ PASTOR SEMPERE, M.^a del C. (2016). Sociedad unipersonal..., *op. cit.*, 547 y sigs.

³² JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A. (2001). Sociedad unipersonal de Responsabilidad Limitada. (arts. 125 a 129 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). En R. Uria, A. Menéndez y M. Olivencia (dir.), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*. Tomo XIV. Vol.5.º. 2.^a ed. Madrid: Civitas, 41 y sigs.

³³ Pero también puede recaer en varias personas, porque la SRLU no es inmutable, y entonces hablaríamos de pluripersonalidad. Sobre la unipersonalidad, la pluripersonalidad y la legitimación para ejercer los derechos inherentes a la condición de socio, así como sobre el análisis particular de algunos supuestos: copropiedad de todas las participaciones; carácter ganancial de las participaciones sociales; y existencia de derechos reales limitados sobre todas las participaciones, *vid.* JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A. (2001). Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada. (arts. 125 a 129 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) ..., *op. cit.*, 70-95.

³⁴ Un supuesto «especial» de sociedad unipersonal se recoge en el artículo 17 LSC (Sociedades públicas unipersonales). - «A las sociedades de responsabilidad limitada o anónimas unipersonales cuyo capital sea propiedad del Estado, Comunidades Autónomas o Corporaciones locales, o de organismos o entidades de ellos dependientes, no serán de aplicación lo establecido en el apartado segundo del artículo 13, el artículo 14 y los apartados 2 y 3 del artículo 16». Su único socio es una entidad pública, es una sociedad de capital público, y ningún particular podrá acogerse a su constitución. Se trata, sin duda, de entidades privilegiadas porque *no les serán de aplicación lo establecido en el apartado segundo del artículo 13, el artículo 14 y los apartados 2 y 3 del artículo 16*. Es decir, se les exime (1) De cumplir lo establecido en el artículo 13. 2.º LSC. No tendrán que hacer constar expresamente su condición de unipersonal en su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, ni en los anuncios que haya de publicar por disposición legal o estatutaria. (2) De cumplir lo previsto en el artículo 14 LSC: inscribir en el Registro Mercantil, en el plazo de seis meses, su nueva condición de unipersonal, pues en caso contrario el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el periodo de unipersonalidad. Pues bien, las sociedades unipersonales públicas no están obligadas a ello. (3) También se les exime de cumplir lo establecido en el artículo 16. 2.º LSC. Nada obsta para que el socio único y la sociedad unipersonal puedan celebrar contratos, que deberán constar por escrito (o en la forma documental que exija la ley de acuerdo con su naturaleza), transcribirse a un libro-registro de la sociedad, legalizado conforme a lo dispuesto para los libros de actas de las sociedades, y se deberá hacer mención de ellos en la memoria anual (art. 16.1 LSC). Pues bien, en caso de incumplimiento de lo anterior y en el supuesto de que se produzca un concurso del socio único o de la sociedad, no serán oponibles a la masa. Sin embargo, en las mismas circunstancias, cuando el socio único sea una administración territorial o un organismo o entidad dependiente de ella, no se producirá. Es decir, el artículo 16. 2.º LSC, es expresamente inaplicable a los entes públicos contemplados en el artículo 17 LSC. Y (4), finalmente, también están exentas las sociedades unipersonales públicas de cumplir lo establecido en el artículo 16. 3.º LSC. No se les podrá reclamar ninguna responsabilidad por las ventajas que directa o indirectamente hayan obtenido en perjuicio de la sociedad como consecuencia de los contratos celebrados. Por lo tanto,

«al excluir la aplicación de determinadas normas propias del régimen específico de la unipersonalidad societaria, el tratamiento especial de las sociedades cuyo socio único sea un ente público consiste, precisamente, en someterlas más radicalmente al régimen general de las sociedades de capital pluripersonales». *Vid.* BOQUERA MATARREDONA, J. (1996). *La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada...*, *op. cit.*, 181-184. CARBAJO CASCÓN, F. (2002). *La sociedad de capital unipersonal...*, *op. cit.*, 267-270. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.^a B. (2004). *La sociedad unipersonal en el derecho español...*, *op. cit.*, 126-130. DÍAZ MORENO, A. (2011). Comentario Artículo 17. Especialidades de las sociedades unipersonales públicas. En A. Rojo, E. Beltrán (coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Tomo I. 1.^a ed. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 293-297.

³⁵ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A. (2001). Sociedad unipersonal de Responsabilidad Limitada. (arts. 125 a 129 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) ..., *op. cit.*, 56 y sigs.

³⁶ VALPUESTA GASTAMINZA E. (2018), *Comentarios a la ley de sociedades de capital*, 3.^a ed., ..., *op. cit.*, 83. Por ello, dice el autor, «La sociedad «económicamente unipersonal», porque de hecho un socio tiene la mayoría de votos y no existe oposición de los demás (socios de favor, p. ej., el padre que constituye la sociedad actuando por su cuenta, y por cuenta del hijo menor de edad por él representado; o la sociedad cuyos socios sean una sociedad madre, y unas filiales íntegramente participadas por aquella; etc.) no entra dentro de la regulación de los artículos 12 a 17 LSC. Respecto de ella se aplicarán, en su caso, las reglas de «abuso de la personalidad jurídica», si se utiliza la personalidad como una forma de defraudar a terceros. Tampoco importa si el socio formalmente único puede que no tenga todos los derechos de voto (p. ej., si parte de las participaciones o acciones están usufructuadas y el usufructuario tiene derecho de voto, art 127 LSC)».

³⁷ La concentración de la propiedad en el único socio puede producirse mediante diferentes tipos negociales: compraventa, donación, herencia, aportaciones a una sociedad, renuncia a continuar como socios de todos los socios menos uno, o por cualquier otro tipo de habilitación jurídica que no suponga un fraude, por ejemplo, por una permuta, por una compensación de obligaciones entre socios, es decir, a través de cualquier medio jurídico de consolidación en un solo socio de toda la propiedad societaria. En definitiva, la persona ya física ya jurídica que concentra todas las participaciones sociales puede ser desde un socio a una persona ajena a la sociedad, e incluso una persona vinculada a la sociedad en su condición de administrador o gerente, pero sin ser socio. BOQUERA MATARREDONA, J. (1996). *La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada...*, *op. cit.*, 67 y sigs. BOQUERA MATARREDONA, J. (2009). Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada..., *op. cit.*, 1371. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A. (2001). Sociedad unipersonal de Responsabilidad Limitada. (arts. 125 a 129 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) ..., *op. cit.*, 58 y sigs.

³⁸ —Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas.

—Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. (Disposiciones derogadas)

³⁹ —Ley de 17 de julio de 1953 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

—Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. (Disposiciones derogadas)

⁴⁰ Sobre el tratamiento legal de la sociedad unipersonal en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, en las que se exige como regla general una pluralidad de socios para su fundación en ambos tipos sociales (art. 10.1 LSA y art. 1.2.º LSRL), y la posibilidad de que las sociedades que devienen unipersonales subsistan (apartado VIII de la exposición de motivos de la LSA, art. 150 LSA y art. 30 LSRL), *vid.* GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.^a B. (2004). *La sociedad unipersonal en el derecho español...*, *op. cit.*, 16 y sigs.

⁴¹ JEQUIER LEHUEDÉ, E. (2011). Unipersonalidad y sociedad con un solo socio: alcances de su reconocimiento en la estructura dogmática del derecho chileno. *Revista Ius et Praxis*, año 17, núm. 2, 196.

⁴² GRISOLI, A. (2019). *Las sociedades de un solo socio...*, op. cit., 259 y sigs.

⁴³ Para VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2018). *Comentarios a la ley de sociedades de capital*, 3.ª ed., ..., op. cit., 82, equivaldría a la institución del «emprendedor de responsabilidad limitada», regulada en los artículos 7 a 11 de la Ley 14/2013.

⁴⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52008PC0396> (última consulta, 20 de septiembre de 2021). FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (2018). Las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en el marco del Derecho Europeo: una reflexión sobre tipología societaria. En I. Fernández Torres, F. J. Arias Varona, J. Martínez Rosado (coord.), *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*. Madrid: Iustel, 286 y sigs.

⁴⁵ Al estudio del Estatuto de la Sociedad Privada Europea (SPE), en su momento, se dedicó por la doctrina interesantísimos trabajos, de los cuales, a título de ejemplo, se citan los siguientes: VIERA GONZÁLEZ, A.J. (2008). La sociedad privada europea: una alternativa a la sociedad de responsabilidad limitada. *Revista de derecho mercantil*, núm. 270, 1331-1392; LUCINI MATEO, Á. (2009). Hacia la Sociedad Privada Europea: luces y sombras. *Escritura pública*, núm. 56, 36-37; BOQUERA MATARREDONA, J. y LATORRE CHINER, N. (2009). La Sociedad Privada Europea. *Revista de derecho de sociedades*, núm. 33, 97-128; ALONSO ESPINOSA, F.J. (2010). Sociedad privada europea: notas para la caracterización de una nueva forma de sociedad. *Anales de derecho*, núm. 28, 1-19; FUENTES NAHARRO, M. (2011). Aportaciones de industria a sociedades de capital: a propósito de la reforma italiana y el proyecto de estatuto de la Sociedad Privada Europea. En M. Fuentes Naharro, M.ª S. Navarro Lérica; C. Alonso Ledesma (coord.), A. Alonso Ureba, G. Esteban Velasco (dir.), *La modernización del derecho de sociedades de capital en España: Cuestiones pendientes de reforma*. Vol. 2. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, 297-308.

⁴⁶ LUCINI MATEO, Á. (2015). Reflexiones acerca del proyecto de Directiva Europea sobre Sociedad Limitada Unipersonal (SUP), de fecha 9-4-2014. *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 63, 19.

⁴⁷ Se retiró definitivamente por la Comisión europea el 2 de octubre de 2013. En ANEXO de la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre «Adecuación y eficacia de la normativa (RETIF): Resultados y próximas etapas» COM/2013/0685 final, se indica literalmente: «Retirada de la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el estatuto de la sociedad privada europea». <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52013DC0685> (última consulta, 20 de septiembre de 2021).

⁴⁸ <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/ES/1-2014-212-ES-F1-1.Pdf> (última consulta, 20 de septiembre de 2021).

⁴⁹ <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8811-2015-INIT/es/pdf> (última consulta, 20 de septiembre de 2021).

⁵⁰ Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (2018). Las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en el marco del Derecho Europeo: una reflexión sobre tipología societaria..., op. cit., 293-306.

⁵¹ Se ha discutido acerca de si en esta Propuesta de Directiva se contempla un nuevo tipo societario europeo o simplemente es un intento de armonización de las diferentes legislaciones nacionales [Vid. LUCINI MATEO, Á. (2015). Reflexiones acerca del proyecto de Directiva Europea sobre Sociedad Limitada Unipersonal (SUP)..., op. cit., 24 y sigs.]. La cuestión reside en el fundamento legal del proyecto de Propuesta de Directiva. El malogrado proyecto de Estatuto de la Sociedad Privada Europea (SPE) se fundamentaba en el artículo 352 del TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), antiguo artículo 308 del Tratado CE, que requiere la aprobación por unanimidad, pero

tuvo la oposición de Alemania y Suecia, por omitir la representación de los trabajadores en el órgano de representación de la SPE. Como consecuencia, para aprobar la SUP la Comisión europea lo basó en el artículo 50 del TFUE, que solamente exige su aprobación por mayoría, no por unanimidad. Por ello, en la exposición de motivos se dice que «*La propuesta se basa en el artículo 50 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que es la base jurídica para que la UE sea competente para actuar en el ámbito del Derecho de sociedades. En particular, el artículo 50, apartado 2, letra f), del TFUE establece la eliminación progresiva de las restricciones sobre la libertad de establecimiento por lo que respecta a las condiciones de apertura de filiales*». En definitiva, leyendo atentamente la exposición de motivos, se infiere la conveniencia de disminuir los costes de constitución y funcionamiento de cualquier PYME a la hora de establecerse en el extranjero. Y ello, porque las PYMES europeas juegan un papel fundamental para fortalecer la economía de la UE. Con la armonización que propone la Propuesta de Directiva habría un procedimiento de registro armonizado, pudiéndolo hacer en línea con un modelo de escritura de constitución y, lo que es más importante, que sería necesario muy poco capital legal para su constitución.

⁵² Puede verse en el Diario Oficial de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2014, 19-24: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2014:458:FULL&rom=PL> (última consulta, 20 de septiembre de 2021).

⁵³ I.3.13.2.- *Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. Vid. PARICIO SERRANO, F. J. (1994). Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana. En F.J. Paricio Serrano (coord.), Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 49-62.*

⁵⁴ GUZMÁN BRITO, A. (2016). El significado de «quasi» en el vocabulario de los juristas romanos. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 38, 89 y sigs.

⁵⁵ GROSSO, G. (1958). *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, 2.ª ed. ampliata, Torino: Giapichelli, 411 y sigs. CRIFÒ, G. (1977). *Studi sul quasi-usufrutto romano. I. Problemi di datazione*, Padova: Cedam.

⁵⁶ D.7.5.2.1 (Gai. 7 ad ed. provinc.).- *Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedium introducto coepit quasi usus fructus haberi.* [Por este senadoconsulto no se dio vida a un usufructo de cantidad de dinero (ya que la razón natural no se puede cambiar por la autoridad del senado), pero introducido el remedio, comenzó a admitirse un quasi usufructo.]

⁵⁷ GUZMÁN BRITO, A. (2016). El significado de «quasi» en el vocabulario de los juristas romanos..., *op. cit.*, 91 y sigs.

⁵⁸ GAYO 4.139.- «*cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur*»; D.4.6.23.2 (Ulp. 12 ad ed.); D.5.3.13.8 (Ulp. 15 ad ed.); D.8.5.10 pr. ((Ulp. 53 ad ed.).

⁵⁹ Se podrían añadir más ejemplos en los que la jurisprudencia romana utiliza el término «quasi» para expresar relaciones de asimilación entre figuras o instituciones nuevas con otras que previamente ya existían: «*quasi colonus*» (D.33.7.12.3 Ulp. 20 ad Sab.); «*quasi traditio*» (D.39.5.6 pr. Ulp. 42 ad Sab.); «*quasi procurator*» (D.3.3.65 pr. Mod. lib. sing. de heurmat.); D.5.1.57 pr. Ulp. 41 ad Sab.; D.14.3.5.10 Ulp. 28 ad ed.; D.17.1.49 pr. Marcel. 6 dig.; D.18.5.8 pr. Scaev. 2 resp.; D.19.2.15.8 Ulp. 32 ad ed.; D.49.14.18.8 Marc. lib. sing. de delator; C.2.56.1.1 Diocl./Maxim.), etc.

(Trabajo recibido el 8 de septiembre de 2021 y aceptado para su publicación el 4 de octubre de 2021)

DERECHO COMPARADO

La actualización de los títulos de propiedad en Cuba: Un dilema contemporáneo para la inscripción registral

The upgrade of the titles of property in Cuba: A contemporary dilemma for the inscription of the property

por

LIC. DANIA RAMIRA RIVAS VARGAS

Profesora a tiempo parcial de la Carrera de Derecho en el Centro Universitario Municipal de Puerto Padre, adscrito a la Universidad de Las Tunas. Licenciada en Derecho y Especialista B en Asuntos jurídicos de la Dirección Municipal de la Vivienda

M.SC. YANETZY ABRAHAM GONZÁLEZ

Profesora Asistente, Coordinadora de la Carrera de Derecho en el Centro Universitario Municipal de Puerto Padre, adscrito a la Universidad de Las Tunas, Cuba. Especialista en Educación Superior con mención en Derecho y Máster en Derecho Constitucional y Administrativo

RESUMEN: La actualización de los títulos de propiedad en Cuba resulta ser un proceso necesario y pertinente tanto para el Estado como para los propietarios, garantizándose por el primero el reordenamiento y control de la propiedad personal, y por los segundos, la posibilidad de lograr un estatus jurídico que les procure la protección de sus bienes ante terceros pero también la posibilidad de ejercitar sus derechos de propiedad

sin perturbación alguna, ostentándose por las nuevas regulaciones jurídicas en materia inmobiliaria insuficiencias normativas que afectan la celeridad en los trámites presentados por la población y la ulterior inscripción de su título de dominio en el Registro de la Propiedad.

ABSTRACT: The upgrade of the titles of property in Cuba turns out to be a necessary and pertinent process as much for the state as for the proprietors, being guaranteed by the first one the classification and control of the personal property, and for the seconds, the possibility to achieve a juridical status that offers them the protection of its goods before third but also the possibility to exercise its rights of property without interference some, being shown by the new juridical regulations in matter real estate normative inadequacies that affect the velocity in the steps presented by the population and the ulterior inscription of its domain title in the Registration of the Property.

PALABRAS CLAVES: Actualización de los títulos de propiedad, derecho e inscripción.

KEY WORD: Upgrade of the titles of property, right and inscription.

«El destino universal de los bienes continua siendo primordial, aunque la promoción del bien común exige el respeto de la propiedad privada, de su derecho y de su ejercicio»¹.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO DE ACTUALIZACIÓN DE LOS TÍTULOS DE PROPIEDAD EN CUBA.—III. PRINCIPALES REGULACIONES JURÍDICAS EN CUBA PARA LA ACTUALIZACIÓN DE LOS TÍTULOS DE PROPIEDAD.—IV. LA ACTUALIZACIÓN DE LOS TÍTULOS DE PROPIEDAD COMO ANTESALA A LA INSCRIPCIÓN DE DERECHOS REALES SOBRE BIENES E INMUEBLES. PUNTOS DE CONEXIÓN CON ESPAÑA Y MÉXICO.—V. COMPORTAMIENTO DE LOS TRÁMITES PRESENTADOS ANTE LA DIRECCIÓN MUNICIPAL DE LA VIVIENDA DE PUERTO PADRE, LAS TUNAS, EN EL PERIODO 2019-2020.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. FUENTES LEGALES.

I. INTRODUCCIÓN

Los movimientos sociales del siglo XX y la necesidad de socializar la propiedad en el mundo, han sido las causas centrales de concertación

de políticas de Estado para garantizar la solución de las necesidades habitacionales de los sectores de bajos ingresos, sin embargo, en Cuba, la vivienda resulta un logro del Estado al haber garantizado al Triunfo de la Revolución, las condiciones suficientes de protección y comodidad para convertirse esta en el espacio habitable de una persona, siendo positivado constitucionalmente como el derecho a una vivienda adecuada y a un hábitat seguro y saludable, el cual se ha hecho efectivo mediante programas y políticas públicas que procuran la construcción, rehabilitación y conservación de viviendas.

En tal sentido y en aras de garantizar tanto la edificación de las viviendas como el reordenamiento de la propiedad personal de sus propietarios, se han dictado nuevas regulaciones jurídicas en materia inmobiliaria que ofrecen la posibilidad a sus poseedores legales de actualizar sus propiedades e incluir en estas, la realidad física del espacio ocupado, empero, a la luz de las nuevas regulaciones jurídicas inmobiliarias y de la experiencia profesional adquirida en la tramitación de los asuntos presentados, se ha evidenciado lo enrevesado que resulta, siendo el objeto de la presente investigación: demostrar cómo el procedimiento vigente para la actualización de los títulos de propiedad en Cuba aun presenta insuficiencias normativas que afectan la celeridad en los trámites presentados por la población y la ulterior inscripción de su título de dominio en el Registro de la Propiedad; siendo este un tema actual, polémico y de necesario dominio de la población a los efectos de preservar el derecho a la propiedad personal.

Por todo lo cual se propone el siguiente:

Problema de la Investigación:

¿Cómo se comporta el procedimiento para la actualización de los títulos de propiedad en los trámites presentados por la población a la Dirección Municipal de Vivienda en Puerto Padre?

Hipótesis: Si se elimina la intervención de diversos organismos en el procedimiento de actualización de los títulos de propiedad entonces se logra la celeridad en los trámites presentados por la población.

Objetivo General:

Analizar el comportamiento de los trámites presentados ante la Dirección Municipal de la Vivienda en Puerto Padre para el procedimiento de actualización de los títulos de propiedad en el periodo 2019-2020.

Objetivos específicos:

I. Analizar los antecedentes legislativos del procedimiento de actualización de los títulos de propiedad en Cuba.

II. Explicar desde las funciones del Registro de la Propiedad, la necesidad de la actualización de los títulos de propiedad para la inscripción del dominio y los derechos del titular, con referencia en las legislaciones de España y México.

III. Diagnosticar los trámites presentados ante la Dirección Municipal de la Vivienda en Puerto Padre para la actualización de los títulos de propiedad en el periodo comprendido entre los años 2019 y 2020.

II. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO DE ACTUALIZACIÓN DE LOS TÍTULOS DE PROPIEDAD EN CUBA

En Cuba, la Ley de Reforma Urbana de fecha 14 de octubre de 1960 plantó sobre nuevas bases la cuestión del edificio destinado a vivienda así como proclamó el derecho de toda familia a una vivienda decorosa, lo que encuentra su precedente en un derecho subjetivo de propiedad típico de la España colonizadora y cuyas resonancias alcanzaron lentamente al Derecho en Cuba desde el Estatuto de Bayona (1808), que rigió para el territorio español bajo el control de los franceses hasta la caída del Imperio napoleónico, como la Constitución de Cádiz (1812), la Constitución de 1869 y finalmente la Constitución monárquica de 1876 que ratificaron su existencia.

A partir de la segunda postguerra, muchos ordenamientos legales comenzaron a elaborar normas para restringir los derechos de los propietarios en los contratos de arrendamiento y favorecer los de los inquilinos (España, Italia); para facilitar créditos presupuestarios destinados al fomento y construcción de viviendas con plazos de amortización más distendidos; para asegurar a las familias con el privilegio de inembargabilidad (*homestead*, patrimonio familiar); o para controlar las operaciones de especulación en el mercado inmobiliario a fin de proteger el suelo como recurso natural y como objeto limitado dentro de las relaciones jurídicas.

En ese sentido las legislaciones inmobiliarias de México y España tienen por objeto establecer y regular la política nacional, los programas, los instrumentos y apoyos para que toda familia pueda disfrutar de una vivienda digna y decorosa, resaltando conceptos fundamentales como autoconstrucción de vivienda y autoproducción de vivienda con la participación de los sectores social y privado.

De las legislaciones foráneas se extrajo la noción de vivienda decorosa, pero los parámetros exactos para identificarlas no quedaron mejor expuestos

sino a partir de 1984, donde se explicitaron las actividades de ampliación, reparación, reforzamiento estructural o rehabilitación que propiciarán una vivienda digna y decorosa.

Con posterioridad, en la década de los 90, se crean los Registros de la Propiedad en España, México y Cuba, institución pública y de competencia local que registra todos los antecedentes legales y jurídicos de cada persona que haya participado en algún tipo de contrato público, como del historial de cada predio o edificación, de modo que todos los datos catastrales de un inmueble rústico o urbano que describe la propiedad inmobiliaria desde el punto de vista físico, económico, las modificaciones realizadas, las nuevas acciones constructivas, así como el cambio de sus propietarios, incide en el estatus jurídico de la vivienda y la inscripción de la misma.

III. PRINCIPALES REGULACIONES JURÍDICAS EN CUBA PARA LA ACTUALIZACIÓN DE LOS TÍTULOS DE PROPIEDAD

La Ley 48 de 1984, primera Ley General de la Vivienda, reguló la creación de un Registro de la Propiedad de la Vivienda. Luego la Ley 65 de 1988, segunda Ley General de la Vivienda, dispuso la creación de un Registro de la Propiedad de la Vivienda y Solares Yermos, sin embargo estos registros no llegaron a funcionar, pues aunque existía una voluntad estatal encaminada a sustituir la publicidad registral inmobiliaria por una publicidad administrativa, esta solo alcanzó una relativa efectividad práctica.

En la última etapa las disposiciones de la Ley Hipotecaria de 1893 prácticamente dejaron de ser aplicadas. Los Registros de la Propiedad en materia de viviendas fueron inoperantes.

La Resolución núm. 259, de junio de 1989, del Instituto Nacional de la Vivienda, al regular el funcionamiento de los Registros de la Propiedad, dispuso que estos continuarían con las actividades y servicios relativos a la registración y la publicidad inmobiliaria en lo relativo a los inmuebles estatales, exceptuando las inscripciones de las viviendas y solares yermos, hasta tanto se creara el nuevo Registro previsto en la Ley, dando ello como resultado una paralización de la inscripción de los títulos de propiedad personal y una desactualización del tracto registral.

En Cuba el tracto registral quedó interrumpido por mucho tiempo, lo cual no significó que los actos extrarregistrales no se estuviesen realizando con todos sus efectos jurídicos relativos a la adquisición y trasmisión del derecho que se constituye.

Por su parte, la Ley General de la Vivienda no contuvo definición de vivienda así como tampoco ofreció la posibilidad a sus propietarios de actualizarla conforme a las nuevas edificaciones que en estas se hubieren realizado,

pues se hacía necesario primero definir su tipología o clasificación, es así que la Resolución conjunta 1 de 29 de junio de 1985, dictada por el Instituto Nacional de la Vivienda y el Comité Estatal de Precios, se encargó de establecer el sistema de categorización de viviendas, describiéndose así las características técnico constructivas y distribución del modelo mínimo de la misma.

Posteriormente la Resolución 8 de 8 de marzo de 1996, dictada por el Instituto Nacional de la Vivienda, fijó un *concepto de vivienda mínima adecuada* teniendo en cuenta la *superficie útil* que deberá ser como mínimo de 25 metros cuadrados, permitiéndose una tolerancia de hasta el 10% para los casos de edificaciones remodeladas, divididas o ampliadas, no obstante, si bien se señala el espacio mínimo construido para una vivienda, no se indica qué relación ha de guardar con la cantidad de personas capaces de residir en ella según criterios de comodidad y privacidad aptas para desarrollar sus vidas.

Igualmente se definió la distribución del *espacio habitable*, disponiéndose en el apartado 4 de la precitada norma que la composición mínima de estas viviendas sería de un local habitable donde pudieran realizarse las funciones de estar, comer y dormir y dos locales auxiliares de servicio sanitario y cocina.

Además de lo anterior, se incluye en la definición de espacio habitable a los pasillos cubiertos, portales, terrazas, patios de servicio cubiertos y balcones así como el acceso independiente a la vía pública desde cualquier área interna o externa, con el objetivo de individualizar el aprovechamiento y disposición de un titular respecto al de otros.

Sin embargo, la legislación inmobiliaria adoptada hasta la fecha no llegó a conceptuar las categorías jurídicas destinadas al perfeccionamiento o actualización de los títulos de propiedad cuando los mismos se hallasen incompletos, con errores, omisiones o inclusiones de habitaciones o espacios con posterioridad a haberse emitido por la autoridad competente dicho título de dominio.

IV. LA ACTUALIZACIÓN DE LOS TÍTULOS DE PROPIEDAD COMO ANTESALA A LA INSCRIPCIÓN DE DERECHOS REALES SOBRE BIENES E INMUEBLES. PUNTOS DE CONEXIÓN CON ESPAÑA Y MÉXICO

Una vez realizada la descripción de las principales normativas inmobiliarias que rigieron en Cuba en la década del 80 y 90, se vislumbra la necesidad de la actualización del título de propiedad y los datos catastrales contenidos en este, requisito imprescindible y de obligatorio cumplimiento para la ulterior inscripción del dominio y los derechos del titular sobre el bien.

En tanto, en España existen dos registros inmobiliarios, uno de ellos es el Catastro y el otro el Registro de la Propiedad, sin embargo, aun cuando la función de ambos es acreditar las características de los bienes inmuebles, es frecuente que los datos con los que cuentan cada uno de ellos no coincidan. Ello ocurre con mayor frecuencia en fincas o edificios que ya revisten una cierta antigüedad, ya la descripción o los datos que se recogen se transcriben «según la manifestación de los interesados», que se ha trasladado varias veces de escritura en escritura sin haber comprobado oportunamente la realidad física de la finca o edificio.

Las discrepancias suelen darse en cuestiones como la superficie, volumetría, linderos de la finca, e incluso en los datos de ubicación de la misma, no obstante, aun y cuando su finalidad es dar seguridad en el ámbito del mercado inmobiliario, ya que incluye toda la información relevante sobre la finca, la inscripción en el Registro no es obligatoria, aunque sí voluntaria y sin dudas, muy aconsejable².

Al igual que en Cuba, en España a cada municipio o en su caso, distrito hipotecario, le corresponde un Registro de la Propiedad a cargo de un registrador de la propiedad.

La totalidad de los registradores de España se integran en el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.

Por su parte, en México el Registro Público es una institución que depende del Poder Ejecutivo, tiene competencia local y en cada estado de la República Mexicana existe un Registro Público. Los Registros Públicos de las entidades federativas se rigen por sus leyes y reglamentos locales, en los cuales se establece su organización, sus funciones y facultades. En algunas entidades federativas el Registro Público recibe el nombre de Registro Público de la Propiedad, en otras o Registro Público de la Propiedad Raíz y de Comercio, Registro Público de la Propiedad y del Comercio, a cargo también de registradores.

Algunos de los actos, negocios o resoluciones judiciales para producir efectos jurídicos no solo entre las partes sino también frente a terceros deben cumplir con la formalidad de estar inscritos en el Registro Público, por ejemplo el caso del contrato de compraventa, el contrato de donación, el contrato permuta, la cesión del derecho de propiedad, dación en pago de un inmueble, las capitulaciones matrimoniales sobre la sociedad conyugal, las resoluciones judiciales sobre la disolución de la sociedad conyugal, los convenios sobre la sociedad conyugal, la constitución, modificación y extinción del patrimonio de familia, la hipoteca, los testamentos relativos a la propiedad de bienes inmuebles, la constitución de sociedades y asociaciones civiles son algunos de los actos que como elemento de forma, por disposición legal deben estar inscritos en el Registro Público.

Es válido enunciar que aunque la legislación inmobiliaria española y mexicana no emplean a la actualización como uno de los términos, categoría o proceso requerido para poder efectuar el registro de la propiedad personal, si recoge dentro de los documentos requeridos, la necesidad de contar con todos los documentos relacionados con la vivienda y su proceso de adquisición, el valor real estimado de la propiedad, de acuerdo con la descripción del inmueble, tales como su tamaño, ubicación del inmueble, antigüedad y los antecedentes registrales en general.

En Cuba, a partir de la emisión del Decreto Ley 185, de 28 de mayo de 1998, se le atribuye nuevamente al Ministerio de Justicia la organización y el funcionamiento de los Registros de la Propiedad y faculta a dicho Ministerio para determinar la forma y los plazos de la inscripción, de ahí que se dispone la inscripción obligatoria de todos los bienes inmuebles, las transmisiones de dominio, las cargas, las descripciones de nuevas obras, las variaciones constructivas y otros derechos sobre los bienes inmuebles; define la función calificadora del Registrador en un doble sentido: determinar la efectividad jurídica del título y realizar el ajuste de las medidas y los linderos de las fincas.

En cumplimiento de las funciones atribuidas al Ministerio de Justicia, el mismo organiza por todo el territorio cubano el Registro de la Propiedad, con dependencias territoriales, aunque no es hasta la adopción del Acuerdo núm. 3551, de 4 de octubre de 1999, adoptado por el Gobierno, que además de perseguir el desarrollo de un proceso para la actualización del valor contable, la descripción catastral, se dispone la inscripción en los Registros de la Propiedad de los bienes estatales, creándose grupos de trabajo a todos los niveles territoriales que trabajan de manera coordinada en un programa de levantamiento de las manzanas de la zona urbana, con el objetivo de adoptar las medidas que posibiliten realizar la inscripción actualizada de todos los inmuebles ubicados en las mismas, tanto estatales como privados, en los Registros de la Propiedad.

El Acuerdo 4799 de 26 días del mes de mayo de 2003, dejó sin efecto el citado Acuerdo 3551 de 1999, reorganizando el grupo de trabajo con la tarea de dirigir y controlar el ordenamiento jurídico y catastral de los inmuebles de las zonas urbanas y rurales, estatales y no estatales, existentes en el país; incluyendo el control contable para el universo inmobiliario estatal.

Asimismo, el Ministerio de Justicia dictó el 20 de junio del 2000, la Resolución 104, «Sobre la organización y el funcionamiento de los Registros Administrativos», definiendo que la función de los mismos consiste en el control administrativo sobre los inmuebles y en preparar la documentación para la inscripción de la titularidad del Estado en los Registros de la Propiedad.

Otra norma de singular importancia lo constituye la Instrucción Conjunta suscrita por el Instituto de la Vivienda, el Instituto de Planificación Física, la Oficina Nacional de Hidrografía y Geodesia y el Ministerio de Justicia de 31 de julio del 2001, que establece la coordinación entre el trabajo del Registro de la Propiedad y el Catastro, sentando las bases para la coordinación de la planificación física territorial, el urbanismo y la inscripción de los inmuebles en los Registros de la Propiedad.

El Ministerio de Justicia dictó la Resolución 212, de 14 de noviembre del 2001, «Normas para la inscripción de los títulos inmobiliarios y otros derechos sobre los bienes inmuebles estatales en el Registro de la Propiedad» y la Resolución núm. 39, de 3 de marzo del 2002, relativa a la inscripción de los títulos y derechos sobre bienes de propiedad personal.

También de gran importancia lo fue la promulgación del Decreto Ley 227, «Del Patrimonio Estatal», de fecha 8 de enero del 2002, en su capítulo II, artículo 8, apartados 1 y 2, al establecer la obligatoriedad de las personas que administren o por cualquier razón posean un bien del patrimonio estatal, de inscribirlos en los Registros Públicos, en particular en el Registro de la Propiedad.

Con posterioridad se dictó por el Ministerio de Justicia, la Resolución 247, de fecha 13 de septiembre del 2003, que estableció la inscripción de las viviendas y solares yermos de la población; esta norma que estableció la inscripción de los inmuebles, títulos y derechos reales en el Registro de la Propiedad.

Por su parte, la Resolución 620 de 21 de octubre del 2003, emitida por el propio Instituto, estableció el «Procedimiento sobre la actuación de las Direcciones Municipales de la Vivienda en relación con los Registros de la Propiedad», debiéndose incluir en todas las Resoluciones, las medidas y linderos de los terrenos que no aparecían consignados en los títulos de las viviendas, el área de superficie útil y total, precio legal y demás datos que conforman la descripción del inmueble según el caso, así como resolver los errores y omisiones que presentaban los títulos para la inscripción (que no eran solamente medidas y linderos).

La Resolución 249, de fecha 7 de octubre del 2005, del Ministerio de Justicia dispuso las normas y procedimientos para la nueva organización del Registro de la Propiedad y dentro de las funciones encomendadas, disponer la inscripción de las nuevas viviendas construidas tanto por el Estado como por esfuerzo propio de la población, impulsando la inscripción de los inmuebles estatales, siendo la misma derogada por la Resolución 114, de fecha 29 de junio del 2007, del propio Ministerio de Justicia.

La Resolución 114 del año 2017, emitida por el Ministerio de Justicia, contiene las Normas y el procedimiento para el funcionamiento de los Registros de la Propiedad, como institución jurídica al servicio de la

publicidad registral inmobiliaria, que tienen por objeto la inmatriculación de los inmuebles, la inscripción y anotación de los títulos de dominio y otros derechos reales sobre aquellos y su cancelación cuando corresponda, según la demarcación territorial donde radiquen. Asimismo, el Registro de la Propiedad incluye, en sus asientos, los derechos, actos y circunstancias de los inmuebles, como garantía de seguridad jurídica, estableciendo además los supuestos y plazos para realizar la solicitud de inscripción de un inmueble.

En el Registro de la Propiedad se inscriben dentro de los títulos y documentos, las resoluciones administrativas que reconocen un derecho real sobre un bien inmueble y los derechos y obligaciones de los titulares de inmuebles colindantes que aparezcan en los títulos de propiedad relativos al derecho de paso, de aguas y medianería, entre otros.

Por su parte, la solicitud de inscripción, se inicia a instancia de parte, mediante solicitud al registrador y como elemento distintivo, no hay desistimiento de la inscripción, por su carácter obligatorio, no obstante, el registrador verifica la existencia de algún título anterior contradictorio con el que se pretende inscribir, en observancia del principio de legalidad.

También se ha dispuesto en esta norma que el registrador para llegar a la certeza jurídica puede exigir la presentación de otros documentos, practicar otras actuaciones y al calificar tiene que determinar si existen faltas insubsanables o subsanables, o sea, defectos que adolece el título que pueden causar su nulidad.

El registrador recibe títulos públicos, traslativos o declarativos de dominio de los bienes inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos y los títulos que constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales. Los documentos inscribibles son resoluciones administrativas o judiciales y documentos notariales, por lo que para la calificación, el registrador debe examinar la documentación presentada; solicitar a la Dirección Municipal de la Vivienda, la certificación del expediente básico; realizar la búsqueda en el Registro de los antecedentes que obren tanto en libros como en las notas marginales: examinar si el título y demás documentos presentados cumplen con los requisitos de forma y contenido exigido en la Ley, proceso que debe cumplimentarse en el término de 60 días hábiles.

La inscripción es el principal y definitivo asiento que se practica en el Registro de la Propiedad, y hasta que dicho proceso no culmine, no se inscriben los títulos y otros derechos reales, ni se publican los derechos, de modo que la publicidad que otorga el acto, es la base de los efectos que produce el tráfico inmobiliario, lo cual brinda seguridad jurídica tanto al Estado como a los particulares.

Entonces, una vez establecida en la norma cubana la obligatoriedad de la inscripción, en la práctica se presentaba la recurrente disparidad de

hecho y de derecho existente en los títulos de propiedad de las viviendas de las personas que ante la necesidad de formalizar algún acto traslativo de dominio y acudir al Registro de la Propiedad, encontraba la negativa de inscripción dada la desactualización de los datos o descripción legal de la vivienda.

Cuestiones que tampoco fueron solucionadas con la entrada en vigor de la Resolución 50 del año 2009 que aprobó el nuevo «Procedimiento para el perfeccionamiento de los títulos y su Inscripción en los Registros de la Propiedad», ya que implementó la intervención del Arquitecto de la Comunidad para emitir dictámenes con el objeto de subsanar o complementar los títulos administrativos, notariales y judiciales, por errores u omisiones relativos a elementos de la descripción y tasación de la vivienda de propiedad personal y cambios de uso, de cualquier origen y fecha.

Igualmente, cuando se lleven a cabo acciones constructivas que no necesiten licencia ni autorización de obra conforme a la legislación vigente, se modifica la descripción, se unifican o dividen viviendas, los arquitectos de la comunidad emiten Dictamen Técnico a los efectos de la actuación notarial que corresponda.

Como bien ha de apreciarse, dichas regulaciones han limitado tanto facultades como restado competencia a la Dirección Municipal de la Vivienda al solo objeto de descongestionar el trabajo de las mismas y la celeridad en los trámites presentados en lo concerniente a las descripciones o características físicas de los inmuebles, participando además demasiadas instituciones que dilatan el proceso de actualización.

Empero, no es hasta la Resolución 342 de 31 de octubre del 2011 del Instituto Nacional de la Vivienda, que se implementa el proceso de actualización de los títulos de propiedad con la inclusión de las dos causales que se regulaban en las antes mentadas normativas, recogiendo los supuestos en que:

- a) Existan errores u omisiones relativos a los elementos de la descripción y tasación, no se establezcan las medidas y linderos, o sea necesario su rectificación o ajuste.
- b) Se realicen acciones constructivas internas que modifiquen la descripción de la vivienda, la unifiquen o dividan y no requieran licencia ni autorización de obra de conformidad con la legislación vigente.

En igual medida un tercer supuesto que de forma más resumida indica que cuando no coincida la realidad física con la reflejada en el título de propiedad, por haberse ejecutado acciones constructivas de ampliación, rehabilitación o remodelación, siempre que no se hayan violado los requisitos técnico-constructivos y las regulaciones urbanas y territoriales.

A modo general se aprecia que la nueva normativa en dicha materia ha posibilitado la actualización de los títulos de propiedad de personas que no poseían en orden todos los datos de uso obligatorio, persistiendo por años desactualizados ante las inflexibilidades de la antigua norma y sin que contara en la documentación legal de las viviendas tanto las ampliaciones, remodelaciones como rehabilitaciones realizadas al resultar prohibidas y penalizadas por considerarse contravenciones, a pesar de ello, en la práctica proliferaron dichas edificaciones y subsistían las ilegalidades sin coto.

En la actualidad y con la salida de la Resolución 342 de 31 de octubre de 2011 del Instituto Nacional de la Vivienda, la población se ha visto favorecida en sus acciones constructivas previas, otorgando dicha norma legalidad a los actos y su inclusión en el documento que figura como título de dominio.

Aun así de la experiencia práctica se ha evidenciado que la regulación jurídica citada no especifica cuando se dan los tres incisos de la actualización, de modo que los usuarios acuden a la Dirección Municipal de la Vivienda y cuando le es revisada su propiedad, los errores presentes clasifican los tres apartados del numeral primero, sin que pueda ser comprendido por estos la remisión del especialista tanto al arquitecto de la Comunidad como al notario, no siendo este el funcionario facultado para formalización de dicho título, pues está obligado el propietario según la norma a subsanar primero antes de actualizar su título, lo que demoraría el trámite aproximadamente un año.

Igualmente, el artículo 7 de la supra citada Resolución, establece que las Direcciones Municipales de la Vivienda tramitan y resuelven mediante resolución las reclamaciones de derecho relativas a medidas y linderos y resoluciones de descripciones y tasación en las supuestas que:

- a) existan terreno sobre el que no se ha cumplido la obligación de pago del derecho perpetuo de superficie, y
- b) litis con los colindantes.

Problemática que presenta la población cuando se encuentra en este supuesto y posteriormente en el de la actualización, el trámite demoraría un mayor tiempo, máxime si se tiene que pagar una diferencia.

El término para subsanar el error del superficiario es de 50 días hábiles, alrededor de dos meses naturales, además, para el pago de terreno debe aportar otra serie de documentos como: Dictamen del arquitecto, Certificado del Banco, Certificado de Planificación Física, entre otros, según el caso específico a resolver y que en gran medida dilatan el procedimiento a seguir.

Luego de ello la actualización es un proceso que posee como término 30 días hábiles, pues la persona luego de pagar el terreno tiene que enfrentarse

nuevamente a solicitar otro dictamen del arquitecto para poder actualizar su título, según el artículo 4 del presente Decreto Ley.

Esto significa inconformidad en la población, ya que esta normativa pretendió simplificar y agilizar los trámites, aunque no previó que con motivo de las irregularidades o limitaciones que imponía la Ley General de la Vivienda y sus ulteriores modificaciones, se acumularan tantos desajustes e ilicitudes en la mayoría de los títulos de propiedad de los particulares cuyas construcciones resultaron ser también un gran estampido al solo objeto de mejorar las necesidades habitacionales conforme a los integrantes del núcleo familiar, entendiéndose en lo adelante que las nuevas regulaciones urbanísticas eliminen el formalismo y la expedita solución del trámite a presentar, consiguiendo el objetivo de garantizar la satisfacción de las necesidades de la sociedad sin afectar al Estado.

Unido a lo anterior, es importante puntualizar que el procedimiento de actualización se erige como requisito imprescindible respecto a los actos transmisibles de la propiedad para su ulterior inscripción en el Registro de la Propiedad, lo cual además de ofrecer publicidad y reconocimiento a la propiedad otorgada, confiere legitimidad y garantía de la misma ante terceros así como la posibilidad de la traslatividad del dominio adquirido o actualizado, de modo que el trámite se hace un tanto más moroso si se tiene en cuenta que la emisión del título no es el acto definitivo que realiza la población en función de situar en orden su posesión.

En el ámbito del sector estatal también se vislumbró la necesidad de establecer un reordenamiento de los inmuebles estatales, designio que se llevó a cabo con la emisión de la Resolución conjunta 1 de 22 de marzo 2016 del Ministerio de la Construcción y el Instituto de Planificación física, «Procedimiento para la actualización de los títulos de propiedad y la inscripción de las viviendas estatales y edificios multifamiliares en el Registro de la Propiedad», estableciéndose al efecto las normas para la actualización de títulos, partiéndose de los mismos supuestos de la norma anterior por la importancia que reviste la coincidencia de la realidad física con la reflejada en el título de propiedad, lográndose de esta forma el control sobre la descripción, tasación, los linderos o sus medidas y la superficie total, útil u ocupada de las viviendas que integran el patrimonio estatal y las que de este pasen a propiedad privada.

La citada Resolución conjunta 1 de 22 de marzo 2016 en su numeral 2.1 aun confiere facultades a varios organismos para la actualización del título de propiedad, ya sea en dependencia de los supuestos presentados, ante la Dirección Municipal de Planificación Física, la Notaría o la Dirección Municipal de la Vivienda que en su actuación tienen en cuenta el cumplimiento de las regulaciones urbanas y territoriales, la observancia de los requisitos técnicos constructivos y la elaboración o presentación del Dictamen Técnico de la vivienda ante el arquitecto de la Comunidad.

El director municipal de Planificación Física en las actualizaciones de títulos de propiedad, además del reconocimiento del terreno adicional regulado en el Acuerdo 1810 de 25 de junio de 1985, tramita y resuelve por Resolución, la rectificación de errores en las medidas y linderos cuando las reflejadas en el título de propiedad difieren de las existentes físicamente, además, fundamenta la decisión con expresión de los elementos que le sirven de base, sean de Catastro, Urbanismo, u otra, según el caso, sobre el interés estatal y la procedencia o no del terreno a reconocer.

De las cuestiones abordadas se colige que efectivamente las quejas e inconformidades de la población conservan un fuerte argumento sobre los términos a los que son sometidos para la actualización de su título de propiedad y la gran variedad de organismos que intervienen para poder resolver el asunto presentado, no existiendo satisfacción sobre el trabajo de las instituciones ni funcionarios a cargo al no obtenerse los resultados esperados para el uso, disfrute y traslación de dominio del propietario sobre el bien cuyo estatus legal aun no es completamente lícito, originando incertidumbre y no garantía legal sobre el mismo.

Es así que la Resolución 59 del 30 de octubre del año 2020, «Procedimiento para la actualización de la descripción de la vivienda en los títulos de propiedad a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad», emitida por el Instituto Nacional de la Vivienda, en su RESUELVO SEGUNDO, ratificó los anteriores supuestos e incorporó algunas cuestiones técnicas que de la práctica se derivaron en torno a la necesidad de la rectificación o ajuste de las medidas y linderos, así como la superficie total de la parcela.

Un elemento distintivo de esta norma con las anteriormente dictadas es que precisamente la autoridad facultada para conocer dichos tramites ya no resulta ser la Dirección Municipal de la Vivienda sino que se solicita ante la Dirección Municipal de Planificación Física o en la Unidad de Servicios y Trámites, según corresponda, instancia que resuelve mediante Resolución los supuestos regulados en la presente disposición jurídica.

Con la nueva norma, cuyo fin persigue evitar la dilación de los tramites de actualización así como concentrar estos en las Direcciones Municipales de Planificación Física, se ha dispuesto que las solicitudes se recepcionan en las Oficinas de Trámites de las Direcciones Municipales de la Vivienda, luego se remiten al Departamento o Sección de Trámites y el de Catastro de la propia entidad según corresponda, los que una vez recibida la solicitud radican el expediente y de oficio solicitan al área de Urbanismo la Certificación sobre el cumplimiento de las regulaciones urbanísticas, la que se emite en un plazo de hasta siete (7) días hábiles.

Sin embargo, aun cuando en la práctica se advierten incumplimientos en los términos fijados, ciertamente se han concretado en una sola entidad,

los actos procesales referidos al proceso de actualización de los títulos de propiedad, prescindiendo de la Oficina de los Arquitectos de la Comunidad y elaborándose el Dictamen Técnico de Descripción, Tasación y Medidas y Linderos o la certificación catastral en el área de Urbanismo de la entidad a cargo.

La referida Certificación debe contener:

- a) Las nuevas acciones constructivas realizadas;
- b) los errores y omisiones que existen en la descripción de la vivienda según el título de propiedad;
- c) la descripción actual;
- d) el estado técnico-constructivo; y
- e) las medidas y linderos a reconocer.

Debido al tecnicismo del proceso de actualización de los títulos de propiedad en Cuba, existen aun numerosas viviendas cuyo régimen legal aun no se encuentra acreditado eficazmente, a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, registro público que es el que confiere el derecho legal sobre la titularidad del bien y sin cuyo asiento del título de dominio con plena correspondencia del estado real constructivo de la vivienda, no se pueden formalizar actos traslativos de dominio, disponiéndose por ello en las **DISPOSICIONES ESPECIALES** de la precitada Resolución 59 del 30 de octubre del año 2020, que las personas naturales disponen de un plazo de hasta seis años a partir de la emisión de la norma para formalizar dichos tramites.

Aun cuando se trató de sustraer del proceso de actualización de los títulos de propiedad a las Direcciones Municipales de la Vivienda, al situarse en estas todo el archivo del fondo habitacional de los territorios, los directores municipales de Planificación Física deben solicitar a dicha instancia:

- a) La entrega de expedientes básicos del inmueble para los casos de litigios de medidas y linderos; y
- b) el acceso a los expedientes básicos, en otros asuntos que se tramiten por las direcciones municipales de Planificación Física o su entrega cuando sea necesario por las características del caso que se investiga.

La solicitud se hace por escrito y contiene el número de expediente, el nombre y apellidos del promovente, así como el asunto.

De lo anterior se aduce que aun el proceso de actualización de los títulos de propiedad sigue siendo un camino escabroso y complejo para que las personas naturales obtengan en expedito y oportuno término sus títulos de dominio y lograr su inscripción registral a fin de luego poder realizar otros actos que por derecho otorga la titularidad del bien de su propiedad.

V. COMPORTAMIENTO DE LOS TRÁMITES PRESENTADOS ANTE LA DIRECCIÓN MUNICIPAL DE LA VIVIENDA DE PUERTO PADRE, LAS TUNAS, EN EL PERIODO 2019-2020

De la revisión de los Registros de entrada y de radicación de la Oficina de Trámites de la Dirección Municipal de la Vivienda de Puerto Padre, Las Tunas, se observa que de un total de 306 trámites recibidos, fueron declarados Sin Lugar la cantidad de 200, cifra alarmante que indudablemente incide tanto en la operatividad y efectividad de la norma, como en los resultados administrativos esperados para la tramitación de los trámites y la solución de los asuntos presentados a la institución así como de otro lado, la satisfacción de la población en general.

En general, los procesos de actualización de propiedad declarados Sin Lugar se deben a que se requerían de otras acciones previas y ante otros organismos, como Notaría y Arquitecto de la Comunidad para subsanar primero las omisiones, errores o descripciones de terreno correspondientes antes de actualizar la propiedad, remitiéndose nuevamente el proceso ante la Dirección Municipal de la Vivienda luego de realizarse los arreglos pertinentes.

Estas son, sin contar los trámites que al presentarse ante el funcionario actuante de la Dirección Municipal de la Vivienda, los remitió al notario para subsanar primero las omisiones, errores o descripciones de terreno antes de actualizar la propiedad.

De otro lado, los requisitos técnicos exigidos para la subsanación de errores en los títulos de propiedad, ya sea para la inclusión de acciones constructivas realizadas, por el déficit o incongruencias en la tasación o las medidas, los linderos y/o las acciones constructivas de ampliación, rehabilitación o remodelación de la vivienda, en la actual normativa aunque los trámites de actualización requieren de la dirección y aprobación de la Dirección Municipal de Planificación Física, así como el Dictamen Técnico a elaborarse se halla a cargo de la Sección de Catastro de la propia entidad, aun persisten inconformidades de la población al no observarse los términos exigidos por los funcionarios de la citada institución ante el déficit de personal calificado, el cúmulo de asuntos presentados y la morosidad en la revisión y certificación de los datos del Expediente Básico en la Dirección Municipal de la Vivienda, todo lo cual dilata la confección del Dictamen Técnico de la vivienda que sirve de antecala a la Resolución administrativa que patentiza la actualización del título.

VI. CONCLUSIONES

I. En Cuba, las regulaciones inmobiliarias existentes hasta la promulgación de la Resolución 342 del año 2011 del Instituto Nacional de la Vivienda, no regulaban la actualización de los títulos de propiedad.

II. La legislación inmobiliaria española y mexicana no emplean a la actualización como uno de los términos, categoría o proceso requerido para poder efectuar el registro de la propiedad personal, empero si exige al promovente, contar con todos los documentos relacionados con la vivienda y su proceso de adquisición, requiriéndose por tanto de iguales requisitos para configurar la inscripción registral.

III. La intervención de varios organismos como Vivienda, Planificación Física, Notaría y Arquitecto de la Comunidad, de forma independiente, dilatan la tramitación de los asuntos presentados por la población.

IV. La actual legislación en materia de actualización de los títulos de propiedad en Cuba, aun no resuelve la dispersión normativa existente, las instituciones involucradas en el proceso ni el cumplimiento de los términos reglamentados, lo cual incide en la real satisfacción de la población y en el reconocimiento expedito de su derecho como titular.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1989). *Derecho Civil*. T-III, V-II. Sexta edición. Editorial, Librería Bosch-Ronda Universidad. Madrid, España.
- BORDA, G. (1993). *Manual de Derecho Civil Parte General*. Sin Edición. Editorial, Perrot. Buenos Aires.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1998). *Derecho Civil español común y foral*, T. 3, Reus, Madrid.
- CLEMENTE DÍAZ, T. (1982). *Derecho Civil Parte General*. T-I, II, III, IV, V. Editorial Pueblo y Educación. La Habana.
- COLECTIVO DE AUTORES (1994). *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*. Sin Editorial. Valencia, España.
- COLECTIVO DE AUTORES (2001). *Temas de Derechos Reales*. Editorial Félix Varela. La Habana.
- RODRÍGUEZ MONTERO, G. *El régimen jurídico de la vivienda y demás bienes inmuebles en Cuba*, 172.
- VEGA CARDONA, R.J, PANADERO DE LA CRUZ, E. (2016). Las reformas en materia del contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos en Cuba. Apuntes al Decreto Ley 322/2014 y su Reglamento, *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, Nos. 4-5, Sumario Estudios Doctrinales, España.

VIII. FUENTES LEGALES

- Constitución de la República de Cuba, publicada en Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición Extraordinaria núm. 5 del 10 de abril de 2019.
- Ley núm. 65/1988, Ley General de la Vivienda de 23 de diciembre de 1988 actualizada, publicada en Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición Ordinaria, núm. 23, de 24 de julio de 2017.

Ley de Vivienda, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación Mexicana el 27 de junio de 2006.

Ley de Vivienda Española, última reforma publicada 2007.

Decreto Ley núm. 227, del Consejo de Estado de la República de Cuba, publicado en Gaceta oficial ordinaria de fecha 8 de enero del 2002.

Decreto Ley 322 «Modificativo de Ley núm. 65, Ley General de la Vivienda, de 31 de julio de 2014, publicado en Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición Extraordinaria, No. 40, de 5 de septiembre de 2014.

Resolución 8 del Instituto Nacional de la Vivienda, publicada en Gaceta oficial ordinaria número 7 de 8 de marzo de 1996.

Resolución 620 del Instituto Nacional de la Vivienda, publicada en Gaceta oficial ordinaria número 45 de 21 de octubre del 2003.

Resolución 114 del MINJUS fue publicada en la Gaceta Oficial núm. 039, Extraordinaria de 6 de agosto de 2007.

Resolución 50 del Instituto Nacional de la Vivienda, publicada en Gaceta oficial extraordinaria número 10 del año 2009.

Resolución 342 del Instituto Nacional de la Vivienda, publicada en Gaceta oficial extraordinaria número 35 del año 2011.

NOTAS

¹ Coeditores Católicos de México (1994). «Catecismo de la Iglesia Católica», 2.^a edición, México, 590.

² En 2015 se modificó la Ley Hipotecaria mediante la aprobación de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo. Unos de los objetivos de esta norma es lograr la coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro Inmobiliario, para evitar duplicidades y lograr «una mejor identificación de los inmuebles y una más adecuada prestación de servicios a ciudadanos y Administraciones».

(Trabajo recibido el 17 de febrero 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 21-7-2021
BOE 5-8-2021
Registro de la Propiedad de Albaida.

ARRENDAMIENTO CON OPCIÓN DE COMPRA: CANCELACIÓN.

La calificación registral de los documentos judiciales se extiende necesariamente a la congruencia de los mismos con la situación registral vigente en el momento en que se pretende su inscripción, por lo que ha de exigirse la identificación suficiente de los asientos a los que se refieren los mandamientos o documentos judiciales cancelatorios (Resolución de 28 de febrero de 1977 y muchas otras posteriores). Estas afirmaciones se justifican porque como repetidamente ha afirmado esta Dirección General no incumbe al registrador determinar cuál es el alcance de los efectos producidos por la sentencia presentada.

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. artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria), 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 de la Ley Hipotecaria).

De igual forma, este Centro Directivo ha reiterado en numerosas ocasiones (*vid.* resoluciones en los «Vistos») que todo documento que acceda al Registro y que pretenda alterar su contenido debe reunir los requisitos previstos en la legislación hipotecaria (art. 21 de la Ley Hipotecaria). Esta afirmación es predicable

igualmente de los documentos judiciales cualquiera que sea su naturaleza y el procedimiento del que provengan. Si con la presentación del documento judicial se pretende la cancelación de asientos vigentes en el Registro debe especificarse en el mismo qué asiento o asientos han de ser objeto de cancelación.

Sin embargo, como también ha señalado este Centro Directivo (*vid.* Resolución de 21 de noviembre de 2012), no debe caerse en un rigor formalista injustificado si por estar debidamente identificada en la sentencia la finca a que se refiere el pronunciamiento, el documento que recoge el negocio objeto de declaración de nulidad, así como las partes intervinientes, de modo coincidente con el contenido del Registro, no cabe albergar duda sobre su alcance cancelatorio.

Habiéndose demandado a los titulares registrales del derecho de arrendamiento, aunque no se haya solicitado expresamente la cancelación de la inscripción de tal derecho, debe entenderse implícita la cancelación del asiento registral, si la demanda de desahucio por falta de pago se ha dirigido contra el titular del derecho inscrito, sin que pueda entenderse producida indefensión conforme a lo antes expuesto. Por ello, en el presente caso, debe entenderse como título suficiente para la cancelación del derecho de arrendamiento inscrito el testimonio firme por el que se decreta el desahucio por falta de pago de las rentas debidas, junto con el decreto de lanzamiento y toma de posesión por el propietario.

De igual modo, debe admitirse la posibilidad de practicar la cancelación de la opción de compra inscrita junto con el arrendamiento. Esto es precisamente lo que ocurre en el caso objeto de este expediente. Como se ha indicado en anteriores apartados, las partes acordaron en el contrato de opción suscrito que los concedentes podrían cancelar unilateralmente en el Registro la opción de compra en los siguientes supuestos: «B) En el supuesto de que el contrato de alquiler se resuelva por cualesquiera causas, antes de su finalización. En este supuesto, los concedentes aportarán acta notarial, de manifestaciones donde declaren bajo su responsabilidad en aquel documento público que se ha producido la finalización del contrato y además acreditará en aquel que han remitido una notificación fehaciente dirigida a los optantes, a la dirección que figura en la comparecencia, indicando que se ha producido la resolución del contrato de alquiler, con especificación de las circunstancias que determinen su finalización». De igual modo, hay que tener en cuenta que el derecho de opción, tal y como se ha configurado por las partes, y así se reflejó en la inscripción misma, forma una unidad con el negocio jurídico del arrendamiento, lo que, como ya ha tenido ocasión de declarar este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 19 de mayo de 2016 y 15 marzo y 25 de mayo 2021), produce una dependencia que no puede ser ignorada por el ordenamiento jurídico.

Resolución de 21-7-2021

BOE 5-8-2021

Registro de la Propiedad de El Rosario-Área Metropolitana de Santa Cruz de Tenerife.

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: EFECTOS DE LOS ASIENTOS REGISTRALES.

Uno de los efectos más significativos del principio de legitimación registral, que se deduce de lo previsto en el artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, es el de que los asientos del Registro se encuentran bajo la salvaguardia

de los tribunales. Por esa razón, y sin que se pueda ahora entrar en el análisis de los motivos que llevaron a que no se hiciera constar en la inscripción de la hipoteca el pacto de posposición de la condición resolutoria que gravaba la finca hipotecada, hay que partir de lo que resulta de los libros registrales: la condición resolutoria tiene un rango prioritario al de la hipoteca que ha sido objeto de ejecución.

En el presente caso no cabe sino confirmar la calificación de la registradora, porque la condición resolutoria cuya cancelación se pretende aparece inscrita en el Registro con anterioridad a la hipoteca que se ha ejecutado, sin que pueda tenerse en cuenta a estos efectos el pacto recogido en la escritura que dio lugar a la inscripción de hipoteca por el que se acordó las posposición de dicha condición resolutoria, dado que no fue inscrito en su momento y, en consecuencia, el titular registral de la referida condición no ha sido tenido en cuenta en el procedimiento de ejecución hipotecaria en los términos antes expuestos.

Resolución de 21-7-2021

BOE 5-8-2021

Registro de la Propiedad de Tomelloso.

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. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). 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 debidamente fundamentada y documentada de los colindantes que se transcribe en la calificación. En definitiva, en el caso de este expediente no puede pretenderse que el registrador en su calificación o esta Dirección General en sede de recurso pueda resolver dicho conflicto entre colindantes que se pone de manifiesto, cuestión que, a falta de acuerdo entre los interesados, estará reservada a los tribunales de Justicia.

Resolución de 21-7-2021

BOE 5-8-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 18.

OBRA NUEVA: CAMBIO DE USO DE LOCAL A VIVIENDA POR ANTIGÜEDAD.

Forma parte del derecho del propietario de un terreno la facultad de construir y edificar en el mismo siempre que se ejercite «de acuerdo con la legislación

en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien» (*vid.* artículo 12 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana).

Desde el punto de vista del Registro de la Propiedad, en la inscripción de una edificación debe reflejarse: «(...) si en el proyecto aprobado se especifica, el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente» (art. 45 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística). Verificada la inscripción en el Registro de la Propiedad con unos usos determinados cuyo reflejo consta en la forma establecida en el artículo 45 transcrito, cualquier modificación que de los mismos se lleve a cabo exige nuevamente la aplicación de la norma sobre inscripción en el Registro de obras nuevas (*vid.* art. 28.3 de la Ley de Suelo).

Admitida la posibilidad del acceso registral del cambio de uso acreditado por la vía prevista en el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, la cuestión objeto del presente recurso (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria) se limita a determinar si la documentación aportada por el recurrente al efecto es apta para practicar la inscripción del referido cambio de uso de local a vivienda. Dicha documentación está constituida por la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, con su correspondiente código seguro de verificación, de la que resulta que dicha finca está destinada a vivienda, si bien sin indicación alguna de la antigüedad de dicho uso, junto con otro documento anexo obtenido a través de la Sede Electrónica del Catastro mediante consulta realizada por el notario, denominado «Antecedentes en Catastro de un inmueble. Datos físico-económicos», del cual resulta que desde el día 31 de diciembre de 1998, fecha más antigua que aparece en dicho informe, hasta el día 20 de noviembre de 2020 en que se realiza la consulta protocolizada en la escritura el uso del inmueble ha sido residencial. De la documentación aportada resulta por tanto que la antigüedad del uso de la finca como vivienda es superior a los cuatro años que exige la legislación de la comunidad autónoma de Madrid para que prescriba cualquier acción de restablecimiento de la legalidad urbanística.

El hecho de que la superficie mínima que han de tener las viviendas según la normativa urbanística sea un dato objetivo no impide la aplicación de la doctrina expuesta, pues al registrador le corresponde el control de la legalidad urbanística, pero solo a través de los mecanismos legalmente previstos, entre los cuales no se encuentra el realizar un juicio sobre si una vivienda reúne o no las características exigidas por la legislación urbanística para tener la consideración de tal.

Resolución de 21-7-2021

BOE 5-8-2021

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 3.

OBRA NUEVA: NECESIDAD DE INSCRIBIR LA BASE GRÁFICA DE LA FINCA DONDE SU UBICA.

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 ex-

tremos regulados en la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, señaló, en su apartado octavo, punto 1, que «cuando, conforme al artículo 202 de la Ley Hipotecaria, proceda inscribir la relación de coordenadas de referenciación geográfica de la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación, deberá constar inscrita, previa o simultáneamente, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique».

El cumplimiento de tal exigencia legal de georreferenciación de las edificaciones, cuando además conste inscrita la delimitación georreferenciada de la finca, permite efectuar el referido análisis geométrico espacial y concluir, sin ningún género de dudas, si la porción ocupada por la edificación, debidamente georreferenciada, está o no totalmente incluida dentro de la porción de suelo correspondiente a la finca. Pero cuando la finca no tiene previamente inscrita su georreferenciación, tal análisis geométrico espacial resultará difícil en ocasiones o imposible en otras, y puede no llegar a disipar las dudas acerca de si la concreta edificación declarada está o no efectivamente ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la que se declara. Por tanto, con carácter general, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación no requiere, desde el punto de vista procedimental, que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar tales dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara. 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.

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. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). 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. Las dudas de identidad pueden ser manifestadas por el registrador al comienzo del procedimiento, evitando dilaciones y trámites innecesarios, por lo que es totalmente correcta la actuación del registrador en este aspecto.

Resolución de 21-7-2021

BOE 5-8-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 35.

OPCIÓN DE COMPRA: DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE COMPRA Y PACTO COMISORIO.

El Código civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación, pueda apropiarse

definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (*vid.* artículos 6, 1859 y 1884 del CC). También este Centro Directivo ha aplicado la prohibición del pacto comisorio incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos. En este sentido, las Resoluciones de 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999 y 26 de noviembre de 2008 concluyeron que la opción de compra examinada se concedía en función de garantía.

No obstante, en las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020, se admiten aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda.

A diferencia del supuesto objeto de la Resolución de 27 de octubre de 2020, en el que la opción se pactaba a favor del acreedor hipotecario, en el caso de este expediente en el historial registral de la finca consta la existencia de una hipoteca a favor de una entidad financiera, sin que ni de la escritura de opción, ni del registro resulte que haya una vinculación entre la deuda garantizada y los optantes futuros compradores de la finca de forma que pueda deducirse que la opción se pacta en garantía de dicha deuda. No obstante, la existencia del pacto comisorio se sustenta a juicio del registrador en la diferencia entre el valor de tasación de la finca que consta en la inscripción de hipoteca y el muy inferior valor de compra lo que podría dar lugar a un posible abuso en contra del dueño de la finca. De las afirmaciones de la concedente, efectuadas en escritura pública, no puede inferirse la situación de abuso, cuya prueba, por otra parte, supera el alcance de la función calificadora y el ámbito del marco en el que se desenvuelve este recurso.

En cuanto a que la determinación queda al arbitrio de una de las partes, tal pacto el señalamiento del precio no queda, en sí mismo, al arbitrio del comprador (algo que está prohibido por los artículos 1256 y 1447 —este «a contrario sensu»— del CC), pues la facultad que se atribuye convencionalmente al comprador se refiere propiamente a la cantidad que del precio ya fijado se paga en realidad, hechas las referidas deducciones. Bien es cierto que en sede del Código civil existe una cierta aversión hacia la indeterminación de lo que puedan considerarse como elementos objetivos del contrato, citándose en tal sentido el texto de artículos como el 1449, 1690, párrafo segundo, 1115 (condición meramente protestativa) y por supuesto el 1256. Pero no lo es menos que el derecho comparado y las más recientes codificaciones se orientan en un sentido que ha sido calificado como «superación del mito del tabú de la determinación del objeto y del precio» y del «tabú del arbitrio de parte»; de modo que, modernamente, la insistencia en la determinación de los elementos objetivos del contrato y singularmente del precio, así como la aversión a su determinación unilateral han disminuido muy notablemente, desvaneciéndose para algunos autores en términos prácticos.

Es también doctrina reiterada que el principio de consignación íntegra del precio establecido por diversas Resoluciones —entre ellas la de 11 de junio de 2002—, debe impedir pactos que dejen la consignación y su importe al arbitrio del optante en perjuicio no solo del concedente sino también de los titulares de derechos posteriores, pero esta protección no puede llevarse al extremo, pues implicaría, so pretexto de proteger a los titulares de los derechos posteriores a la opción de perjudicar al propio titular de la opción, que goza de preferencia registral frente a ellos. Este Centro Directivo ha reconocido la posibilidad de deducción del importe de la prima de la opción o de las cantidades satisfechas en concepto de cuotas del arrendamiento, al constar en el Registro que la cantidad pagada por

el otorgamiento de la opción se deducirá del precio, si se ejercita tal derecho, de forma que cualquier titular de un derecho posterior tiene conocimiento de que tal cantidad no se consignará. También se ha reconocido la posible deducción del importe de cargas anteriores a la propia opción, que son asumidas o satisfechas por el optante. Si bien esta posibilidad debe considerarse limitada por el principio de que las cantidades satisfechas por estos conceptos no podrán ser superiores a las correspondientes coberturas hipotecarias. En general, puede decirse que no habrá obligación de consignar cuando la forma de pago que se hubiera pactado no permite la consignación por no haber entrega alguna de cantidad. En todo caso, es fundamental que estas circunstancias consten pactadas en la escritura de opción y que consten debidamente inscritas.

Resolución de 21-7-021

BOE 14-10-2021

Registro de la Propiedad de La Seu d'Urgell.

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIAS ESTADO-CATALUÑA. OBRA NUEVA: LICENCIA OBTENIDA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Es doctrina de este Centro Directivo que, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 5/2009, de 28 de abril, del Parlamento de Cataluña, parcialmente dejada sin efecto 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 fundamentan 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», hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Con base en todo lo expuesto este Centro Directivo se considera competente para resolver el presente recurso ya que la materia discutida no es exclusiva de Derecho especial catalán, sino, que converge con normativa estatal constituida por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, en especial los artículos 26 y 28.

Como así mismo ha reiterado este Centro Directivo, es competencia de las normas estatales establecer los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas —íntimamente relacionadas con las divisiones horizontales—, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica.

Únicamente se plantea en el presente expediente la cuestión referente a la obtención de la licencia por silencio administrativo positivo, no el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por el artículo 28.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria) En la escritura calificada figura certificación expedida por la secretaria del Ayuntamiento de Arsèguel, doña Y. C. E., en la que se hace constar que con fecha 29 de enero de 2015 se ha dictado sentencia declarando la concesión de licencia por silencio positivo. Consecuentemente este defecto debe ser revocado en los términos expresados en el presente fundamento de Derecho.

En relación con la materia objeto del presente recurso, el artículo 11.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, dice: «Régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo (...) 4. Con independencia de lo establecido en el apartado anterior, serán expresos, con silencio administrativo negativo, los actos que autoricen: a) Movimientos de tierras, explanaciones, habiendo sido declarado inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional 143/2017, de 14 de diciembre, su inciso final referido a parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación». La existencia de una regulación general del silencio administrativo en la legislación del procedimiento administrativo común y otra diferente en la normativa estatal del suelo genera graves problemas de seguridad jurídica, lo cual afecta, indefectiblemente, a la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario.

En el ámbito de la legislación urbanística catalana, el artículo 5 del citado Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña dispone que «en ningún caso se pueden considerar adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas que contravengan a esta Ley o al planeamiento urbanístico». Respecto de la exigencia de licencia urbanística en materia de constitución o modificación de un régimen de propiedad horizontal, la letra k), del apartado primero del artículo 187 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, establece lo siguiente: «1. Están sujetos a licencia urbanística previa, con las excepciones establecidas por el artículo 187 ter, los siguientes actos: (...) k) La constitución o modificación de un régimen de propiedad horizontal, simple o compleja». Y, respecto de la concesión de licencia y el silencio administrativo positivo, los dos primeros apartados del artículo 188 del mismo cuerpo legal disponen que: «1. Las licencias urbanísticas deben otorgarse de acuerdo con lo que establecen esta Ley, el planeamiento urbanístico y las ordenanzas municipales. 2. La competencia y el procedimiento para otorgar y denegar las licencias urbanísticas se ajustan a lo que establece la legislación de régimen local. El sentido positivo del silencio administrativo en esta materia se entiende sin perjuicio de lo que dispone el artículo 5.2 y en el marco de lo que establece la legislación aplicable sobre procedimiento administrativo común».

Resolución de 22-7-2021

BOE 5-8-2021

Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera, número 1.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: VENTA DE PARTICIPACIONES INDIVISAS.

Es conocido que las comunidades autónomas pueden asumir competencia exclusiva en las materias de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» (Sentencias del Tribunal Constitucional números 61/1997, de 20 de marzo, fundamento jurídico 5, y 164/2001, de 11 de julio, fundamento jurídico 4), lo que en el caso de la comunidad de Andalucía se plasma en el ejercicio de su potestad legislativa mediante la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía. Es al Estado al que compete, en materia urbanística, establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción al previo cumplimiento de ciertos requisitos, en particular, el requisito de la previa intervención administrativa.

Una parcelación urbanística es un proceso dinámico que se manifiesta mediante hechos externos y objetivos fácilmente constatables. De modo que 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 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.

La normativa de referencia está constituida por el artículo 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía y por el artículo 8 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la comunidad autónoma de Andalucía.

En el presente expediente la sociedad titular registral vende a unos cónyuges el pleno dominio de una doceava parte indivisa que le pertenece sobre una finca registral que se describe como solar en el término de Chiclana de la Frontera. La registradora considera que aunque no existe en la venta de participaciones indivisas asignaciones concretas de uso de la finca, se entiende que existen indicios de parcelación urbanística una vez comprobada, tanto de la consulta catastral como de las Bases gráficas registrales, la parcelación habitual de las zonas del entorno, con caminos, edificaciones, piscinas, etc., y la sucesiva venta de participaciones de la finca (existen presentadas once escrituras por las que se transmiten cuotas indivisas de la misma finca). Por ello entiende necesaria la presentación de la licencia municipal de parcelación. Debe tenerse presente que, a pesar de la descripción como rústica de la finca, en la calificación urbanística emitida por el Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera incorporada a la escritura se acredita su clasificación como suelo urbanizable no sectorizado, situación urbanística que se ha hecho constar además en el historial registral.

Por lo que atendidas las circunstancias concurrentes en el presente caso como es el hecho de que se trate de suelo urbanizable, que no se encuentre edificado y que no concurra elemento adicional alguno que permitan afirmar la existencia de una distribución fraccionada de parcelas antes de la actuación urbanizadora, el defecto tal y como ha sido formulado no puede mantenerse. Por ello cabe afirmar, en este caso, que la transmisión de participaciones indivisas de suelo urbanizable a distintos titulares puede ser perfectamente compatible con el proceso urbanizador y no justificar obstáculo alguno desde el punto de vista civil.

Resolución de 22-7-2021

BOE 5-8-2021

Registro de la Propiedad de Vigo, número 3.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO FISCAL: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN DEL ACTA DE ADJUDICACIÓN.

La resolución de este expediente debe comenzar por recordar la doctrina mantenida por este Centro Directivo sobre el alcance de la calificación registral

del acto administrativo. Como señala la Resolución de 3 de septiembre de 2019, la calificación registral de los documentos administrativos que pretendan su acceso al Registro de la Propiedad se extiende en todo caso a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de este con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro (cfr. art. 99 del Reglamento Hipotecario). Como ya afirmara este Centro Directivo, ante una alegación similar, en sus Resoluciones de 25 de marzo de 2008, 30 de noviembre de 2016 y 10 de octubre de 2018, el control de la legalidad en relación a los actos inscribibles correspondiente al registrador de la propiedad, y no queda excluido por el hecho de que concurra en el expediente administrativo el informe favorable del organismo afectado, ya que tal informe está sometido igualmente a la calificación registral (cfr. art. 99 del Reglamento Hipotecario).

Entre estos trámites esenciales que son objeto de calificación registral, como se ha dicho, figuran todos aquellos que, dentro del procedimiento correspondiente, van dirigidos a que los titulares afectados puedan tener en el mismo la intervención prevista por las leyes para evitar su indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución española). En el procedimiento de apremio se exigen una serie de notificaciones de actos y resoluciones que confieren, cada uno de ellos, específicos derechos de defensa para la persona contra la que se dirige el procedimiento. De ahí la necesaria calificación de tales extremos a fin de evitar la indefensión del interesado (cfr. artículos 24 de la Constitución española y 20 de la Ley Hipotecaria). En orden a excluir la indefensión material del deudor titular registral de la finca embargada también debe confirmarse la calificación del registrador en lo relativo a la necesidad de que se explicita por el órgano competente cuando menos una referencia a la adecuación de la práctica de las notificaciones en la forma que para ellas prevé la legislación tributaria.

La misma suerte desestimatoria ha de correr el segundo defecto consignado en la nota de calificación relativo a no constar entre las circunstancias personales de los adjudicatarios su domicilio, siendo el adjudicatario una persona física. El artículo 51.9.a del Reglamento Hipotecario exige expresamente la constancia de las circunstancias personales completas de las personas físicas a cuyo favor haya de practicarse la inscripción.

Para la inscripción de documentos administrativos deben seguirse criterios similares a los que se siguen en la inscripción de los documentos judiciales (en este sentido el art. 104 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social señala que «los mandamientos que para obtener la anotación preventiva de embargo de bienes inmuebles que expidan los recaudadores ejecutivos de la Tesorería General de la Seguridad Social tendrán, a todos los efectos, la misma virtualidad que si emanasen de la autoridad judicial», y en el mismo sentido el art. 170 de la Ley General Tributaria, y la mencionada Resolución de 30 de septiembre de 1980). Por lo tanto, si para el acceso al Registro de documentos judiciales que produzcan mutaciones jurídico-reales inmobiliarias, se exige que conste la firmeza en la vía judicial, para el acceso al Registro de documentos administrativos se debe exigir la firmeza en la vía administrativa.

Para los arrendamientos sometidos al régimen derivado de la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos introducida por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, porque en esos casos, y en cuanto al ejercicio de retracto, habrá que distinguir si el contrato de arrendamiento tuvo o no acceso al Registro de la Propiedad y si lo hizo «con

anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador». Esto es, con anterioridad a la hipoteca o embargo que se ejecuta. En este último caso la persistencia del arrendamiento tras la adjudicación de la vivienda, provocará que el arrendatario pueda, en su caso, ejercitar su derecho de retracto contra el adjudicatario en los términos previstos en el artículo 25. En el caso de que el arrendamiento se haya inscrito en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la inscripción de la hipoteca, o a la anotación preventiva del embargo o a la inscripción del derecho que provoque la resolución de la titularidad del arrendador, puesto que el contrato de arrendamiento se extinguirá «*ipso iure*» conforme a lo dispuesto en el artículo 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos antes transcrito, no habrá lugar a retracto. Si el arrendamiento de vivienda no ha accedido al Registro de la Propiedad, lógicamente no habrá lugar a derecho alguno. Sin embargo, el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos fue nuevamente objeto de reforma con el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. Con esta reforma volvió a establecerse para los arrendamientos de vivienda un plazo de duración mínima de cinco años, o de siete si el arrendador es persona jurídica, plazo que se mantendría, aunque el derecho del arrendador fuera resuelto, entre otras causas, por enajenación forzosa. Este nuevo régimen supone la persistencia del arrendamiento durante ese plazo mínimo y, consecuentemente, la aplicación del artículo 25 de la ley en relación con los derechos de tanteo y retracto. No obstante, en el caso objeto de recurso, dado que la finca adjudicada no tiene la consideración de vivienda, no resulta de aplicación lo establecido en el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Por ello, a menos que el arrendamiento estuviera inscrito en el Registro con anterioridad a la anotación de embargo que ha fundamentado la ejecución, dicho arrendamiento quedará extinguido con la adjudicación en el procedimiento de apremio y, consecuentemente, no serán de aplicación las normas que regulan los derechos de tanteo y retracto.

Resolución de 22-7-2021

BOE 5-8-2021

Registro de la Propiedad de Parla, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LEGALIZACIÓN DEL LIBRO DE ACTAS.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (cfr. Resolución de 11 de junio de 2020) que solo cabe interponer recurso ante este Centro Directivo cuando el registrador califica negativamente el título, sea total o parcialmente. 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 (art. 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Sin embargo, el presente expediente presenta unas características propias, toda vez que la legalización del libro de actas se ha realizado en el llamado Libro Fichero. La consignación en el fichero auxiliar no implica ningún efecto propio de los asientos registrales (en particular no gozará de los principios de legitimación, prioridad, inoponibilidad y fe pública registral), ni prejuzga la calificación sobre los requisitos de constitución de tal comunidad en caso de que se presentara a inscripción, ni ampara frente a eventuales incumplimientos de la normativa administrativa o urbanística.

En el presente expediente consta al margen de las inscripciones correspondientes a cada uno de los tres edificios la legalización de diversos libros de actas, expresándose que dichos libros son el tercero, primero que se legaliza registralmente, y, a continuación, cuarto, segundo que se legaliza registralmente. En atención a tales consideraciones y teniendo en cuenta que con anterioridad se han legalizado cuatro libros de actas, y que se han practicado las correspondientes notas marginales de legalización, debe estimarse el recurso y revocarse la nota de calificación de la registradora, pues tales notas marginales sí están bajo la salvaguardia de los tribunales y no practicarla ahora pondría en entredicho la eficacia y validez de aquellas.

Resolución de 22-7-2021

BOE 5-8-2021

Registro de la Propiedad de Almuñécar.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Del análisis de la nota de calificación de este expediente resulta que no pueden aceptarse los argumentos del recurrente sobre la falta de motivación, ya que dicha nota señala las dudas que a juicio de la registradora impiden la inscripción de la representación gráfica, basadas en la existencia de litigio entre los colindantes y una representación gráfica contradictoria, así como los fundamentos en los que se apoya para justificarlas —que podrán o no ser acertados—.

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. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). 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 debidamente fundamentada y documentada del colindante que se refiere a la pendencia de un procedimiento judicial sobre la configuración física de las fincas, que se identifica en la calificación.

Resolución de 22-7-2021

BOE 5-8-2021

Registro de la Propiedad de Pontedeume.

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. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). 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 caso de dudas de invasión del dominio público resulta (...) esencial la comunicación a la Administración titular del inmueble afectado a efectos de valorar si efectivamente se produce dicha invasión. En el caso objeto del presente recurso, tras efectuarse notificación en el procedimiento, no consta oposición del ayuntamiento ni otra Administración pública titular de un supuesto camino de dominio público supuestamente invadido, y la delimitación de tal camino y su supuesta invasión tampoco resultan de la aplicación gráfica registral homologada, sino que las dudas de la registradora solo dicen resultar del hecho de existir oposición de un particular, también ha de estimarse el recurso y revocarse la nota de calificación recurrida.

Resolución de 22-7-2021

BOE 5-8-2021

Registro de la Propiedad de Brihuega.

VÍAS PECUARIAS: NO PUEDE PRACTICARSE NOTA MARGINAL INDICATIVA DE QUE LA FINCA ESTÁ PENDIENTE DE DESLINDE.

En primer lugar conviene traer a colación la doctrina reiterada de este Centro Directivo, en el sentido de que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por este se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca solo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados. En ningún caso puede admitirse la práctica de asientos sobre las fincas sin que el titular haya sido parte en el procedimiento.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003 de 3 de noviembre (cfr.

art. 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total.

Debe recordarse, como se indicó en la Resolución de esta Dirección General de 19 de julio de 2018, que la falta de deslinde de la vía pecuaria con el procedimiento y garantías previstas en la Ley, impide que puedan aplicarse a los titulares de fincas colindantes las consecuencias propias de este deslinde. No obstante lo anterior, 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, incluso al no deslindado formalmente (pues el deslinde tiene un valor declarativo y no constitutivo: *vid.* Resolución de 23 de enero de 2014, fundamento jurídico 7), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Por tanto, procede confirmar la calificación del registrador en el sentido de que no puede hacerse constar en el Registro que una finca está pendiente de deslinde, sin haberse incoado el oportuno expediente de deslinde con intervención del titular registral.

Resolución de 22-7-2021

BOE 5-8-2021

Registro de la Propiedad de Adeje.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ARTÍCULO 98 LEY 24/2001.

De la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001 por el Tribunal Supremo (Sentencias de 23 de septiembre de 2011, 20 y 22 de noviembre de 2018 y, más recientemente, 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.

Respecto a los términos en que la reseña identificativa del documento auténtico que se haya aportado al notario para acreditar la representación alegada deba efectuarse, se trata de dilucidar en este expediente si la expresión «título legítimo de representación» es suficiente. Precisamente para evitar presunciones, interpretaciones dispares o discusiones semánticas, este Centro Directivo ha seña-

lado que, habida cuenta de los efectos y especialmente la trascendencia que la Ley atribuye hoy 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.

Resolución de 23-7-2021

BOE 5-8-2021

Registro de la Propiedad de Cebreros.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral el de 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 de la Ley Hipotecaria), 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 de la Ley Hipotecaria).

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo 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 ha matizado 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.

Esta Dirección General ha señalado respecto a la incidencia de la renuncia de los herederos en los supuestos de procedimientos seguidos contra la herencia yacente, que no evita la necesidad de nombrar administrador el hecho de que haya un pronunciamiento judicial en el que conste haberse otorgado escritura de renuncia a la herencia por parte de los herederos, pues, mediando la renuncia de los inicialmente llamados a la herencia, esta pasa los siguientes en orden, sean testados o intestados, quienes serán los encargados de defender los intereses de la herencia; así en Resolución de 19 de septiembre de 2015. Pero también ha resuelto que distinto sería el caso de que la renuncia de los herederos se hubiera producido una vez iniciado el procedimiento de ejecución como consecuencia del requerimiento que se les había hecho en este, pues en este caso sí habría habido posibilidad de intervención en defensa de los intereses de la herencia (Resolución de 15 de noviembre de 2016).

En el concreto supuesto de este expediente, el argumento fundamental que se expresa en la calificación es la necesidad de nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente que garantice la eficaz defensa de sus intereses, dado que los reconocidos como herederos del primitivo deudor hipotecante hicieron sus renunciaciones antes de iniciado el procedimiento por lo que han intervenido en el mismo con posterioridad a sus respectivas escrituras de renuncia de herencia de dicho causante. Por tanto, cuando lo hicieron, no tenían ningún interés que defender en la citada herencia, sino que los herederos llamados tras su renuncia y que debieran ser parte en el procedimiento, debieron ser los citados en los autos. Además, como bien ha señalado el registrador, existe también una renuncia de otra heredera, cuya fecha de otorgamiento no se acredita y ni siquiera consta en la resolución, de manera que, si se acreditara que dicha renuncia tuvo lugar con posterioridad a su intervención en el procedimiento, la doctrina recogida en la calificación decaería y se podría practicar la inscripción. Pero esto no se ha realizado.

Resolución de 23-7-2021

BOE 5-8-2021

Registro de la Propiedad de Ciudad Rodrigo.

SEGREGACIÓN: ACORDADA EN SENTENCIA JUDICIAL.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 25 de octubre de 2005 y 16 de junio de 2010, entre otras muchas) uno de los principios básicos de nuestro sistema registral es el llamado principio de legalidad que, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan «*erga omnes*» de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional —artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria—), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del registrador, y así el artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales, y esta norma se reitera a través de toda la Ley Hipotecaria, así como de su Reglamento, salvo contadas excepciones que son ajenas al caso ahora debatido. 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.

El mandamiento es el acto de comunicación judicial por el que se ordena el libramiento de certificaciones o la práctica de cualquier actuación cuya ejecución corresponda, entre otros, a los registradores de la propiedad. Ahora bien, el mandamiento no es título formal en el sentido recogido por el artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

La exigencia de escritura pública viene ordenada por el propio juez que dicta la sentencia que consta en los autos del procedimiento ordinario número 150/2018. Pero es que, además, como se ha expuesto anteriormente, resulta del artículo 50 del Reglamento Hipotecario, lo que es una plasmación del principio fundamental del artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

Esta Dirección General ha resuelto en numerosas ocasiones sobre el principio de especialidad. Por exigencia derivada del principio hipotecario de «especialidad», la descripción de la finca ha de ser clara e inequívoca. Es necesario que los

documentos relativos a contratos o actos que deban inscribirse expresen, por lo menos, todas las circunstancias que necesariamente deba contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos. En este supuesto, el principio de especialidad se debe plasmar en cuanto a qué comunero se le adjudica cada lote o finca segregada, lo que no resulta de la propuesta de división del técnico, que en otros aspectos está bien elaborada, ni resulta tampoco de la parte dispositiva de la sentencia, que remite al otorgamiento de los documentos necesarios para protocolizar la división acordada, así como para su inscripción catastral y registral.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria en su redacción otorgada por la Ley 13/2015, configura la incorporación de la representación gráfica georreferenciada de las fincas con carácter preceptivo, al establecer que la inscripción contendrá siempre tal incorporación con carácter preceptivo siempre que se «inmatricule una finca, o se realicen operaciones que determinen una reordenación de los terrenos, como segregación, división (...)» —que es lo que se produce en este supuesto—.

Resolución de 23-7-2021
BOE 5-8-2021
Registro de la Propiedad de Almonte.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL DISPONENTE.

Como ha afirmado con reiteración esta Dirección General (*vid.*, por todas, la Resolución de 10 de abril de 2017) es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, estando las fincas transmitidas inscritas en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral, que resulte de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada (cfr. arts. 2 y 17 de la Ley Hipotecaria).

Debe recordarse que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la doctrina de este Centro Directivo configuran la sociedad legal de gananciales, al igual que la generalidad de la doctrina, como una comunidad de tipo germánico, en la que el derecho que ostentan ambos cónyuges afecta indeterminadamente al objeto, sin atribución de cuotas, ni facultad de pedir la división material, mientras dura la sociedad, a diferencia de lo que sucede con el condominio romano, con cuotas definidas, y en donde cabe el ejercicio de la división de cosa común. Y, por eso, en la sociedad de gananciales no se es dueño de la mitad de cada uno de los bienes comunes, sino que ambos esposos conjuntamente tienen la titularidad del patrimonio ganancial. Asimismo, disuelta pero no liquidada la sociedad de gananciales, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que puedan disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquellos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colec-

tivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos.

Por los anteriores razonamientos debe confirmarse la calificación de la registradora en cuanto considera que la ahora recurrente no es titular de una mitad indivisa de las fincas referidas que pueda enajenar con su solo consentimiento.

Resolución de 23-7-2021

BOE 5-8-2021

Registro de la Propiedad de Vigo, número 3.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO FISCAL: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN DEL ACTA DE ADJUDICACIÓN.

No pueden admitirse los motivos alegados por el recurrente en cuanto a la ausencia de las circunstancias del adquirente en la certificación de la adjudicación derivada del apremio dada su exigencia por los artículos 9 de Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento. No obstante, ha de tenerse en cuenta: En cuanto al ejecutado y transmitente, que derivándose la adjudicación de un embargo practicado contra una persona cuyas circunstancias ya fueron calificadas por el registrador al tomar la anotación de embargo, necesariamente está suficientemente identificado el ejecutado ya que de otra forma el embargo no se habría anotado ni procedería, consecuentemente, la inscripción de la adjudicación.

En cuando a la falta de constancia de los datos de la adjudicataria, la mercantil «Laurican, S.L.», en la certificación de adjudicación calificada es de plena aplicación lo establecido por la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) de 11 de junio de 2012 diciendo: «acreditada la inscripción del cargo de administrador en el Registro Mercantil, el recurso podría (y debería) evitarse, y con ello las consiguientes molestias a los usuarios, si la registradora, antes de poner la nota, hubiese consultado directamente el Registro Mercantil y se procurase los datos que sean necesarios para practicar la inscripción por cuanto le resultan fácilmente accesibles.

Para la inscripción de documentos administrativos deben seguirse criterios similares a los que se siguen en la inscripción de los documentos judiciales (en este sentido el art. 104 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social señala que «los mandamientos que para obtener la anotación preventiva de embargo de bienes inmuebles expidan los recaudadores ejecutivos de la Tesorería General de la Seguridad Social tendrán, a todos los efectos, la misma virtualidad que si emanasen de la autoridad judicial», y en el mismo sentido el art. 170 de la Ley General Tributaria, y la mencionada Resolución de 30 de septiembre de 1980). Por lo tanto, si para el acceso al Registro de documentos judiciales que produzcan mutaciones jurídico-reales inmobiliarias, se exige que conste la firmeza en la vía judicial, para el acceso al Registro de documentos administrativos se debe exigir la firmeza en la vía administrativa. La firmeza de la resolución administrativa es un requisito esencial para practicar cualquier asiento de inscripción o cancelación en el Registro que implique una mutación jurídico real inmobiliaria.

Contemplando la adjudicación en un procedimiento de apremio cuya calificación se recurre, bastaría con acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reseñada en los «Vistos» y a la doctrina de la Resolución de la Dirección

General de los Registros y del Notariado de 2 de octubre de 2014 para sostener la necesidad de calificación de la ausencia de notificación al ejecutado del precio de subasta. Entre estos trámites esenciales que son objeto de calificación registral, como se ha dicho, figuran todos aquellos que, dentro del procedimiento correspondiente, van dirigidos a que los titulares afectados puedan tener en el mismo la intervención prevista por las leyes para evitar su indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución española). En el procedimiento de apremio se exigen una serie de notificaciones de actos y resoluciones que confieren, cada uno de ellos, específicos derechos de defensa para la persona contra la que se dirige el procedimiento. De ahí la necesaria calificación de tales extremos a fin de evitar la indefensión del interesado (cfr. artículos 24 de la Constitución española y 20 de la Ley Hipotecaria). En orden a excluir la indefensión material del deudor titular registral de la finca embargada también debe confirmarse la calificación del registrador en lo relativo a la necesidad de que se explicita por el órgano competente cuando menos una referencia a la adecuación de la práctica de las notificaciones en la forma que para ellas prevé la legislación tributaria.

La falta de acreditación de las facultades representativas de quien ha comparecido en representación de la citada entidad adjudicataria. Debe partirse del hecho de que el adjudicatario en este caso es una sociedad limitada. es de plena aplicación lo establecido por la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) de 11 de junio de 2012 diciendo: «acreditada la inscripción del cargo de administrador en el Registro Mercantil, el recurso podría (y debería) evitarse, y con ello las consiguientes molestias a los usuarios, si la registradora, antes de poner la nota, hubiese consultado directamente el Registro Mercantil y se procurase los datos que sean necesarios para practicar la inscripción por cuanto le resultan fácilmente accesibles.

Resolución de 23-7-2021

BOE 5-8-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 19.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: CASOS EN LOS QUE LA FINCA NO SE LOCALIZA EN EL CATASTRO.

En el presente caso, la única cuestión que se plantea como objeto de recurso es la de si cuando para un finca registral no existe referencia catastral ni certificación catastral descriptiva y gráfica de ningún tipo (ni coincidente ni no coincidente con la finca), es o no posible aportar, para tramitar el procedimiento del artículo 199.2 de la Ley Hipotecaria, una georreferenciación alternativa sin acompañar la —inexistente y por tanto imposible de aportar— certificación catastral descriptiva y gráfica.

Excepcionalmente, y por diversas razones que no procede ahora analizar, hay ciertas porciones de la superficie terrestre, como ocurre en el caso que nos ocupa en el presente recurso, que no tienen asignada geometría ni referencia catastral propias y, por lo tanto, respecto de ellas no es posible obtener su correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica. Por tanto, en casos como este, el requisito legal de, conforme al artículo 199.2, «aportar, además de la certificación catastral descriptiva y gráfica, una representación gráfica georreferenciada alternativa» resulta de imposible cumplimiento en cuanto a su primer inciso relativo a la aportación de la inexistente certificación catastral.

La Resolución de este Centro Directivo de 18 de diciembre de 2020 dijo que «esta Dirección General, para un supuesto de inmatriculación, ya señaló, en Resolución de 22 de septiembre de 2017 que “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» siendo admisible la aportación por el interesado de la representación gráfica alternativa». Y dicha doctrina es también aplicable a casos como el presente.

Resolución de 23-7-2021

BOE 5-8-2021

Registro de la Propiedad de Almansa.

VÍAS PECUARIAS: NO PUEDE PRACTICARSE NOTA MARGINAL INDICATIVA DE QUE LA FINCA ESTÁ PENDIENTE DE DESLINDE.

En primer lugar conviene traer a colación la doctrina reiterada de este Centro Directivo, en el sentido de que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por este se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca solo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados. En ningún caso puede admitirse la práctica de asientos sobre las fincas sin que el titular haya sido parte en el procedimiento.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003 de 3 de noviembre (cfr. art. 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total.

Debe recordarse, como se indicó en la Resolución de esta Dirección General de 19 de julio de 2018, que la falta de deslinde de la vía pecuaria con el procedimiento y garantías previstas en la Ley, impide que puedan aplicarse a los titulares

de fincas colindantes las consecuencias propias de este deslinde. No obstante lo anterior, 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, incluso al no deslindado formalmente (pues el deslinde tiene un valor declarativo y no constitutivo: *vid.* Resolución de 23 de enero de 2014, fundamento jurídico 7), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Por tanto, procede confirmar la calificación del registrador en el sentido de que no puede hacerse constar en el Registro que una finca está pendiente de deslinde, sin haberse incoado el oportuno expediente de deslinde con intervención del titular registral.

Resolución de 26-7-2021

BOE 6-8-2021

Registro de la Propiedad de Santa María la Real de Nieva.

RECURSO GUBERNATIVO: NATURALEZA Y ÁMBITO.

Lo primero que debe hacerse es recordar contra la decisión de los registradores a no inscribir un título el recurso procedente no es la interposición de un recurso de alzada o de reposición —como indebidamente se expresa en el recurso—, dado que lo procedente es el recurso contra la calificación de los registradores que tiene su regulación específica en la Ley Hipotecaria. La naturaleza jurídica especial del procedimiento registral y el régimen legal a que queda sujeto resulta particularmente relevante la doctrina legal fijada por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2011.

El objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, 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 (art. 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 26-7-2021

BOE 6-8-2021

Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 2.

VÍAS PECUARIAS: NO PUEDE PRACTICARSE NOTA MARGINAL INDICATIVA DE QUE LA FINCA ESTÁ PENDIENTE DE DESLINDE.

En primer lugar conviene traer a colación la doctrina reiterada de este Centro Directivo, en el sentido de que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por este se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca solo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados. En ningún caso puede admitirse la práctica de asientos sobre las fincas sin que el titular haya sido parte en el procedimiento.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003 de 3 de noviembre (cfr. art. 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total.

Debe recordarse, como se indicó en la Resolución de esta Dirección General de 19 de julio de 2018, que la falta de deslinde de la vía pecuaria con el procedimiento y garantías previstas en la Ley, impide que puedan aplicarse a los titulares de fincas colindantes las consecuencias propias de este deslinde. No obstante lo anterior, 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, incluso al no deslindado formalmente (pues el deslinde tiene un valor declarativo y no constitutivo: *vid.* Resolución de 23 de enero de 2014, fundamento jurídico 7), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Por tanto, procede confirmar la calificación del registrador en el sentido de que no puede hacerse constar en el Registro que una finca está pendiente de deslinde, sin haberse incoado el oportuno expediente de deslinde con intervención del titular registral.

Resolución de 28-7-2021

BOE 6-8-2021

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, 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. 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 28-7-2021

BOE 6-8-2021

Registro de la Propiedad de Escalona.

CONTROL DE LOS MEDIOS DE PAGO: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

En lo relativo a la calificación de los registradores de la propiedad respecto de los extremos objeto de debate en este recurso, la reforma se centra en dos

aspectos: a) La obligación de comprobar si las escrituras públicas a que se refiere el artículo 24 de la Ley del Notariado expresan no solo «las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos» (disposición que se mantiene en su redacción anterior), sino, además, «la identificación de los medios de pago empleados por las partes, en los términos previstos en el artículo 24 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862» (art. 21 de la Ley Hipotecaria). b) El cierre del Registro respecto de esas escrituras públicas en las que, consistiendo el precio en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, «el fedatario público hubiere hecho constar en la escritura la negativa de los comparecientes a identificar, en todo o en parte, los datos o documentos relativos a los medios de pago empleados» —apartado tercero del mismo artículo 254—.

Sin embargo, en relación con la calificación registral y el cierre del Registro de la Propiedad, en los términos expresados en el artículo 254.3 de la Ley Hipotecaria, el artículo 177, párrafo quinto, del Reglamento Notarial, según redacción dada por el Real Decreto 1/2010, determina que «(...) se entenderán identificados los medios de pago si constan en la escritura, por soporte documental o manifestación, los elementos esenciales de los mismos. A estos efectos, si el medio de pago fuera cheque será suficiente que conste librador y librado, beneficiario, si es nominativo, fecha e importe; si se tratara de transferencia se entenderá suficientemente identificada, aunque no se aporten los códigos de las cuentas de cargo y abono, siempre que conste el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria».

En el presente caso es indudable que la calificación no puede ser confirmada. Para decidir si la escritura calificada es o no inscribible, resulta irrelevante que los justificantes de las referidas transferencias sean o no legibles.

Resolución 28-7-2021

BOE 6-8-2021

Registro de la Propiedad de Astorga.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Conforme a la nueva redacción del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, dada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, al objeto de lograr la inmatriculación por título traslativo, se exige que se trate de «(...) títulos públicos traslativos otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público». En base a ello, el defecto recurrido debe confirmarse puesto que, si bien el título inmatriculador es traslativo, escritura de compraventa, sin embargo, no se acredita debidamente la previa adquisición de los transmitentes, pues, en el documento previo aportado los vendedores únicamente se comprometen a enajenar el bien, acuerdo carente absolutamente de trascendencia real.

En cuanto al auto de homologación de una transacción judicial, en cuya virtud las partes acuerdan meramente el compromiso de enajenar un bien inmueble, debe reiterarse la doctrina emanada por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por esta Dirección General.

Resolución de 28-7-2021

BOE 6-8-2021

Registro de la Propiedad de Málaga, número 10.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201.1 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Tras la reforma operada por la Ley 13/2015 para proceder a cualquier rectificación de la descripción también es preciso que no existan dudas sobre la realidad de la modificación solicitada. Si el expediente tramitado fuera el previsto en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, ya que el mismo se ha regulado en la reforma de la Ley 13/2015, de 24 de junio, con la finalidad específica de lograr toda clase de rectificación descriptiva, se prevén especiales garantías para su tramitación, que determinan que pueda utilizarse cualesquiera que sean las discrepancias superficiales con la cabida inscrita o los linderos que pretendan modificarse, incluso fijos (cfr. Resolución de 17 de noviembre de 2015).

Centrándonos en 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. En el presente caso, las dudas de identidad que expone el registrador se fundamentan, esencialmente, en la circunstancia de proceder la finca por segregación de otra mayor, la considerable magnitud del exceso declarado, la discrepancia en las superficies registral y catastral de la finca y sus colindantes, el hecho de que de los antecedentes catastrales no resulte superficie asignada a la parcela sino desde el año 2001, y la circunstancia de proceder las fincas colindantes de segregación de otra mayor, que junto con otras, forma parte de un conjunto urbanístico, cuyo resto, conformado por elementos comunes o del complejo o por viario público pudiera ser objeto de invasión con ocasión del exceso declarado.

En el presente caso, resulta acreditado en el expediente notarial que no se han variado los linderos de la finca, excepto un lindero móvil que pasa a ser viario público, debido al desarrollo urbanístico de la zona (lo que queda justificado documentalmente en el acta). En el procedimiento se ha acreditado que no se ha producido alteración de la delimitación perimetral de la finca, por lo que tampoco puede mantenerse este defecto. No existe un límite cuantitativo de superficie para la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 201 y que tampoco la sola magnitud del exceso o la existencia de una alteración de linderos pueden basar la denegación de la inscripción sin más justificación.

Se señala también como circunstancia que contribuye a generar dudas en el registrador en cuanto a la identidad de la finca el hecho de existir discrepancia en las superficies registral y catastral de la finca objeto del expediente y sus colindantes, que pudiera encubrir la existencia de operaciones de modificación de entidades hipotecarias no formalizadas debidamente. Este razonamiento podría justificar las dudas manifestadas por el registrador si el incremento superficial de una finca fuera aparejado de una correlativa disminución superficial de su colindante, pero aquí se observa que las tres fincas tienen asignada en Catastro una superficie mayor que la que consta inscrita.

Resolución de 28-7-2021
BOE 6-8-2021
Registro de la Propiedad de Haro.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Tal profusión normativa, aun cuando pueda incluso llegar a ser reiterativa, no hace sino asentar el principio general, ya vigente con anterioridad a la Ley 13/2015, de que los registradores deben evitar practicar inscripciones de bienes de propiedad privada que invadan en todo o en parte bienes de dominio público, inmatriculado o no, pues el dominio público, por la inalienabilidad que le define, supone, precisamente, la exclusión de la posibilidad de existencia de derechos privados sobre esa concreta porción del territorio catalogada como demanial.

De los datos y documentos que obran en el expediente, se evidencia que no es pacífica la delimitación gráfica que se pretende inscribir, resultando posible o, cuando menos, no incontrovertido, que con la inscripción de la representación gráfica se puede alterar la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, pudiendo afectar a bienes de titularidad municipal. Por todo lo expuesto, resulta correcta la actuación del registrador a la vista del informe de la Administración, 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, o bien entablar el juicio declarativo que corresponda en defensa de sus derechos.

Resolución de 28-7-2021
BOE 6-8-2021
Registro de la Propiedad de Cogolludo.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE IDENTIDAD DE LA FINCA.

La registración de un exceso de cabida (o disminución de superficie) *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser in dubitudo que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados.

En el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria en todo caso será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Procede, en consecuencia, entrar a analizar si los motivos esgrimidos por el registrador en la nota de calificación justifican no iniciar la tramitación del procedimiento para la inscripción de la representación gráfica solicitada y consiguiente rectificación de la descripción, considerando que todo 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 el caso de este expediente el recurso no puede prosperar. Son los propios recurrentes los que en su escrito inicial manifiestan que el aumento

de superficie atribuido a la finca se debe a una cesión por el colindante, lo que supone la segregación de una porción de la finca registral colindante —registral 3110— y su posterior agregación a la finca de que son titulares.

Resolución de 28-7-2021
BOE 6-8-2021
Registro de la Propiedad de Altea.

PROCEDIMIENTO DE REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.

Como se ha reiterado por la Dirección General de los Registros y del Notariado, no hay verdadera interrupción del tracto cuando los promotores adquirieron del titular registral o de sus herederos (cfr. Resoluciones 18 de marzo de 2000, 17 de febrero de 2012 y 2 y 23 de octubre de 2014). Esta doctrina, además, ha sido elevada a rango legal por la Ley 13/2015, de 24 de junio, que da nueva redacción al artículo 208 de la Ley Hipotecaria. Se impone por tanto una interpretación restrictiva de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto, de modo que solo cuando efectivamente concorra esta hipótesis y así resulte del documento calificado, puede accederse a la inscripción.

Resolución de 30-7-2021
BOE 11-8-2021
Registro de la Propiedad de El Rosario-Área Metropolitana de Santa Cruz de Tenerife.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: NATURALEZA DEL SUELO EN EL QUE SE UBICA.

Procede, en primer lugar, afirmar la competencia de las normas estatales en materia de determinación de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según dicha normativa.

En el caso de la inscripción de escrituras de declaración de obra nueva, como recuerda la Resolución de 30 de mayo de 2016, resulta con claridad la existencia en nuestra legislación de dos vías para su lograr su registración, la ordinaria del apartado primero del artículo 28 de la actual Ley de Suelo y la prevista con carácter excepcional en el apartado cuarto, que trata de adecuarse a la realidad de edificaciones consolidadas de hecho por el transcurso de los plazos legales para reaccionar, por parte de la Administración, en restauración de la legalidad urbanística infringida.

El actual artículo 28, apartado 4, del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, tan solo exige, junto a la aportación de los documentos que acrediten «la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título», de los que resulte además, como aclara el artículo 52, apartado b), del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que dicha fecha

sea «anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante». La prueba de tal extremo, unida a la constatación sobre «la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate» (así como «que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general») constituyen los únicos requisitos necesarios para el acceso de la obra al Registro. Cumpliendo tales requisitos, ciertamente, puede resultar muy conveniente, pero legalmente no es imprescindible, aportar una prueba documental que certifique por parte del Ayuntamiento, como órgano competente en sede de disciplina urbanística, la efectiva prescripción de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística.

El registrador, como afirmó la Resolución de 11 de diciembre de 2012, deberá «constatar, por lo que resulte del Registro (y, cabe añadir, del propio título calificado), que la finca no se encuentra incluida en zonas de especial protección», en aquellos casos en que la correspondiente legislación aplicable imponga un régimen de imprescriptibilidad de la correspondiente acción de restauración de la realidad física alterada, pues en tales casos ninguna dificultad existe para que el registrador aprecie la falta del requisito de la prescripción, dado que su ausencia no queda sujeta a plazo y su régimen resulta directamente de un mandato legal.

Dentro de esta normativa aplicable a considerar por el registrador en su calificación conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, se incluye, sin ninguna duda, los concretos planes de ordenación territorial o urbanística en vigor que afecten a la zona en cuestión, cuya naturaleza normativa no cabe discutir. Entre las razones por las que la nueva Ley 13/2015 exige la georreferenciación precisa de la porción de superficie ocupada por cualquier edificación o instalación que se pretenda inscribir en el Registro de la Propiedad, se encuentra que, el permitir que cuando el registrador efectúe las comunicaciones legalmente procedentes a las distintas administraciones, por ejemplo, al ayuntamiento, a la comunidad autónoma o al Catastro, se incluya también esa información tan relevante para todas ellas como es la concreta georreferenciación de la superficie ocupada por la edificación o instalación.

Constando al registrador, por los medios de calificación de que dispone, la concreta ubicación geográfica de una edificación o de la finca en la que se ubica, determinante, como se ha dicho, de un particular régimen jurídico aplicable, en este caso, la ordenación territorial y urbanística, no cabe sino afirmar la procedencia de suspender la inscripción de declaraciones de obra efectuadas por la vía del artículo 28.4 de la Ley de Suelo, cuando así resulte de dicha normativa, siempre que el registrador, de forma motivada, lo justifique en alguno de los presupuestos que previene el citado artículo, como la afectación a suelo demanial, servidumbre de uso público o suelo de especial protección determinante de la imprescriptibilidad de la acción de restablecimiento de legalidad.

En el concreto supuesto de este expediente, se discute la procedencia de inscribir por la vía del artículo 28.4 de la Ley de Suelo, una escritura de declaración de obra terminada el 1 de enero de 1982, según certificación técnica, en suelo descrito en el título y en Registro como rústico, en la comunidad de Canarias; con la circunstancia de que esa certificación técnica está parcialmente incorporada al título y no resulta con claridad la afirmación del técnico de que no está construida en zona de especial protección o al menos que no proceden medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística por haber prescrito la acción administrativa si es que estuviera construida en dicha zona de especial protección.

Está por tanto justificada la exigencia de la registradora de aclarar si efectivamente la edificación existía a la fecha en que se calificó tal suelo como rústico de protección especial y que no caben respecto de la construcción medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística.

Resolución de 30-7-2021
BOE 11-8-2021
Registro de la Propiedad de Novelda.

HERENCIA: TÍTULO SUCESORIO EN LA HERENCIA DE UN NEERLANDÉS.

En el acta se señala que el causante testó en Países Bajos y que posteriormente otorgó testamento revocatorio en España de donde deduce que la apertura del abintestato constituye el único título de la sucesión. Sin embargo, señala asimismo que en dicho testamento ante notario español el causante eligió su ley nacional para que rigiera su sucesión.

Debe acompañarse a la escritura el título sucesorio, la certificación de defunción respectiva y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad. La notaria considera que dicho título conforme al artículo 14 de la Ley Hipotecaria, es el acta de declaración de herederos abintestato, citando la limitación de calificación de la misma, como acto de jurisdicción voluntaria conforme a las Resoluciones de este Centro Directivo de 15 de enero de 2020 y 19 de febrero de 2021.

Sin embargo, del mismo título sucesorio presentado resulta que el testador no solo revoca el testamento anterior neerlandés —sin que conste un juicio de ley sobre si dicha revocación es posible conforme a la normativa bajo la cual se realizó el testamento previo, o si por el contrario cabe su compatibilidad—. El acta indica que el testador hace «*professio iuris*» a la ley de su nacionalidad, que constituye una disposición testamentaria relevante. La consecuencia es que no nos encontramos ante una herencia abintestato, sin título testamentario hábil, cómo califica la notaria la sucesión, sino que el título sucesorio es mixto, en base al testamento otorgado en España que complementa el título sucesorio abintestato, hábil respecto a las disposiciones patrimoniales, si conforme a la Ley de Países Bajos fuera posible la total revocación del testamento realizado bajo otra «*lex auctor*».

En el presente caso, deberá acompañar el testamento a la declaración de herederos, respecto de la cual será de aplicación la doctrina de este Centro Directivo, sobre la limitación de la calificación registral, que no se extiende al título testamentario en las sucesiones en que son compatibles la sucesión testada e intestada como es la que aquí se plantea.

Resolución de 30-7-2021
BOE 11-8-2021
Registro de la Propiedad de Manresa, número 1.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201.1 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.

Si el expediente tramitado fuera el previsto en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, ya que el mismo se ha regulado en la reforma de la Ley 13/2015, de 24 de junio, con la finalidad específica de lograr toda clase de rectificación descriptiva, se prevén especiales garantías para su tramitación, que determinan que pueda utilizarse cualesquiera que sean las discrepancias superficiales con la cabida inscrita o los linderos que pretenden modificarse, incluso hijos (cfr. Resolución de 17 de noviembre de 2015).

Como ya se afirmó en las Resoluciones de 22 de abril y 8 de junio de 2016, las dudas que en tales casos puede albergar el registrador han de 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. artículos 9.b), 199.1 y último párrafo del artículo 201.1 de la Ley Hipotecaria], sin que exista limitación de utilización de estos procedimientos solo por razón de la diferencia respecto a la cabida inscrita.

Este Centro Directivo ha reconocido que aun constando ya inscrita una segregación conforme a una licencia o autorización administrativa concedida, no puede negarse la posibilidad de rectificar con posterioridad la descripción de las fincas resultantes, sin necesidad de nueva licencia o autorización, siempre y cuando se cumplan los requisitos y procedimientos contemplados para ello en la Ley Hipotecaria y, ante todo, siempre que las rectificaciones pretendidas no impliquen una nueva reordenación de terrenos diferente a la resultante de la modificación hipotecaria para la que se concedió la licencia (cfr. Resoluciones de 29 de septiembre y 26 de octubre de 2017, entre otras).

En cuanto al momento en el que deben ponerse de manifiesto las dudas, como ha reiterado este Centro Directivo desde la Resolución de 20 de diciembre de 2016, de los artículos 201 y 203 de la Ley Hipotecaria resulta que el registrador al tiempo de expedir la certificación debe manifestar las dudas de identidad que pudieran impedir la inscripción una vez terminado el procedimiento, ya que de este modo se evitan a los interesados dilaciones y trámites innecesarios (cfr. Resolución de 8 de junio de 2016). Y ello sin perjuicio de la calificación que procede efectuar una vez concluida la tramitación ante notario, a la vista de todo lo actuado.

En el caso de este recurso la certificación ha sido expedida por un registrador diferente al que corresponde calificar lo actuado en el procedimiento e inscribir el mismo. A esta cuestión se refirió la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones de 1 de junio de 2017 y 30 de abril de 2019, que estimaron como salvedad a la regla general aquellos casos en que el registrador que emitió la certificación inicial que permitió iniciar el expediente sea distinto de quien va a practicar la inscripción.

En el concreto caso de este expediente, a la vista de las dudas de identidad manifestadas por la registradora, resulta al menos controvertido que con la representación gráfica propuesta no se varía sustancialmente la descripción de la finca, intentando aplicar el folio registral a una realidad física diferente.

En el caso de este expediente se omite toda notificación a los colindantes registrales, siendo los únicos que figuran en la certificación los resultantes de la descripción literaria, que debieron ser notificados. Por tanto, este defecto debe confirmarse.

Resolución de 30-7-2021

BOE 11-8-2021

Registro de la Propiedad de Manresa, número 1.

HIPOTECA: CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LA LEGISLACIÓN CATALANA TRAS LA LEY 5/2019.

La legislación catalana no contiene normas acerca de las consecuencias civiles de las cláusulas abusivas sobre la eficacia de los contratos de préstamo hipotecario ni sobre la inscripción registral de los mismos, sino que se limita a establecer unas sanciones en forma de multa e indemnización, en su caso, por daños y perjuicios (arts. 333-1 y -7 del Código de consumo de Cataluña), añadiendo el artículo 333-10 unas medidas complementarias tendentes al cese de la incorporación de dichas cláusulas o a la imposición de una dación en pago «cuando exista una relación directa entre la cláusula abusiva y tal medida».

Con la publicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de regulación de los contratos de crédito inmobiliario, ha de plantearse la compatibilidad entre esta Ley y el citado Código de consumo de Cataluña, y cómo afectaría la coexistencia de ambas normas a la actuación notarial y registral.

La cuestión que se plantea en la nota de calificación recurrida, como ya se ha indicado anteriormente, es si la omisión en la escritura de préstamo hipotecario de una expresa referencia a que se ha suministrado por parte del notario autorizante, con la antelación debida, la información a que se refiere el número 2 del indicado artículo 123-10 del Código de consumo de Cataluña, y de la comprobación de que el prestamista ha suministrado la información a que se refiere el artículo 262-4 del mismo cuerpo legal, por sí solas, son motivo suficiente para suspender la inscripción de la hipoteca pactada, lo que hace preciso analizar la concreta naturaleza y alcance a efectos registrales de las distintas obligaciones recogidas en los referidos artículos.

Pero estos deberes, en el ámbito de la contratación de préstamos y créditos hipotecarios y en el ámbito estatal, se materializan actualmente en el seguimiento del proceso de contratación e información regulado en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de regulación de la contratación de créditos hipotecarios. El incumplimiento de los requisitos de información previa al contrato, produce como sanción, la posible nulidad o ineficacia del contrato, que será parcial, si la información deficitaria solo afectara a alguna condición general, o bien total del contrato de préstamo, si la omisión de la información afectare a todas las condiciones del contrato, como ocurriría si se omite por el acreedor el suministro de la información precontractual o no se verifica el acta notarial de transparencia material y asesoramiento (nuevo art. 5.5 de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación).

De la normativa referida resulta que, en la actualidad, la competencia en el control de lo que se ha venido a denominar transparencia material ha sido atribuida por la Ley 5/2019, exclusivamente, al notario autorizante como se dispone expresamente en su artículo 15.2. De la redacción literal del referido artículo 15 resultan dos conclusiones a estos efectos: la primera, que la presunción de veracidad e integridad de la citada acta va referida a la recepción por parte del prestatario de la documentación y asesoramiento a que refiere la Ley estatal 5/2019, que es la que imperativa e inderogablemente impone dicho artículo (preceptos que tienen el alcance derivado de las trascendentales disposiciones adicional quinta y final decimotercera), y cuya reseña en la forma expuesta es lo que debe

calificar el registrador. Y la segunda, que la escritura que documente el préstamo hipotecario ha de reflejar exclusivamente lo que dispone el citado artículo 15, pues el despliegue del control de la transparencia material tiene su exclusivo ámbito en el acta de transparencia previa al otorgamiento, de modo que la calificación registral habrá de ceñirse al estricto ámbito que la citada Ley 5/2019 determina, dado que el control de transparencia material ha sido encomendado al notario y este ha de reflejarlo en el acta, no en la escritura de hipoteca.

Es decir que da claramente a entender que, en el ámbito del Código de consumo, se podría renunciar a algo más que al plazo de los catorce días naturales acogiéndose a los diez que prevé la norma estatal, algo que como es conocido en el marco de la 5/2019 es imposible (renunciar a ese plazo de diez días), dada su vocación de homogeneidad, en aras de la unidad de mercado y de la protección básica de los consumidores (en todo el Estado), por lo que si lo irrenunciable e inderogable es lo que proclama la Ley 5/2019, esta es la única materia que cabe calificar por el registrador en el marco que ha fijado dicha ley y no otra emanada de determinada legislación autonómica. De lo expuesto resulta claro que el registrador debe limitar su calificación, en lo que se refiere a esta materia, a que la reseña del acta notarial cumpla con los requisitos exigidos en el artículo 15.7 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Resolución de 25-8-2021

BOE 14-10-2021

Registro de la Propiedad de Palamós.

HERENCIA SUJETA AL DERECHO ALEMÁN: NO NECESIDAD DEL CERTIFICADO DEL REGISTRO DE ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD.

En el concreto caso que se resuelve, se pretende la inscripción de la adquisición de dos inmuebles en España, con base en un contrato sucesorio alemán otorgado por los esposos L. ante notario de Alemania. Los esposos L. son residentes en España y de nacionalidad alemana. En 2019 habían confirmado el contenido del pacto otorgado por ellos en 2001, añadiendo la realización de *professio iuris* a la ley alemana.

El tema se ciñe al análisis de si es necesaria la presentación de un certificado sucesorio europeo o en su defecto la aportación de certificado del Registro de Testamentos Alemán, como añade el registrador en su segunda nota. La primera exigencia, aportación de un certificado sucesorio europeo, carece de sentido en este supuesto en que la herencia se liquida ante notario español referida a bienes situados en España.

En cuanto a la necesidad de aportar certificado del Registro de testamentos alemán, como recordara la Resolución de 24 de julio de 2019, ya ha señalado esta Dirección General, que la aplicación del Reglamento y el tratamiento que este concede a la validez material y formal de los títulos sucesorios en los artículos 26 y siguientes del instrumento europeo, hace —con las debidas cautelas derivadas del caso concreto— innecesaria la exigencia de su búsqueda en el Registro del Estado de su nacionalidad, si existiera, poco relevante por otra parte, habida cuenta del criterio general de la residencia habitual y la relevancia de la *lex putativa* aplicable a la validez de las disposiciones mortis causa durante toda la vida del causante. (*vid.* además Resolución de 10 de abril de 2017 y posteriores).

Resolución de 2-9-2021
BOE 14-10-2021
Registro de Mojácar.

RECURSO GUBERNATIVO: SUBSANACIÓN DE DEFECTOS FORMALES DEL ESCRITO DE INTERPOSICIÓN. FINCA REGISTRAL: IDENTIFICACIÓN DE LA FINCA EN EL TÍTULO.

Es doctrina de este Centro Directivo que el requerimiento para la subsanación de los defectos formales observados en un recurso (no acreditación de la representación que ostenta quien presenta el recurso) debe hacerse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y se ha recogido en 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; siendo este artículo 68 plenamente aplicable a la acreditación del interés que legitime al recurrente (*vid.* Resoluciones de 13 de noviembre de 2017 y 15 de octubre de 2019). Pues bien, en este expediente, no consta acreditado que el registrador haya realizado un requerimiento que cumpla con estos requisitos, por lo que para evitar la indefensión del recurrente y en aras de la economía procesal, entiende esta Dirección General que procede manifestarse sobre el fondo del asunto debatido en este recurso.

Constituye presupuesto básico de toda actividad registral la identidad o coincidencia indubitada entre la finca que aparece descrita en el título presentado y la que figura inscrita en el Registro. Esta doctrina ha sido matizada en relación con los inmuebles ya inscritos cuya descripción ya recoge el conjunto de requisitos establecidos en el ordenamiento hipotecario. En tales casos, la omisión o discrepancia de algunos de los datos descriptivos con que estos figuran en el Registro no constituye en todo caso un obstáculo para la inscripción si su ausencia no impide la perfecta identificación de la finca. Por el contrario, debe entenderse que dicho obstáculo existirá cuando la omisión o discrepancia sea de tal condición que comprometa la correspondencia segura y cierta entre el bien inscrito y el que según el título se transmite.

En el presente expediente debe partirse de la especial circunstancia de que el informe pericial, al que se remite el auto judicial, no consta firmado o rubricado ni siquiera sellado por el letrado de la Administración de Justicia que asegure su autenticidad. Por ello, no cabe sino confirmar la calificación impugnada, puesto que el título presentado no hace una identificación suficiente de la finca cuya inscripción se pretende.

Resolución de 2-9-2021
BOE 14-10-2021
Registro de la Propiedad de Mula.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.

En primer lugar, en cuanto a la inscripción de la obra nueva por antigüedad, debe considerarse, como ha afirmado este Centro Directivo, que cuando no queda acreditada la correspondencia de la finca registral con la certificación catastral aportada, esta no es hábil para justificar la antigüedad de la edificación, lo que

es requisito ineludible para la inscripción de la declaración de obra nueva de conformidad con el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo (cfr. Resolución de 2 de marzo de 2017). Todo ello sin perjuicio de que pueda acceder la edificación al Registro si se acredita por otros medios la antigüedad de la misma.

Como es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 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. Cuando la finca no tiene previamente inscrita su georreferenciación, tal análisis geométrico espacial resultará difícil en ocasiones o imposible en otras, y puede no llegar a disipar las dudas acerca de si la concreta edificación declarada está o no efectivamente ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la que se declara. Con carácter general, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, no requiere, desde el punto de vista procedimental, que se lleven a cabo actuaciones especiales con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que el registrador en su calificación, sí lo estimase preciso, para disipar tales dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara, tal y como ha sucedido en el caso que nos ocupa.

La circunstancia de ubicarse la edificación en los límites de la parcela (como sucede en el supuesto de este expediente) 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. En el caso de este expediente, además, existe una falta de correspondencia entre la finca registral y la parcela a la que se refiere el certificado catastral incorporado al título, lo cual se pone de manifiesto por el registrador en las notas de calificación que sucesivamente ha emitido.

Es cierto que el visado colegial cumple, entre otras funciones, la de acreditar la cualificación y habilitación profesional del técnico certificante a la fecha de la emisión del certificado, pero también lo es que, al margen de su eficacia en el ámbito de las competencias corporativas propias del colegio respectivo (cfr. art. 2 del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio, 30 del Real Decreto 129/2018, de 16 de marzo, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios de Arquitectos y de su Consejo Superior; y la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2001), dicho requisito no viene exigido para la inscripción de la obra nueva por el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, respecto de ese cualquier otro técnico que no sea de los comprendidos en los números 1, 2 y 4 del artículo 50, siempre que se acredite mediante certificación de su colegio profesional respectivo que tiene facultades suficientes para expedir el certificado sobre la fecha de finalización de la construcción u obra de que se trate y la descripción de esta.

Resolución de 8-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

DOBLE INMATRICULACIÓN: LEGITIMACIÓN PARA EL INICIO DE EXPEDIENTE.

La legitimación para instar el procedimiento para la subsanación de la doble inmatriculación está específicamente regulada en la regla segunda del artícu-

lo 209.1 de la Ley Hipotecaria que establece: «El expediente se iniciará de oficio por el Registrador, o a instancia del titular registral de cualquier derecho inscrito en alguno de los diferentes historiales registrales coincidentes (...)». Por tanto, fuera de los supuestos de iniciación de oficio por el registrador, la Ley Hipotecaria solo reconoce legitimación a los titulares registrales de derechos inscritos respecto de las fincas afectadas por la doble inmatriculación.

Como ya ha señalado esta Dirección General (Resolución de 26 de julio de 2016), tras la entrada en vigor de la nueva ley, el primer requisito para iniciar la tramitación del procedimiento de subsanación es que el registrador aprecie la existencia de doble inmatriculación. Una vez considere esta posibilidad, deberá efectuar las notificaciones y extender la nota marginal que ordena el nuevo artículo 209 de la Ley Hipotecaria, a fin de intentar recabar todos los consentimientos precisos para proceder en la forma prevista en los apartados cuarto a séptimo del referido precepto legal. En el caso de que el registrador, una vez realizadas las investigaciones pertinentes en los términos fijados por el citado artículo antes transcrito, concluya que, a su juicio, no hay indicios de la doble inmatriculación, deberá rechazar la continuación de la tramitación, quedando a salvo la facultad de los interesados para acudir al procedimiento correspondiente, en defensa de su derecho al inmueble.

No puede ser instado por un particular para que inicie tal expediente de oficio sin acreditar que es titular de derecho real alguno sobre las fincas afectadas, máxime, si el requirente conoce con anterioridad a su petición tal presupuesto como resulta del expediente, y, dado los escasos medios de prueba que el registrador de la propiedad tiene a su disposición en este supuesto para presumir la existencia de la misma.

Resolución de 8-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Villajoyosa, número 2.

BIENES GANANCIALES: PACTOS ENTRE LOS CÓNYUGES.

La sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico-matrimonial, de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado según el cual se hacen comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia. Sin embargo, este principio no es de aplicación universal, pues a él se anteponen otros criterios que el legislador ha considerado como prioritarios para determinar la naturaleza de los bienes, como pueden ser el de la accesión (cfr. art. 1359 del CC), el de la autonomía de la voluntad (cfr. art. 1355 del CC) o el del carácter del propio bien del que deriva el derecho a la adquisición (cfr. arts. 1346.4, 1347.4 o 1352 del CC).

El propio artículo 1355 —al permitir que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, con independencia de cuál sea la procedencia y la forma y plazos de satisfacción del precio o contraprestación— se encuadra dentro de ese amplio reconocimiento de la autonomía privada, y constituye una manifestación más del principio de libertad de pactos que se hace patente en el mencionado artículo 1323. Precisamente la aplicación de este principio hace posible también que, aun cuando no concurren los presupuestos de la norma del artículo 1355, los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a bienes que fueran privativos.

Ciertamente, según la referida doctrina de este Centro Directivo, los elementos constitutivos del negocio por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial han de quedar precisados debidamente, también respecto de la causa de la transferencia patrimonial, que no puede presumirse a efectos registrales. Ahora bien, como se indicó en la referida Resolución de 22 de junio de 2006, dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, se ha considerado suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura.

Este Centro Directivo ha admitido que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado (cfr. Resoluciones de 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991, 30 de julio de 2018, 12 de junio y 17 de diciembre de 2020 y 15 de enero de 2021). Como puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 30 de julio de 2018, el pacto de privatividad siempre será admisible si bien será necesaria su causalización, tanto en los supuestos en que sea previa o simultánea a la adquisición, como en los casos en que sea posterior, sin que ello signifique que haya que acudir a contratos de compraventa o donación entre cónyuges.

Resolución de 8-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Vigo, 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 de la Ley Hipotecaria), pero no la de la hipoteca inicial. En suma, ningún obstáculo existe para inscribir en el Registro de la Propiedad la ampliación de una hipoteca que tenga por objeto garantizar las nuevas responsabilidades derivadas de la ampliación del crédito que hasta entonces lo estaba, siempre que se determine con precisión cuáles sean esas nuevas responsabilidades objeto de garantía (art. 12 de la Ley Hipotecaria). Ahora bien, y esto es de especial interés, ha de tenerse muy en cuenta que los efectos de tal inscripción serían los que legalmente se derivaran de su propio objeto, rango (que viene determinado por la Ley conforme dispone el art. 4 de la Ley Hipotecaria) y demás principios configuradores de regulación hipotecaria, pero no de la voluntad de las partes.

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 amplia-

ción», cuestión que debe interpretarse atendiendo a la doctrina de la Resolución de 14 de mayo de 2015.

Conforme a la interpretación de la reforma introducida por la Ley 41/2007 se reconoce la posibilidad de la recarga de la hipoteca, entendida como la facultad de compensar las cantidades amortizadas del principal con los nuevos importes concedidos, siempre que la suma de estos con el capital pendiente de amortización del préstamo primitivo no supere la cifra de capital inicialmente concedido, aunque existan acreedores intermedios, y con el mantenimiento del rango de la hipoteca que seguirá siendo única. Además, esta interpretación también permite dar coherencia al contenido de la segunda hipoteca en los dos supuestos en que va a operar la división de la garantía: El primero, que tendrá lugar cuando la ampliación del capital exceda de la recarga posible en los términos antes indicados, en cuyo caso la responsabilidad hipotecaria de la segunda hipoteca vendrá determinada por la cifra en que se traduzca dicho exceso, más las correspondientes cifras para los conceptos accesorios y complementarios (intereses, costas, etc.). Y el segundo supuesto, cuando la ampliación del capital vaya acompañada, precedida o seguida, de una ampliación del plazo de la obligación garantizada, en cuyo caso la responsabilidad hipotecaria de la segunda hipoteca vendrá determinada por la total cifra del nuevo capital concedido, es decir, por la cifra íntegra de la ampliación o aumento del capital sin que opere la recarga en cantidad alguna, más las correspondientes cifras para los conceptos accesorios y complementarios.

Esta doctrina implica respecto de las hipotecas otorgadas a partir de la entrada en vigor de la Ley 41/2007, es decir, del 9 de diciembre de 2007, la modificación del criterio de la Resolución de 12 de mayo de 2011 ya que las partes ante un acuerdo de ampliación del capital podrán, aun existiendo titulares de derechos inscritos con rango posterior, optar, sin perder el de la hipoteca inscrita, entre: utilizar la posible recarga existente no alterando la responsabilidad hipotecaria si en la misma cupiere el nuevo importe concedido; utilizar la posible recarga existente y constituir por el nuevo importe concedido que exceda de la misma una nueva hipoteca, o, prescindir de la recarga y constituir directamente una segunda hipoteca.

Ahora bien, en los dos últimos supuestos nada impide que, en ausencia de terceros titulares de inscripciones o anotaciones posteriores a la hipoteca cuyo capital es objeto de ampliación (y de la nota marginal a que se refiere el último inciso del art. 4.3 Ley 2/1994), las partes acuerden el mantenimiento de una única hipoteca en garantía de la obligación única y uniforme que resulta de la modificación, aumentado para ello paralelamente su responsabilidad hipotecaria. Pues bien, tampoco existe razón jurídica alguna para que, respecto de las hipotecas constituidas con anterioridad a la repetida reforma legal, en igual situación registral, las partes puedan pactar en caso de ampliación del capital esa configuración de una hipoteca única con responsabilidad hipotecaria ampliada.

Este régimen único y uniforme de la hipoteca implicará también la necesidad de garantizar respecto del capital inicial y del capital ampliado los mismos conceptos, sin que respecto del antiguo principal se garanticen unos conceptos, y respecto el nuevo capital se garanticen otros, o no se garanticen los que ya lo estuvieren inicialmente, salvo que se cancele la hipoteca respecto de ellos. En definitiva, no es admisible que el tipo máximo del interés a efectos de la fijación de la responsabilidad hipotecaria sea superior al límite fijado a efectos obligacionales a la variabilidad del tipo de interés, porque, como queda señalado, el carácter accesorio de la hipoteca imposibilita que se puedan garantizar obligaciones o importes no pactados y/o que nunca podrán devengarse. Todo

lo expuesto no es óbice para que si las partes quieren mantener la dicotomía de la responsabilidad hipotecaria, ello sea posible y la denominada ampliación inscribible, pero como una segunda hipoteca, lo que debe resultar claramente de la correspondiente escritura.

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 parece se ha solicitado 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, ya que la rogación acerca de la inscripción en este caso es única (Resolución de 7 de noviembre de 2012), y a que el incumplimiento de un requisito legal necesario para que la inscripción se pueda practicar en los términos solicitados por el presentante, cuando el mismo constituye un elemento delimitador esencial del derecho real de hipoteca o de su operatividad, como es en este caso el rango, hace precisa una solicitud expresa de inscripción en los distintos términos que sean posibles.

En cuanto a las cifras de la responsabilidad hipotecaria señaladas para las costas y gastos garantizados, la inexistencia de límites legales frente a terceros (arts. 114 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario) y la innecesariedad de su determinación inter partes, como ocurre con los intereses, permite la consideración de la misma como una cantidad abstracta, que si bien se puede fijar como un porcentaje del principal o como una cifra alzada, al no depender su determinación de otros factores, tiene un carácter autónomo que posibilita su suma y confusión con la cantidad también abstracta fijada de acuerdo con otro porcentaje o de forma aleatoria.

Resolución de 8-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Torrelavega, número 2.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Como señala la Resolución de este Centro Directivo de 28 de julio de 2021, «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.

En el presente caso, se ha procedido según prescribe dicho precepto, requiriendo el pertinente informe municipal para disipar las dudas de invasión de dominio público y en respuesta a tal requerimiento se ha emitido informe suscrito por la presidenta de la junta vecinal competente que literalmente dice: «Que conocida la intención de registrar un terreno sobre el que en su día se construyó un pequeño almacén, sito en (...) perteneciente a la junta vecinal de (...) Transmitido por vecinos de la junta vecinal de (...) la circunstancia de que dicho suelo, tiene el carácter de público, no constando entre la documentación de la junta vecinal autorización al respecto, no me queda otra, como responsa-

ble actual de la junta vecinal de (...), que poner en conocimiento, el régimen de público de dicho suelo».

En este punto cabe destacar que la junta vecinal es una entidad local menor de la comunidad autónoma de Cantabria, recogida en la Ley 6/1994, de 19 de mayo, reguladora de las entidades locales menores de dicha comunidad. Por todo ello, debe confirmarse la calificación a la vista del informe de la Administración afectada, 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. Y sin que por otra parte el procedimiento para la inmatriculación o el recurso contra la calificación sea el adecuado para contender acerca del contenido de dicha resolución administrativa.

Resolución de 8-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Torrelavega, número 2.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Como señala la Resolución de este Centro Directivo de 28 de julio de 2021, «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.

En el presente caso, se ha procedido según prescribe dicho precepto, requiriendo el pertinente informe municipal para disipar las dudas de invasión de dominio público y en respuesta a tal requerimiento se ha emitido informe suscrito por la presidenta de la Junta Vecinal competente que literalmente dice: «Que conocida la intención de registrar un terreno sobre el que en su día se construyó un pequeño almacén, sito en (...) perteneciente a la junta Vecinal de (...) Transmitido por vecinos de la Junta Vecinal de (...) la circunstancia de que dicho suelo, tiene el carácter de público, no constando entre la documentación de la junta vecinal autorización al respecto, no me queda otra, como responsable actual de la junta vecinal de (...), que poner en conocimiento, el régimen de público de dicho suelo».

En este punto cabe destacar que la junta vecinal es una entidad local menor de la comunidad autónoma de Cantabria, recogida en la Ley 6/1994, de 19 de mayo, reguladora de las entidades locales menores de dicha comunidad. Por todo ello, debe confirmarse la calificación a la vista del informe de la Administración afectada, 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. Y sin que por otra parte el procedimiento para la inmatriculación o el recurso contra la calificación sea el adecuado para contender acerca del contenido de dicha resolución administrativa.

Resolución de 8-9-2021
BOE 18-10-2021
Registro de Balaguer.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si bien en principio es posible la rectificación de una representación gráfica inscrita, la inscripción de la nueva representación debe someterse a las normas y procedimientos generales para su inscripción y, en lo que ahora nos interesa, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Por tanto, como ha reiterado este Centro Directivo, 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. artículos 199 y 201 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016).

Del análisis de las circunstancias concurrentes en la finca se observa que tiene inscrita la representación gráfica catastral y consta la coordinación gráfica tanto en el Registro como en el Catastro. Tal y como se expone en la calificación, se incrementa la superficie de 181 a 232 metros cuadrados, observándose la alteración de la geometría de la representación que consta inscrita y coordinada con el Catastro. En definitiva, de los datos y documentos que obran en el expediente, se evidencia que la delimitación gráfica alternativa a la catastral propuesta puede alterar la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral (que no es otra que la que resulta de la representación gráfica catastral inscrita), pudiendo con ello afectar a los derechos de terceros, procediendo, por tanto, confirmar la calificación del registrador.

En cuanto al momento en el que deben ponerse de manifiesto las dudas, como ha reiterado este Centro Directivo desde la Resolución de 20 de diciembre de 2016, de los artículos 201 y 203 de la Ley Hipotecaria resulta que el registrador al tiempo de expedir la certificación debe manifestar las dudas de identidad que pudieran impedir la inscripción una vez terminado el procedimiento, ya que de este modo se evitan a los interesados dilaciones y trámites innecesarios (cfr. Resolución de 8 de junio de 2016).

Por último, también se ha reiterado por este Centro Directivo que en el expediente notarial regulado en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria pueden llevarse a cabo las pruebas, diligencias y averiguaciones que se estimen oportunas con el fin de disipar las dudas de identidad expuestas por el registrador, con independencia de la magnitud de la diferencia de superficie (cfr. Resoluciones de 21 de noviembre de 2017 o 22 de febrero de 2018). Sin embargo, ello no sucede en el caso que nos ocupa. Por todo ello, en el caso de este recurso, las dudas manifestadas en la certificación inicial y fundamentadas en la calificación justifican la negativa a practicar la inscripción, al no haber quedado desvirtuadas por lo actuado en la tramitación del expediente de rectificación de superficie.

Resolución de 9-9-2021

BOE 25-10-2021

Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, número 1.

BIENES GANANCIALES: PACTOS ENTRE LOS CÓNYUGES.

La sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico-matrimonial, de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado según el cual se hacen comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia. Sin embargo, este principio no es de aplicación universal, pues a él se anteponen otros criterios que el legislador ha considerado como prioritarios para determinar la naturaleza de los bienes, como pueden ser el de la accesión (cfr. art. 1359 del CC), el de la autonomía de la voluntad (cfr. art. 1355 del CC) o el del carácter del propio bien del que deriva el derecho a la adquisición (cfr. arts. 1346.4, 1347.4 o 1352 del CC).

El propio artículo 1355 —al permitir que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, con independencia de cuál sea la procedencia y la forma y plazos de satisfacción del precio o contraprestación— se encuadra dentro de ese amplio reconocimiento de la autonomía privada, y constituye una manifestación más del principio de libertad de pactos que se hace patente en el mencionado artículo 1323. Precisamente la aplicación de este principio hace posible también que, aun cuando no concurran los presupuestos de la norma del artículo 1355, los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a bienes que fueran privativos.

Ciertamente, según la referida doctrina de este Centro Directivo, los elementos constitutivos del negocio por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial han de quedar precisados debidamente, también respecto de la causa de la transferencia patrimonial, que no puede presumirse a efectos registrales. Ahora bien, como se indicó en la referida Resolución de 22 de junio de 2006, dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, se ha considerado suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura.

Este Centro Directivo ha admitido que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado (cfr. Resoluciones de 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991, 30 de julio de 2018, 12 de junio y 17 de diciembre de 2020 y 15 de enero de 2021). Como puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 30 de julio de 2018, el pacto de privatividad siempre será admisible si bien será necesaria su causalización, tanto en los supuestos en que sea previa o simultánea a la adquisición, como en los casos en que sea posterior, sin que ello signifique que haya que acudir a contratos de compraventa o donación entre cónyuges.

Resolución de 9-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, número 1.

BIENES GANANCIALES: PACTOS ENTRE LOS CÓNYUGES.

La sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico-matrimonial, de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado según el cual se hacen comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia. Sin embargo, este principio no es de aplicación universal, pues a él se anteponen otros criterios que el legislador ha considerado como prioritarios para determinar la naturaleza de los bienes, como pueden ser el de la accesión (cfr. art. 1359 del CC), el de la autonomía de la voluntad (cfr. art. 1355 del CC) o el del carácter del propio bien del que deriva el derecho a la adquisición (cfr. arts. 1346.4, 1347.4 o 1352 del CC).

El propio artículo 1355 —al permitir que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, con independencia de cuál sea la procedencia y la forma y plazos de satisfacción del precio o contraprestación— se encuadra dentro de ese amplio reconocimiento de la autonomía privada, y constituye una manifestación más del principio de libertad de pactos que se hace patente en el mencionado artículo 1323. Precisamente la aplicación de este principio hace posible también que, aun cuando no concurran los presupuestos de la norma del artículo 1355, los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a bienes que fueran privativos.

Ciertamente, según la referida doctrina de este Centro Directivo, los elementos constitutivos del negocio por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial han de quedar precisados debidamente, también respecto de la causa de la transferencia patrimonial, que no puede presumirse a efectos registrales. Ahora bien, como se indicó en la referida Resolución de 22 de junio de 2006, dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, se ha considerado suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura.

Este Centro Directivo ha admitido que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado (cfr. Resoluciones de 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991, 30 de julio de 2018, 12 de junio y 17 de diciembre de 2020 y 15 de enero de 2021). Como puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 30 de julio de 2018, el pacto de privatividad siempre será admisible si bien será necesaria su causalización, tanto en los supuestos en que sea previa o simultánea a la adquisición, como en los casos en que sea posterior, sin que ello signifique que haya que acudir a contratos de compraventa o donación entre cónyuges.

Resolución de 9-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Salamanca, número 3.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: BIENES GANANCIALES.

Como cuestión procedimental previa debe recordarse que, conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

A la luz del contenido de los artículos 144 RH y 541 LEC no cabe sino confirmar el criterio sostenido por la registradora en su calificación y desestimar el recurso, dado que para que resulte anotable un embargo sobre un bien inscrito con carácter ganancial, es imprescindible que la demanda se haya dirigido contra ambos esposos, o que, habiéndose demandado solo al que contrajo la deuda, se le dé traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución al cónyuge no demandado. Todo ello se entiende sin perjuicio de que, presentada nuevamente en el Registro de la Propiedad la documentación inicialmente calificada junto con la aportada junto al escrito de recurso, pueda ser objeto de examen y nueva calificación por la registradora.

Resolución de 9-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Lora del Río.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR.

De la dicción de los artículos 132 LH y 685 y 686 LEC legales resulta que es necesaria tanto la demanda como el requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiéndose la Ley Hipotecaria que lo han acreditado aquellos que hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, quienes, en virtud del principio constitucional de tutela judicial efectiva, y por aparecer protegidos por el Registro, han de ser emplazados de forma legal en el procedimiento.

Como se ha señalado, el párrafo primero del artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil condiciona la legitimación pasiva del tercer poseedor a que este hubiese acreditado al acreedor la adquisición de la finca. Tras la Sentencia del Tribunal Constitucional número 79/2013, de 8 de abril, por la que sienta «doctrina sobre la proyección que desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución española) tiene la inscripción registral y su publicidad» en un procedimiento de ejecución hipotecaria y en especial «la cuestión relativa a la constitución de la relación jurídico procesal» en este tipo de procedimientos «en relación con el titular de la finca que ha inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad». En este sentido, el artículo 685 LEC establece que la demanda debe dirigirse frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados «siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes», precepto este que en-

tendido según el artículo 24 CE nos lleva a la conclusión de que la situación de litis consorcio necesario se produce en todo caso respecto de quien tiene inscrito su título adquisitivo, pues el procedimiento de ejecución hipotecaria no puede desarrollarse a espaldas del titular registral, como aquí ha sucedido, al serlo con anterioridad al inicio del proceso de ejecución hipotecaria. En efecto, la inscripción en el Registro produce la protección de la titular derivada de la publicidad registral, con efectos *erga omnes*, por lo que debe entenderse acreditada ante el acreedor la adquisición desde el momento en que este conoce el contenido de la titularidad publicada, que está amparada por la presunción de exactitud registral.

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, en cuyo caso resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el presente caso, como bien resulta del resumen de los hechos, queda claro que el tercer poseedor adquirió e inscribió su dominio sobre la finca en cuestión con bastante antelación a la interposición de la demanda. La única comunicación que recibe el tercer poseedor tiene lugar con posterioridad al inicio del procedimiento quedando así privado de la oportunidad de participar, contradictoriamente, en la fase de ejecución de este procedimiento especial.

Resolución de 9-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Cornellá de Llobregat.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CANCELACIÓN POR APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 210 LH A LAS ANOTACIONES PRORROGADAS ANTES DE LA LEC.

En el historial registral de la finca consta extendida una anotación que ha sido prorrogada con anterioridad al día 8 de enero de 2001 (fecha de la entrada en vigor de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), por lo que se plantea el problema de la posible caducidad de esta anotación preventiva de embargo prorrogada.

Como se afirmó en la Resolución de este Centro Directivo de 22 de noviembre de 2019, al tratarse el embargo de una traba de bienes para garantizar el pago de una obligación y tener eficacia real a través de la anotación de embargo, le resulta de aplicación el artículo 210.1 de la Ley Hipotecaria.

Sentadas tales premisas, se plantea el problema objeto de este recurso, desde cuándo hay que efectuar el cómputo del plazo de veinte años que señala el precepto. En este sentido la Resolución de 15 de junio de 2020 señaló que el plazo previsto en el citado artículo 210 de la Ley Hipotecaria se cuenta desde el último asiento practicado en relación con el procedimiento en el que se reclama la deuda (en este caso, la nota marginal de expedición de certificación de cargas). Por tanto, existiendo en el presente caso dicha nota marginal de fecha 12 de marzo de 2008, no procede la cancelación del embargo por no haber transcurrido el plazo de 20 años.

Resolución de 10-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Santa María la Real de Nieva.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

El artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. Este Centro Directivo ha reiterado que la negativa a la práctica de un asiento de presentación solo debe realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea, palmaria e indudablemente, de imposible acceso al Registro.

Por otra parte los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1 de la Ley Hipotecaria), por lo que la registradora no puede, como si de un error material se tratara, dejar sin efecto las anotaciones preventivas practicadas. No puede por tanto estimarse la pretensión de que se rectifiquen asientos que se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales. Solo con la conformidad de todos los titulares de derechos inscritos o a través de una acción declarativa de rectificación del Registro (cfr. artículos 40 y 82 de la Ley Hipotecaria), siendo parte todos los interesados, podrá llevarse a cabo la rectificación pretendida.

Resolución de 10-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 32.

HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA LEY 2/2009 A LAS CESIONES DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS EN FAVOR DE PROFESIONALES.

Se debate en el presente recurso si es preciso el cumplimiento por parte del cesionario de créditos hipotecarios de lo dispuesto en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, esto es, que la entidad cesionaria está inscrita en el Registro a que se refiere el artículo 3 y que tenga un seguro de responsabilidad civil vigente a que se refieren los artículos 7 y 14 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo desarrollada por el Real Decreto 106/2011, de 28 de enero.

Es doctrina de esta Dirección General (véase, por todas, la Resolución de 13 de junio de 2015) que es cierto que la Ley 2/2009 constituye una norma dirigida fundamentalmente a garantizar la ausencia de publicidad engañosa y la transparencia en la contratación de préstamos y créditos con consumidores, y que las obligaciones que impone se refieren prioritariamente a la fase precontractual y de formalización del contrato de préstamo, por lo que deben entenderse cumplidas en caso de cesión de un préstamo o crédito inscrito en el Registro de la Propiedad. Pero esta realidad no excluye la necesidad de que el cesionario de tales préstamos, si se acredita la habitualidad en la actividad de concesión de préstamos o en la subrogación activa en los mismos, deba cumplir los requisitos exigidos en la nota de calificación recurrida ya que obedecen a una segunda finalidad de la

norma consistente en «cubrir las responsabilidades en que el acreedor pudiera incurrir frente a los consumidores por los perjuicios derivados de la realización de los servicios propios de la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios» (*vid.* artículos 7 y 14.1.a) de la Ley 2/2009), y esos perjuicios pueden generarse durante toda la vida del préstamo.

En definitiva, aunque se hubiera formalizado el préstamo con anterioridad a la Ley 2/2009, el cesionario que pretenda su inscripción con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley y esté dedicado profesionalmente a esta actividad, requiere el cumplimiento de los requisitos en ella establecidos. En el supuesto de hecho de este expediente, del propio contexto de la cesión, se deduce que no se trata de la cesión de un préstamo o crédito hipotecario aislado, ya que el objeto de la transmisión —entre otros préstamos hipotecarios que gravan otras fincas no pertenecientes al mismo Registro—, son tres préstamos hipotecarios sobre fincas que constituyen la vivienda habitual del deudor persona física.

Resolución de 10-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de El Rosario-Área Metropolitana de Santa Cruz de Tenerife.

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA INMATRICULACIÓN: NOTIFICACIONES EDICTALES.

En primer lugar, debe recordarse, como se indicó en las Resoluciones de 19 de julio de 2016 o 28 de noviembre de 2016 (entre otras), que el objeto de la intervención de los titulares colindantes en los procedimientos de concordancia del Registro con la realidad física es evitar que puedan lesionarse sus derechos y en todo caso que se produzcan situaciones de indefensión, asegurando, además que puedan tener acceso al Registro situaciones litigiosas o que puedan generar una doble inmatriculación, siquiera parcial.

El artículo 203.1 de la Ley Hipotecaria en su regla quinta, último párrafo, dispone, en cuanto a la forma en la que han de hacerse las notificaciones, que se realizará «(...) en la forma prevenida en esta Ley a los propietarios de las fincas registrales y catastrales colindantes (...)». La remisión a «la forma prevenida en esta Ley» debe entenderse realizada a la prevista en el Título VI de la Ley Hipotecaria en el que se regulan los procedimientos para la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral, según la redacción dada por la Ley 13/2015 de 24 de junio.

La disposición adicional segunda de la Ley 13/2015, de 24 de junio, se refiere a estas formas de notificaciones que han de realizar tanto notarios como registradores, al disponer que «los anuncios y edictos que los registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, así como los notarios, deban publicar en el “Boletín Oficial del Estado” con carácter supletorio cuando, en los procedimientos en los que intervengan por razón de su cargo, los interesados sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o, tras dos intentos, hubiera resultado infructuosa la notificación personal, tendrán el tratamiento previsto en la disposición adicional vigésimo primera de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común». De las normas citadas resulta que, siendo conocido el

interesado, previamente a la notificación edictal, es preceptivo intentar por dos veces la notificación personal, salvo que nos encontremos ante un caso en el que se ignore el lugar de la notificación. Este tipo de notificaciones edictales, que se realizan con carácter supletorio, deben estar nominalmente dirigidas a los interesados en la notificación, pues en otro caso conllevará una clara merma en sus garantías al no figurar el destinatario de la notificación, dificultando que pueda llegar a su conocimiento.

Resolución de 10-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Segovia, número 1.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD: CIERRE REGISTRAL MIENTRAS HAYA DOCUMENTOS PRESENTADOS CON ANTERIORIDAD PENDIENTES DE DESPACHO.

Las consecuencias del principio de prioridad son múltiples: así, en relación al orden de despacho de los títulos, debe hacerse como regla general, por su orden de presentación; en cuanto al rango de los derechos inscritos en caso de ejecución lo determina la presentación en el Registro, salvo que se haya interpuesto tempestivamente la correspondiente tercería de dominio o de mejor derecho (cfr. artículos 24 de la Ley Hipotecaria y 175 del Reglamento Hipotecario) y también en relación al modo de proceder respecto de los títulos anteriores presentados con posterioridad, pues no solo ocurre que gana prioridad el título primeramente presentado, sino que ello determina el cierre registral a los títulos anteriores incompatibles presentados posteriormente.

El cierre registral puede ser de dos tipos: a) definitivo, cuando el primer título ha obtenido el asiento definitivo que pretendía, que normalmente será el asiento de inscripción —artículo 17.1 de la Ley Hipotecaria—, produciéndose desde ese momento todos los efectos derivados de la inscripción, y b) provisional, cuando el título que accede en primer lugar al Registro está simplemente presentado —artículo 17.2 de la Ley Hipotecaria—. El cierre en este caso se produce durante la vigencia del asiento de presentación y de sus prórrogas. Si hay un título presentado el posterior no puede acceder al Registro antes. En tanto no haya finalizado el procedimiento registral del título anteriormente presentado por caducidad del asiento de presentación, desistimiento o despacho previa calificación, no puede continuar el procedimiento registral iniciado con la presentación posterior de otro título.

Es doctrina reiterada por esta Dirección General (véase, por todas, Resolución de 18 de diciembre de 2020) que estando vigentes asientos de presentación anteriores con relación a las mismas fincas, más que suspenderse la inscripción o anotación del presentado con posterioridad por estar pendientes de despacho títulos contradictorios previos, debe aplazarse su despacho, tal como resulta implícitamente de lo dispuesto por los artículos 111.3 y 432.2.º del Reglamento Hipotecario al regular las prórrogas del asiento de presentación. Este criterio se encuentra confirmado en el artículo 18.2 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 10-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Jaén, número 3.

BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES: LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL.

Tiene razón el registrador de la propiedad que la previa calificación positiva del registrador mercantil no condiciona la calificación registral para el acceso de los títulos al Registro de la Propiedad. Cuando se trata de inscribir tales adjudicaciones en el Registro de la Propiedad y habida cuenta que de la inscripción derivaría la presunción de existencia y pertenencia del derecho inscrito al titular registral (cfr. art. 38 de la Ley Hipotecaria), es necesario, conforme a las normas de Derecho inmobiliario, que en la calificación a que su práctica está sujeta se aprecie si existe aceptación por el adjudicatario con capacidad suficiente, por lo que tal extremo debe resultar de la escritura calificada (cfr. art. 18 de la Ley Hipotecaria), mediante su comparecencia en nombre propio o debidamente representados, sin que sea suficiente a tal efecto el hecho de que el liquidador certifique sobre los referidos acuerdos sociales, toda vez que su certificación no es más que un documento privado, sin el valor e importantes efectos que en nuestro Derecho se atribuyen al documento autorizado por un funcionario público.

Pero en el supuesto de hecho de este expediente no está justificada la nota de calificación realizada. No puede exigirse en una disolución y liquidación societaria el cumplimiento de lo preceptuado en los artículos 11 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales de 13 de junio de 1986 y 21 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales de Andalucía aprobado por el Decreto 18/2006, de 24 de enero, que están referidos a las adquisiciones de bienes a título oneroso por las corporaciones locales. En la disolución y liquidación de una sociedad de capital la garantía de una correcta fijación del valor de los bienes adjudicados, en beneficio no solo de los socios sino de los acreedores, descansa en otras cautelas legales, como es el informe de los administradores, el balance final de liquidación, la aprobación de la junta, y la responsabilidad solidaria de los socios en caso de aparición de pasivo sobrevenido.

Resolución de 10-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Jaca.

RECTIFICACIÓN DE LA DESCRIPCIÓN DE UNA FINCA: ARTÍCULO 201.2 LH.

Es evidente que el artículo 201.2 de la Ley Hipotecaria está referido a cambios en identificación del inmueble que acrediten fehacientemente y que no afecten a la superficie o linderos de la finca. El propio precepto enumera supuestos de aplicación, tales como los cambios de nombre por el que fuere conocida la finca o el número o denominación de la calle, lugar o sitio en que se encuentre. También podría estar comprendido aquí el cambio de denominación de la localidad en la que se encuentra la finca.

En el supuesto de hecho de este expediente no se trata de un mero cambio de nombre de la finca ni de la calle, lugar o sitio ni de la localidad en que se

encuentra. Por tanto, no queda comprendido el supuesto entre los contemplados en el párrafo segundo del artículo 201 Ley Hipotecaria. Lo que se pretende que se haga constar que la finca pertenece a Araguás de Solano, que es una de las localidades que integraban la unidad administrativa de Banaguás antes de incorporarse todas ellas al término municipal de Jaca. Pero no se acredita de modo suficiente.

Resolución de 10-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de A Coruña, número 6.

DERECHO FORAL GALLEGO: PACTO SUCESORIO Y PARTICIÓN DE HERENCIA.

En primer lugar, aparece en el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad correspondiente al primer causante que su último acto de disposición «mortis causa» fue un pacto sucesorio de fecha 22 de febrero de 2010, lo que determina que, efectivamente, como señala el registrador, deba ser considerado.

Por lo que respecta a la influencia en la institución de herederos, en los pactos sucesorios, el artículo 209 de la Ley de derecho civil de Galicia admite dos tipos de pactos sucesorios: los de mejora y los de apartación. En cuanto a estos últimos, de los artículos 224 y siguientes de dicha ley resulta que tienen como finalidad el apartamiento de legitimarios a cambio de «bienes concretos» que les sean adjudicados, por lo que se trata de un llamamiento a título singular. En cuanto a los pactos de mejora, el artículo 214 de la misma ley dispone que «son pactos de mejora aquellos por los cuales se conviene a favor de los descendientes la sucesión de bienes concretos». Es claro el llamamiento a título singular, sin entrar en la posibilidad de un heredero «ex re certa», que sería considerado como legatario, aunque con matizaciones. En consecuencia, es de esencia que el pacto sucesorio gallego no es título sucesorio para designación de herederos, sino que dicho título sucesorio solo lo es para el beneficiario a título singular de dicho pacto sucesorio.

La vigente Ley 2/2006, 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». 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. Por ello, 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, con respecto al cual es un tercero acreedor. Por lo tanto, la legítima se configura como un derecho preferente al de los legatarios hasta el límite de la cuota legitimaria y constituye un derecho también preferente al de los acreedores del heredero.

La aceptación y adjudicación de la herencia puede otorgarse por los herederos sin intervención de los mejorados en los pactos sucesorios gallegos, ya que los derechos y acciones en defensa de sus legados o mejoras, están protegidos.

Resolución de 13-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, número 1.

HERENCIA: PARTICIÓN HECHA POR CONTADOR PARTIDOR CON REDUCCIÓN DE LEGADOS POR INOFICIOSOS.

La concurrencia de un contador partidor permite que el proceso de partición hereditaria se gesticione, si bien en interés de los herederos, legitimarios y legatarios, y demás personas llamadas legal o testamentariamente a la sucesión, al margen de los mismos.

El contador partidor consiste en un cargo que designa el testador, como complemento de la organización testamentaria de la sucesión, con la virtualidad de dirigir, encauzar y realizar el proceso de transmisión de los bienes relictos. De esta forma, mientras que la actuación del comisario respeta el ámbito de su encargo, en principio meramente particional, se le inviste de una especial potestas, que le permite gozar de total legitimación para actuar, hasta agotar todo el proceso particitivo.

El comisario, como tal, está ungido de poder suficiente para realizar la partición por sí solo, de modo que no requiere la intervención de los legitimarios (cfr. Resolución de 29 de marzo de 2004) ni de los herederos, ni por ello es necesario que fuesen estos «mayores y tuviesen la libre administración de sus bienes».

A la vista de esta doctrina, hay que analizar la incidencia que produce la adjudicación a una persona con capacidad judicialmente modificada en una partición hecha por el contador-partidor testamentario. En primer lugar, hay que recordar lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 1057 del Código civil, que exige que, en los casos de que haya en la partición coherederos sometidos a tutela, el contador-partidor deberá inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales de dichas personas, lo que, en el supuesto concreto de este expediente, tras la subsanación correspondiente, se ha producido. Por otra parte, el artículo 272 del Código civil, en su redacción vigente en el momento del otorgamiento de la escritura disponía que «no necesitarán autorización judicial la partición de la herencia ni la división de cosa común realizadas por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial», lo que se corresponde con el artículo 1060 del mismo texto legal en su redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Pues bien, en el supuesto concreto, siendo una partición realizada por contador-partidor, y habiéndose cumplido la exigencia de la citación de los representantes legales de las personas con capacidad modificada judicialmente, como regla general, no es necesaria la autorización previa ni la aprobación judicial.

Es criterio doctrinal unánime que la misión del contador-partidor consiste únicamente —valga la redundancia— en contar y partir, de modo que carece de facultades dispositivas, al ser las suyas simplemente particionales. Por ello ha de respetar la igualdad cualitativa en la formación de los lotes (cfr. art. 1061 del CC), evitando, en cuanto sea posible, los suplementos en metálico; aunque se ha entendido por autorizada doctrina que dicho precepto no impone una igualdad matemática absoluta, ni impone la participación de todos los herederos en cada bien de la herencia. El cumplimiento de la voluntad del causante no exime de la obligación de respetar las reglas imperativas en materia de legítimas, pues en la partición de la herencia el contador-partidor no solo debe ajustarse a la

voluntad del testador, sino también a las normas legales de carácter imperativo, como son las relativas a la intangibilidad de las legítimas.

Ahora bien, si el contador-partidor, después de calcular la legítima, no puede proceder al pago en metálico de su cuota ya que tal cantidad no existe entre los bienes hereditarios del causante, sino que establece que tal cantidad sea pagada por los herederos, entonces no está limitándose a contar y partir los bienes del causante, sino que está transformando la legítima en un derecho de crédito frente a los demás herederos, a quienes ordena el pago en metálico de su cuota, pues pasan a ser titulares de un derecho de crédito frente a otro de los partícipes. Y ello implica un acto de disposición admisible en el caso de ser los interesados con facultades de libre disposición de sus bienes los que lo convinieran (cfr. art. 1058 del CC), pero que no puede entenderse comprendida entre las de partir que al contador-partidor le vienen asignadas por la Ley en su condición de tal. Otro tanto cabría decir del derecho de los legitimarios, intangible no solo en el aspecto cuantitativo sino también en el cualitativo que no puede el contador-partidor cambiar por un crédito frente a los herederos so pena de desvirtuarlo completamente.

Sin embargo, la contadora-partidora ha reducido el legado de una de las personas con capacidad modificada judicialmente, manteniendo íntegro el de la persona sin discapacidad alguna, y esto, excede de lo meramente particional. Este Centro Directivo ha afirmado (Resolución de 14 de septiembre de 2009) que no corresponde al contador-partidor decidir acerca de la inoficiosidad de las disposiciones testamentarias sin la concurrencia de todos los interesados, de manera que, excediendo de sus funciones de partir, el consentimiento expresado por el tutor requeriría de la aprobación judicial.

Resolución de 13-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Terrassa, número 1.

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

Según la doctrina reiterada de esta Dirección General, nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (*vid.* arts. 513.2.º, 529, 546.4.º y 1843.3.º del 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. Si estuviéramos ante la caducidad convencional del mismo derecho de hipoteca, resultaría aplicable la norma del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. En otro caso debería esperarse al transcurso del plazo de prescripción de la acción hipotecaria, por aplicación de la norma del párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, introducido mediante la disposición adicional vigésima séptima de la Ley 24/2001, que posibilita la cancelación de la hipoteca, mediante solicitud del titular registral de cualquier derecho sobre la finca afectada; o a los supuestos de caducidad o de extinción legal del derecho real de garantía inscrito recogidos en el artículo 210.1.8.ª de la Ley Hipotecaria, según redacción dada por la Ley 13/2015.

La cancelación convencional automática solo procede cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto, no cuando sea dudosa

o controvertida. Y para que opere la cancelación por caducidad o extinción legal del derecho es necesario que haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dicha garantía o el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro, al que en el mismo precepto legal se añade el año siguiente. O bien el transcurso de los plazos que figuran en el artículo 210.1.8.^a de la Ley Hipotecaria que se aplicarán a las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias de todo tipo y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, es decir, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada.

En el presente caso, del análisis sistemático de todas las cláusulas del contrato, resulta que el plazo de duración pactado (referido a la cuenta de crédito, hasta el 22 y 24 de julio de 2019) debe entenderse referido no tanto a un plazo de caducidad de la hipoteca, sino más bien referido al plazo de duración de las obligaciones contraídas.

Resolución de 13-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Villacarriedo.

CONCENTRACIÓN PARCELARIA: IDENTIDAD DE LAS FINCAS Y DOBLE INMATRICULACIÓN.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria, en su redacción dada por la Ley 13/2015, configura la incorporación de la representación gráfica con carácter preceptivo siempre que se dé cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria, afectando por tanto también a este supuesto en que se describe un resto de finca tras la aportación que según se afirma se ha realizado de una porción de la misma a una concentración parcelaria.

Es cierto que acto seguido en la escritura se declara una edificación que ocupa una superficie de 98 metros cuadrados, que procede por reforma de la que antes constaba declarada en el Registro, y en cambio no se describe de nuevo la finca tras esta declaración de obra. Por ello, sí que resultaría algo confusa la superficie de la finca resultante de su descripción literaria. Sin embargo, la Ley Hipotecaria no impone la total coincidencia descriptiva salvo en los supuestos de inmatriculación (cfr. artículos 203 y 205 Ley Hipotecaria) y ni en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria ni el artículo 10 de la misma se habla expresamente de que, además de aportar la certificación catastral descriptiva y gráfica, haya de describirse en el título la finca según lo que resulta de tal certificación. Ahora bien, esto es sin perjuicio de la calificación de las dudas en la identidad de la finca.

No es el caso de este supuesto, en que existe plena identificación entre la porción de territorio a que se refieren tanto la descripción del resto de finca en la escritura como la parcela catastral con la que se dice que corresponde.

En cuanto al segundo de los defectos señalados por el registrador, el recurso no puede ser estimado y procede confirmar el defecto señalado por el registrador. Como se ha afirmado por esta Dirección General en otras ocasiones (cfr. Resoluciones de 29 de junio, 27 de julio y 2 de noviembre de 2017 y 2 de enero de 2019), se plantea si para inscribir la edificación es defecto la falta de coincidencia entre la superficie ocupada por ella según la descripción literaria que figura en

el título y la que resulta de las coordenadas georreferenciadas aportadas para dar cumplimiento al artículo 202 de la Ley Hipotecaria.

La aplicación de la normativa reguladora tiene como resultado, la existencia de supuestos de doble inmatriculación entre fincas de origen sujetas a concentración y fincas de reemplazo resultantes de la concentración, ya que no se deja constancia registral en el folio de las fincas de origen del hecho de que estén afectadas por un procedimiento de concentración parcelaria, ni posteriormente al tiempo de la inscripción de las actas de reorganización se cancela el folio real de dichas fincas de origen, y tampoco se refleja cuál o cuáles sean las concretas fincas de reemplazo adjudicadas por subrogación real en equivalencia o correspondencia con las fincas de origen aportadas al procedimiento.

Para dar solución a estos supuestos debe tenerse en cuenta el procedimiento regulado en artículo 209 de la Ley Hipotecaria, tras la reforma operada por la Ley 13/2015, dedicado a la regulación de la subsanación de la doble o, en general, múltiple inmatriculación de una misma finca o parte de ella en folios registrales distintos, atribuyendo la competencia para su tramitación y resolución, en línea con el objetivo de desjudicialización que proclama su exposición de motivos, al registrador del distrito hipotecario en que radique la finca doblemente inmatriculada. Al haberse incluido una porción de terreno en la concentración parcelaria que en cambio se afirma por los interesados que no fue incluida en la misma, lo necesario en este caso para rectificar el Registro en tal sentido es la rectificación de dicho error en el título de concentración parcelaria que motivó la inscripción de la finca de resultado y la aportación de dicho título rectificado al Registro para poder practicar la rectificación registral.

Resolución de 14-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 2.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: BIENES INSCRITOS A NOMBRE DE CÓNYUGES SUJETOS A UN RÉGIMEN ECONÓMICO EXTRAJERO CONFORME AL ARTÍCULO 92 RH.

Como ya ha indicado este Centro Directivo en diversas resoluciones (cfr. Resoluciones de 3 de enero de 2003, 26 de febrero de 2008 y 15 de julio de 2011) el singular régimen de constancia del régimen económico-matrimonial de los cónyuges extranjeros en la inscripción de los bienes y derechos que adquieren, previsto en el artículo 92 del Reglamento Hipotecario difiere el problema para el momento de la enajenación posterior, pues en tal momento es preciso el conocimiento del Derecho aplicable al caso concreto, en cuanto a las reglas que disciplinan el régimen de disposición del bien y requisitos que el mismo impone.

El artículo 144. 6 del Reglamento Hipotecario prevé: «cuando se trate de bienes inscritos conforme al artículo 92 de este Reglamento, a favor de adquirente o adquirentes casados sometidos a legislación extranjera, con sujeción a su régimen matrimonial, se haya o no indicado dicho régimen, el embargo será anotable sobre el bien o participación indivisa del mismo inscrita en tal modo, siempre que conste que la demanda o el apremio han sido dirigidos contra los dos cónyuges, o que estando demandado o apremiado uno de los cónyuges ha sido notificado al otro el embargo».

Resolución de 14-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 10.

HIPOTECA: INTERESES DE DEMORA CONFORME AL ARTÍCULO 25 DE LA LEY 5/2019.

El artículo 25 de la Ley 5/2019 dispone que: «1. En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible. El interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario».

Por otra parte, el artículo 3, párrafo primero, de la misma Ley 5/2019 establece que: «Las disposiciones de esta Ley y las contenidas en sus normas de desarrollo tendrán carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes contratantes salvo que la norma expresamente establezca lo contrario». Y el apartado 2 del artículo 25 de la Ley 5/2019 no solo no establece el carácter dispositivo de la norma de fijación de un específico interés legal de demora, sino que determina expresamente que las reglas relativas al interés de demora contenidas en el apartado 1 del mismo artículo «no admitirán pacto en contrario».

Todo ello se entiende sin perjuicio de que ninguna limitación se establece en cuanto a la negociación de la cifra de responsabilidad hipotecaria (cfr. art. 114 de la Ley Hipotecaria) que puede ser inferior a la cifra máxima resultante de sumar tres puntos porcentuales al tipo máximo que únicamente a efectos hipotecarios pueda fijarse para los intereses ordinarios.

Resolución de 14-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Jávea, número 1.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO EN PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO: NOTIFICACIONES.

Presentado mandamiento de embargo a favor de la Administración Tributaria y solicitada certificación de cargas en la ejecución del mismo, se suspende la anotación preventiva y la expedición de la certificación por no haberse notificado el embargo a los acreedores hipotecarios del bien embargado, ni a los juzgados de Instrucción que dictaron anteriores anotaciones preventivas de prohibición de vender, gravar y/o enajenar.

Está claro que según los artículos 170 LGT y 76.3 del RGR la notificación del embargo debe realizarse tan solo a los titulares de cargas posteriores a la anotación de embargo y anteriores a la nota marginal de expedición de la certificación, por lo que el recurso debe ser estimado.

Por otra parte el hecho de que existan anteriores anotaciones preventivas de prohibición de disponer tampoco exige una notificación expresa al juzgado que las dictó. Estas anotaciones podrán o no impedir que sean inscribibles las

transmisiones derivadas de la ejecución —cuestión que no corresponde ahora decidir—, pero nada impide que entretanto vaya ganando prioridad registral la anotación de embargo ordenada por la Administración Tributaria. En todo caso conviene recordar que constituye doctrina consolidada de este Centro Directivo que la eficacia limitativa de las prohibiciones de disponer, cualquiera que sea su origen (*vid.* Resolución de 31 de enero de 2013), ha de matizarse cuando se trata del acceso al Registro de actos de disposición forzosos, extraños a la voluntad del titular afectado por la anotación, es decir cuando vienen impuestos en procedimientos judiciales o administrativos de apremio u otros que impongan una condena o conducta sobre el bien o derecho sometido a la prohibición de disponer o enajenar.

Resolución de 15-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga, número 2.

SEGREGACIÓN Y DIVISIÓN DE FINCAS: ACTOS EQUIVALENTES. UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: ARTÍCULO 80 RD 1093/1997.

Como ha reconocido esta Dirección General, en línea con la doctrina jurisprudencial (cfr. Resoluciones de 2 de enero de 2013, 10 de septiembre de 2015, 12 de julio de 2016, 6 de septiembre y 12 de diciembre de 2017, 22 de marzo de 2018 y 13 de marzo y 24 de abril de 2019), una parcelación urbanística es un proceso dinámico que se manifiesta mediante hechos externos y objetivos fácilmente constatables. De modo que 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.

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.

El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, comparte tal toma de posición y así su artículo 79, si bien se halla encabezado por el epígrafe «divisiones y segregaciones», se refiere en su párrafo primero, no solo a los estrictos supuestos de división o segregación de fincas realizadas en suelo no urbanizable, sino también a todo supuesto en que, cuando por las circunstancias de descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes de la división o de las sucesivas segregaciones, surge duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población, a cuyo efecto y para la definición y desarrollo de este concepto, remite a los términos señalados por la legislación o la ordenación urbanística aplicable.

En particular, en el marco de la legislación urbanística andaluza hay que tener en cuenta el artículo 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía y el artículo 8 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo,

por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la comunidad autónoma de Andalucía. Supuesto distinto lo constituyen las situaciones ya existentes en ámbitos de suelo no urbanizable, cuyo adecuado tratamiento normativo ha preocupado al legislador andaluz, aprobando el Decreto Ley 3/2019, de 24 de septiembre, de medidas urgentes para la adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la comunidad autónoma de Andalucía norma que tiene por objeto, por una parte, regular los requisitos y procedimientos que faciliten la integración en la ordenación de los Planes Generales de Ordenación Urbanística de los asentamientos que sean conformes con el modelo territorial y urbanístico establecido en los mismos y, por otra parte, establece el régimen aplicable a las edificaciones aisladas en suelo no urbanizable, teniendo en consideración las distintas situaciones jurídicas de las mismas, destacando entre todas estas situaciones la de las edificaciones aisladas construidas al margen de la legalidad urbanística y territorial para las que ya no es posible establecer medidas de protección de la legalidad urbanística y a las que se les aplica el régimen de asimilado al de fuera de ordenación.

En el caso de la mera transmisión de una finca a dos compradores por mitad y proindiviso (mediante una compraventa simultánea y no sucesiva), o de una cuota indivisa ya inscrita en el Registro, amparada por tanto por la legitimación registral, no debe justificarse, como regla general, la exigencia de intervención administrativa alguna, a menos que vaya acompañada de un indicio cualificado como puede ser la nueva asignación de uso de parte determinada de finca o la conversión de una comunidad hereditaria en ordinaria mediante sucesivas transmisiones, siempre atendidas el resto de circunstancias concurrentes (relativas a la descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes, o cualesquiera otras que resulten pertinentes para tal valoración), y de conformidad con la legislación sustantiva aplicable (*vid.* Resoluciones de 13 de marzo, 24 de abril y 24 de septiembre de 2019).

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 artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, la comunidad autónoma remite resolución declarando nula la división. 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. Y sin que por otra parte el recurso contra la calificación sea el adecuado para contender acerca del contenido de dicha resolución administrativa (cfr. Resolución de 9 de mayo de 2018).

Resolución de 16-9-2021
BOE 18-10-2021
Registro de la Propiedad de Sort.

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIAS ESTADO-CATALUÑA. CONCESSIONES ADMINISTRATIVAS: FORMA DE INSCRIPCIÓN.

Es doctrina de este Centro Directivo que, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 5/2009, de 28 de abril, del Parlamento de Cataluña, parcialmente dejada sin efecto 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», hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Con base en todo lo expuesto este Centro Directivo se considera competente para resolver el presente recurso ya que la materia discutida no es exclusiva de Derecho especial catalán, sino, que converge con normativa estatal constituida por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, en especial los artículos 26 y 28.

La posibilidad de inscribir la concesión administrativa como bien inmueble, en sí misma considerada, viene prevista en el artículo 31 del Reglamento Hipotecario al determinar que «las concesiones administrativas que afecten o recaigan sobre bienes inmuebles, se inscribirán a favor del concesionario con la extensión y condiciones que resulten del título correspondiente». Debe, en este sentido, diferenciarse la finca registral que constituye la concesión administrativa, de las fincas registrales constituidas por los inmuebles adquiridos por el concesionario.

En el presente expediente consta inscrita una concesión administrativa, siendo la finca principal la inscrita en el Registro de la Propiedad de Vielha, e inscripción de referencia la practicada en el Registro de la Propiedad de Sort. No consta en el expediente, por el contrario, que el edificio-refugio esté inmatriculado como finca registral afecta a la concesión, por lo que para poder practicarse la inscripción de la compraventa será preciso que con carácter previo se inmatricule dicha finca a favor del concesionario, como integrante de la concesión, cumpliendo la normativa registral general y la contenida en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, así como en las normas reguladoras del título de la concesión, según exige el principio de tracto sucesivo (art. 20 de la Ley Hipotecaria). Solo en tal caso, una vez inmatriculada separadamente como integrante de la concesión, la inscripción de la compraventa no requeriría licencia administrativa urbanística.

Resolución de 20-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana.

DESHEREDACIÓN: NECESIDAD DE RESOLUCIÓN JUDICIAL DEJÁNDOLA SIN EFECTO SI NO CONCURRE EL ACUERDO DE TODOS LOS INTERESADOS.

Para resolver la concreta cuestión que plantea el registrador en su calificación debe recordarse que este Centro Directivo se ha pronunciado recientemente sobre la cuestión de la anulación de las disposiciones testamentarias, si bien referida a la existencia de preterición, en la Resolución de 2 de agosto de 2018, que ha decidido si en una partición es o no necesaria, a efectos registrales, la declaración judicial previa de nulidad del testamento, o de la institución de herederos ordenada en el mismo, por causa de preterición de alguno de los herederos forzosos y

para la determinación del carácter de la preterición como errónea o intencional. El criterio mantenido en la citada resolución fue favorable a la necesidad de dicha declaración judicial previa con base en los argumentos ya expresados por la Resolución de 13 de septiembre de 2001. No podrá prescindirse, sin consentimiento de los beneficiarios, o sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento cuestionado a la hora de formular la partición, y ello sin necesidad de prejuzgar ahora si en el pleito consiguiente la carga probatoria corresponde a la que alega la intencionalidad de la preterición, o, dada la significación de la no revocación del testamento, al que pretenda su ineficacia.

Por ello, si no hay conformidad de todos los afectados, para que la negación de la certeza de la causa de la desheredación prive a esta de su eficacia debe aquella realizarse ante los tribunales de justicia. Concurriendo esa conformidad de todos los interesados, no es necesaria la declaración judicial de privación de eficacia de la cláusula de desheredación.

El artículo 857 del Código civil establece que «los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima». Por ello, es doctrina de este Centro Directivo que en los casos en que la causa de desheredación haya sido contradicha sin utilizar la vía judicial, los hijos o descendientes de los desheredados deben ser considerados como «afectados» a los efectos de prestar la conformidad que evite la resolución judicial.

Resolución de 20-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Dos Hermanas, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: DIFERENCIA CON LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS.

Como ha declarado ya en otras ocasiones esta Dirección General (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos»), la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, vino a recoger en el Derecho positivo, introduciendo el nuevo artículo 24, la figura del complejo inmobiliario privado, con diversas denominaciones. Así, el artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal, al describirlos, exige tan solo dos rasgos definitorios: la existencia de pluralidad de edificaciones o de pluralidad de parcelas con destino a viviendas o locales e independientes entre sí (elementos privativos) y la existencia de una copropiedad entre los titulares de esos elementos independientes sobre otros elementos inmobiliarios, viales o servicios (elementos comunes). Y a estos dos rasgos de carácter material se añade otro elemento inmaterial: la organización de la que se dota al complejo.

Se ha puesto de relieve, también, que en la legislación vigente debe diferenciarse entre dos instituciones distintas: el complejo inmobiliario y la propiedad horizontal, sin perjuicio de las conexiones existentes entre ambas y de la aplicación de algunas normas de la propiedad horizontal a los complejos inmobiliarios. Es indudable, y así se reconoce por la doctrina y ha admitido este Centro Directivo, que es posible constituir un complejo inmobiliario sobre una única finca registral, debate que en la actualidad carece de sentido al estar admitida expresamente tal posibilidad por el artículo 26.4, segundo párrafo, del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

El régimen de la propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo y el vuelo como elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta. Por eso, bajo el calificativo de «tumbada» que se aplica a la propiedad horizontal suelen cobijarse (indebidamente), situaciones que responden a ambos tipos, el de complejo inmobiliario con fincas o edificaciones jurídica y físicamente independientes, pero que participan en otros elementos en comunidad, o bien auténticas propiedades horizontales en las que el suelo es elemento común.

En el presente caso, la configuración física es más propia de un complejo inmobiliario integrado por parcelas independientes, en las que existen edificaciones independientes y que comparten como elementos comunes viales y calles, diferente a la propiedad horizontal tumbada, lo que conduciría a la estimación del recurso en lo relativo a la ampliación de edificación dentro de la parcela independiente, dado que dichas modificaciones no afectarían ni otros propietarios ni a elementos comunes. No obstante, del historial registral resulta configurado un conjunto inmobiliario en régimen de propiedad horizontal tumbada.

Respecto del primero de los defectos invocados por el registrador, 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 urbanístico 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. Distinto sería el caso de tratarse de un complejo urbanístico o incluso de una propiedad horizontal tumbada en el caso de viviendas independientes situadas dentro de parcelas privativas siempre y cuando no resultaran afectados elementos comunes, en este caso la mera modificación de la superficie construida de dicha vivienda no implica, «per se», la modificación de las cuotas de participación de los elementos privativos integrantes del conjunto urbanístico.

Por lo demás, en relación con las alegaciones del recurrente sobre la posibilidad de rectificación de errores de datos descriptivos en un elemento privativo integrante de un régimen de propiedad horizontal debe tenerse en cuenta la doctrina de este Centro Directivo sobre los excesos de cabida relativos a elementos privativos de edificios en régimen de propiedad horizontal.

Resolución de 20-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Torrejón de Ardoz, número 3.

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 del 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. artículos 769 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sino ante un procedimiento para la liquidación del régimen económico-matrimonial (cfr. artículos 806 y siguientes 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 del CC) y resulte de la documentación presentada la conexión de dicho acuerdo con una situación de crisis matrimonial.

El documento cuya calificación ha dado lugar a este expediente consiste en un testimonio de un auto judicial que homologa el acuerdo transaccional que han alcanzado los dos condueños de siete fincas urbanas (adquiridas por mitades indivisas por compraventa por ellos, separados judicialmente de sus respectivos cónyuges) respecto a la disolución del condominio en un procedimiento judicial de extinción de comunidad. En supuestos como el presente, por tanto, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de la división judicial de patrimonios (cfr. art. 406 del CC).

Resolución de 20-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Murcia, número 8.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: CONSECUENCIAS DE PRESENTAR COPIA DE LA ESCRITURA DE REVOCACIÓN DEL PODER OTORGADO Y USADO EN EL TÍTULO CALIFICADO.

En primer lugar, constan extendidos en el Registro dos asientos de presentación, el primero de ellos es el causado por la remisión de la copia electrónica de la escritura objeto de calificación, escritura de reconocimiento de deuda y dación en pago parcial con pacto de retroadquisición, el segundo el causado por la instancia presentada por la poderdante, doña A. S. M., a la que se acompaña la escritura de revocación del poder otorgado por esta a favor de su hermano don A. S. M. La instancia se presenta con la finalidad de impedir la inscripción de la escritura presentada.

Respecto a la primera cuestión, la toma en consideración de la presentación de una instancia, que en principio y con carácter general no es susceptible de provocar asiento alguno, a la que se acompaña escritura de revocación de poder,

este Centro Directivo ha advertido reiteradamente del limitado alcance que ha de darse a los documentos presentados en los Registros al objeto no de obtener o lograr la práctica de un asiento, sino con el fin de advertir, ilustrar o incluso condicionar la calificación de otro, y que no deben interferir en esta.

Debe tenerse en cuenta respecto del principio de prioridad, que la escritura de revocación de un poder no es ningún título «por el cual se transmite o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real», por lo que no le resulta aplicable la literalidad del artículo 17 de la Ley Hipotecaria. Y es que el posible conflicto entre una escritura de compraventa otorgada por un apoderado y la escritura de previa revocación del poder empleado por dicho apoderado no es, y por tanto no puede ser tratado ni resuelto como tal, un conflicto que atañe a la prioridad relativa entre dos títulos traslativos del dominio, sino como un conflicto que atañe a la legitimación de uno de los otorgantes y a la validez del acto dispositivo realizado por un apoderado que utiliza un poder previamente revocado.

En cuanto a la interpretación del artículo 1738 del Código civil, la jurisprudencia tradicionalmente había desvinculado la protección del tercero de buena fe de la buena fe del mandatario o apoderado; sin embargo, apartándose de esta tesis, las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2008, 13 de febrero de 2014, 22 de enero de 2015 y 19 de julio de 2018 consideran que la buena fe del apoderado es imprescindible para que el poderdante quede vinculado por el negocio representativo, sin que sea suficiente con la buena fe del tercero.

En el supuesto de este expediente, en la escritura de revocación, la poderdante afirma haber dado conocimiento de la misma al apoderado, su hermano, y, del mismo modo, ha transcurrido un periodo prolongado entre la revocación del poder y el otorgamiento de la escritura lo que permitiría entender que pudo tener conocimiento de dicha revocación. No existe, por lo tanto, a la hora de resolver este recurso, la certeza absoluta del conocimiento por parte del apoderado de la revocación del poder, cuestión distinta y solución distinta se daría de haberse acreditado de manera fehaciente que el apoderado tenía cumplido y exacto conocimiento de la revocación del poder; no existiendo tal certeza, ello conlleva, conforme a los argumentos expuestos, a la revocación del defecto observado.

Pero, en el caso que nos ocupa, se da la circunstancia de que después de la presentación de la copia autorizada electrónica de la escritura calificada tiene lugar la presentación de la copia autorizada en papel de la reseñada escritura, si bien en su redacción se observa la modificación del negocio jurídico. La posibilidad de rectificación por el notario por sí solo, dado que no concurren las partes interesadas a la rectificación, debe ser interpretada con carácter restrictivo, ya que si bien el notario puede proceder a la subsanación de meros errores materiales que se hayan producido con ocasión de la redacción de la escritura, o que resulten claramente de los antecedentes obrantes en su haber o de lo acontecido en su presencia con ocasión de la firma del instrumento público, lo que no puede hacer en ningún caso es sustituir la voluntad de los otorgantes. Así pues, esta facultad de rectificación por el notario, sin la concurrencia de los otorgantes o sus causahabientes, ha de ser en todo caso, objeto de interpretación restrictiva. En el presente caso, al comparar el contenido de las dos copias autorizadas a que se refiere el presente recurso, se aprecia claramente una modificación del negocio jurídico que el recurrente no niega, pero de las mismas no puede conocerse cuál sea la causa que motiva tal discrepancia ni el momento en el que se produce pues, de haberse producido una subsanación de la escritura matriz con consentimiento del otorgante, la correspondiente diligencia debería haberse trasladado en la copia expedida en papel presentada posteriormente.

Resolución de 21-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 11.

HERENCIA: DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD ARAGONESA.

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 en su calificación ha señalado como defecto que «no consta el nombre y apellidos del cónyuge de la legataria y heredera doña L. T. M., de estado civil casada, ni su régimen económico matrimonial», y como única fundamentación de Derecho ha mencionado los preceptos en los que se exige tal mención. La cuestión planteada en dicha calificación ha podido ser objeto de alegaciones suficientes por el recurrente para su defensa, y por ello procede entrar en el fondo del asunto.

Entrando en el fondo de la cuestión debatida en este expediente, debe decidirse si en una escritura de manifestación y adjudicación de herencia aceptada pura y simplemente, siendo que una de las herederas y legataria está casada, es o no necesario expresar el nombre del cónyuge y el régimen económico matrimonial de tal heredera, quien, si bien no se especifica su vecindad civil, está domiciliada en Zaragoza y el otorgamiento se realiza en esta ciudad, por lo que la vecindad civil foral será la aragonesa. Se trata de determinar si en el Derecho Foral aragonés, la existencia del derecho expectante de viudedad y del usufructo viudal, excluyen la excepción a la aplicación de la exigencia del artículo 51.9.a del Reglamento Notarial.

Siendo el matrimonio el determinante de la existencia de derechos presentes o futuros —y no el régimen económico-matrimonial—, se hace necesario establecer cuál es el momento de determinar la eficacia de los derechos de viudedad. Así, el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges determina el nacimiento del derecho de usufructo del cónyuge viudo. Por tanto, hasta ese momento de la apertura de la sucesión de uno de los cónyuges, no se sabe quién es el beneficiario del usufructo viudal, que podría ser cónyuge de otras nupcias o no existir por separación o divorcio. En consecuencia, en el momento de la adquisición por herencia no tiene trascendencia quien sea el cónyuge del heredero o legatario ni su régimen económico-matrimonial. En el caso del derecho expectante de viudedad es distinto, ya que, durante el matrimonio, ambos cónyuges son titulares de una expectativa de derecho que se ejercerá en el futuro cuando se realice una disposición, que será el momento en el que se determinará quién es el cónyuge que tiene que prestar su consentimiento. Así, el momento de su eficacia será el de la disposición del bien, a diferencia del usufructo de viudedad, que es el de la apertura de la sucesión del primer cónyuge causante.

Cuál sea el régimen económico matrimonial y el cónyuge en el momento de adquisición, como se ha dicho antes, son irrelevantes. Tales circunstancias son relevantes es exclusivamente al enajenar el bien y si no se produce la intervención del cónyuge. En el Registro solo se deberá publicar que queda a salvo el derecho del cónyuge que no ha intervenido, que es la consecuencia legal establecida para ese supuesto —283.1 de Derecho civil Foral aragonés—. Ningún beneficio se obtiene porque el Registro publique esos datos al tiempo

de la adquisición. En consecuencia, el derecho expectante de viudedad no es un derecho inscribible y, por tanto, no es preciso que en la escritura en la que se acepta la herencia se indique el régimen económico matrimonial y el nombre del cónyuge del heredero.

La omisión de la constancia de la identidad del cónyuge por tanto no puede ser defecto que impida la inscripción, pues no está expresamente exigida en ninguna norma específica y el derecho expectante no es en sí mismo un derecho inscribible. Sin perjuicio de que su constancia sea conveniente para la seguridad del tráfico y para la protección de los derechos de las personas implicadas. Podemos concluir por tanto que puede ser una buena práctica notarial la constancia del nombre y apellidos del cónyuge que adquiere el inmueble por herencia, para facilitar la identificación del titular del derecho expectante, aunque —como ya se ha visto— su omisión no sea determinante de una calificación suspensiva del título, pues tal expectativa no genera propiamente un derecho real inscribible en su favor.

Resolución de 21-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Molina de Aragón.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SUBROGACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 659.3 LEC.

Respecto del primer defecto, el registrador entiende que es necesario que se determine la sucesión procesal del titular de la anotación letra C, fallecido, ya que será el nuevo titular quien pueda ejercitar el derecho previsto en el artículo 659.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La recurrente, viuda del titular de la anotación letra C, alega la ganancialidad del crédito reclamado y que dio lugar a la extensión de la citada anotación, conforme a la presunción contenida en el artículo 1361 del Código civil, de forma que defiende que puede reclamar el crédito y por tanto solicitar la subrogación en los derechos del acreedor de la anotación letra A, previo pago del importe de la responsabilidad derivada del Registro.

Sin embargo, esta postura no puede defenderse. El carácter ganancial del crédito no resulta de la documentación que dio lugar a la extensión de la anotación preventiva. La sociedad de gananciales se ha extinguido, al haberse disuelto el matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges, como resulta de los artículos 85 y 1392 del Código civil, por lo que para la determinación del activo de la sociedad resulta imprescindible combinar los efectos de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código civil con el derecho de los herederos del cónyuge fallecido a invocar, en su caso, el carácter privativo del crédito, dado que el carácter ganancial se mantiene, en tanto no se pruebe que los bienes pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges.

Conforme a los artículos 16 y 540 LEC corresponde al letrado de la Administración de Justicia, una vez acreditado el fallecimiento y la sucesión, tener por personado a quien deba ocupar el lugar del causante en el procedimiento.

Como dijo la Resolución de 23 octubre 2014 no cabe confundir el pago efectuado por un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación, por el que se presume la existencia de subrogación por determinación legal (art. 1210 del CC), con la facultad de subrogarse en los derechos del actor reconocida en el artículo 659.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a favor únicamente de titulares de derechos posteriores inscritos, solo hasta donde alcance el importe satisfecho,

y dentro del límite de responsabilidad que resulte del Registro. Esta subrogación es un supuesto específico, de carácter forzoso para el ejecutante. En cualquier caso, la forma de hacer constar en el Registro el pago y la subrogación según el citado artículo es el acta notarial de entrega de las cantidades indicadas, por lo que parece que la intervención del ejecutante, resulta necesaria para recibir las sumas aseguradas con la anotación.

Resolución de 21-9-2021
BOE 18-10-2021
Registro de la Propiedad de Gérgal.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Conforme a la nueva redacción del artículo 205 de la Ley Hipotecaria resaltan dos requisitos, uno relativo a la forma documental y otro al momento temporal, exigidos para acreditar que el otorgante de ese título público traslativo hubiera adquirido su derecho con anterioridad. En cuanto a la forma documental (que es lo que se plantea en este recurso), para acreditar la previa adquisición 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. La redacción del artículo 205 no deja lugar a interpretaciones pues dispone claramente que la acreditación de la previa adquisición del transmitente debe realizarse también mediante título público».

Y es evidente que la mera manifestación de que el causante y transmitente adquirió la finca por usucapión no cumple el requisito de que el transmitente, en este caso el causante de la herencia «acredite haber adquirido la propiedad (...) también mediante título público». Como tampoco lo cumple la simple remisión a datos y antecedentes catastrales. Cuestión distinta sería, por ejemplo, que esa supuesta adquisición previa por usucapión, en lugar de ser una mera manifestación del interesado y favorecido por ella, constara acreditada y declarada en sentencia judicial, la cual sí que sería un título público previo a los efectos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

El hecho de que la adjudicación hereditaria se haya formalizado en dos escrituras públicas, una inicial de aceptación de herencia y adjudicación de determinadas fincas, y otra posterior para adicionar y adjudicar otra finca distinta que fue inicialmente omitida, no significa como pretende la recurrente que existan dos documentos públicos que cumplan los requisitos del artículo 205, pues esos dos documentos no acreditan, como exige el citado artículo, dos transmisiones sucesivas, sino que se refieren a una misma y única transmisión hereditaria del causante y testador a favor de su viuda y heredera.

Resolución de 21-9-2021
BOE 18-10-2021
Registro de la Propiedad de Archena.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: TÉCNICO COMPETENTE.

Parece claro que la registradora está fundamentando por qué considera no acreditadas las facultades del técnico que expide la certificación en el momento

de su expedición, y de hecho así parece reconocerlo la notaria recurrente cuando en su escrito de recurso argumenta en contra de esta interpretación de la registradora. En consecuencia, existe una motivación suficiente de la nota de calificación frente a la alegación de la recurrente.

En este sentido, el artículo 55 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que aprueba las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, bajo la rúbrica «calificación registral», establece una norma específica de control por parte del registrador de la propiedad de los requisitos de inscripción de las declaraciones de obras.

Dentro de los requisitos que para la inscripción de las obras antiguas exigen tanto el citado apartado 4 del artículo 28 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana como el artículo 52.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, figura la acreditación de la existencia de la obra descrita, la terminación de dicha obra en fecha determinada y su descripción coincidente con la del título, a través de cualquiera de los medios que dichos preceptos señalan. Entre los distintos supuestos por los que se puede acreditar la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título, se recoge al técnico competente.

En el supuesto de este expediente nos encontramos exactamente con el supuesto recogido en el apartado 3 del artículo 50 del Real Decreto 1093/1997, al señalar que podrá certificar como técnico competente «cualquier otro técnico, que mediante certificación de su colegio profesional respectivo, acredite que tiene facultades suficientes».

Esta Dirección General, en Resolución de 16 de junio de 2020 relativa a un caso análogo al presente, puso de relieve que el requisito del visado «no viene exigido para la inscripción de la obra nueva por el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, respecto de ese cualquier otro técnico que no sea de los comprendidos en los números 1, 2 y 4 del artículo 50, siempre que, como acontece en el supuesto analizado en el presente recurso, se acredite mediante certificación de su colegio profesional respectivo que tiene facultades suficientes para expedir el certificado sobre la fecha de finalización de la construcción u obra de que se trate y la descripción de esta»; acreditación esta que en dicho supuesto consistió en la aportación de los siguientes documentos: certificado de colegiación en el Colegio Oficial de Arquitectos, certificado de su título oficial de arquitecto superior y carnet de arquitecto colegiado. Habiéndose aportado certificado del colegio profesional acreditando su condición de arquitecto colegiado, dicho documento debe considerarse como título legitimador, en tanto no conste ninguna otra circunstancia que lo desvirtúe.

Resolución de 21-9-2021

BOE 18-10-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 2.

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.

Constando presentada anteriormente una copia autorizada electrónica del acta inicial, la cual dio lugar a la expedición de certificación al inicio del procedimiento, no es preciso ahora exigir una nueva presentación de la misma, cuando dicha copia electrónica obra en el Registro.

Como ya ha señalado este Centro Directivo, el último párrafo del artículo 285 del Reglamento Hipotecario dispone que «no se podrá exigir al promotor del expediente que determine ni justifique las transmisiones operadas desde la última inscripción hasta la adquisición de su derecho». Si bien dicho precepto resulta aplicable al expediente de dominio judicial anterior a la reforma operada por la Ley 13/2015, la doctrina de este Centro Directivo resulta igualmente aplicable al nuevo expediente notarial.

Debe partirse de la consideración del expediente de reanudación del tracto como un expediente notarial que permite la inscripción de un documento público excepcionando la norma de la necesaria consecución de titularidades y títulos formales, que establece con carácter general el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, cuando se den determinadas circunstancias que hagan evidente la interrupción en la titulación auténtica y suficiente entre el promotor del mismo y el titular registral, existiendo una clara imposibilidad de obtención del o de los títulos ausentes. Es esta consideración a la imposibilidad de obtener una titulación adecuada la que determina que sea improcedente pretender, como hace la registradora en su calificación, que el título adquisitivo aportado al procedimiento de reanudación del tracto reúna los mismos requisitos que se exigirían si pretendiera acceder directamente al Registro, por lo que el recurso debe estimarse en este punto.

En segundo lugar, cuestiona el carácter de la adquisición, negando la registradora que pueda ser privativa según se pretende en el título. Sin embargo, las consideraciones de la registradora sobre este extremo que atienden a la fecha fehaciente del título en relación con la del matrimonio del promotor, no pueden compartirse, toda vez que decaen al figurar incorporada al acta final testimonio de escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por el promotor y su cónyuge en fecha 14 de marzo de 2017 en la que se reconoce expresamente el carácter privativo de esta concreta adquisición.

Por último, opone como defecto la falta de acreditación del pago del precio, el cual consta en parte aplazado según el documento privado de compraventa. En cuanto a esta cuestión, la calificación no puede mantenerse ya que se refiere únicamente a la cuestión del cumplimiento de las prestaciones del contrato de compraventa, lo que es una circunstancia que recae en el plano meramente obligatorio, no afecta a la transmisión del dominio y por tanto es completamente ajena a la inscripción del documento (cfr. art. 98 de la Ley Hipotecaria).

Como dispone la regla segunda del artículo 208, el interesado debe aportar «junto con los documentos que acrediten su adquisición, aquellos otros de los que disponga que justifiquen la adquisición de los titulares intermedios de los que traiga causa y cualesquiera otros que considere oportuno para justificar su petición». De esta norma no puede colegirse que necesariamente deban aportarse documentos que acrediten una posesión pacífica por un tiempo determinado (pago de recibos), como se indica en la calificación recurrida. En el presente caso, aportándose documento privado acreditativo de la adquisición del promotor, se estima suficientemente cumplida la exigencia del precepto.

En el caso que nos ocupa, según resulta del acta inicial, sin que la certificación registral incorporada lo contradiga, la inscripción tiene más de treinta años de antigüedad. Como ha reiterado esta Dirección General (cfr. «Vistos»), el tenor literal de esta regla cuarta debe entenderse necesariamente relacionado con el número cuarto que le precede y considerarse solo referido a la conclusión por incomparecencia de titulares registrales o herederos de los mismos cuya inscripción tenga menos de treinta años de antigüedad y hayan sido citados personalmente (o en los casos, también expresados en el mismo número, en los que se hubiese

practicado con posterioridad, dentro de dicho plazo, algún otro asiento), así como a la conclusión por la comparecencia con oposición de cualesquiera titulares de derechos inscritos, con independencia de la antigüedad de su asiento. Cuando la última inscripción de dominio o del derecho real cuyo tracto se pretenda reanudar tenga más de treinta años, la citación al titular registral debe ser nominal, pudiendo practicarse, no obstante, por edictos, y respecto de sus herederos la citación, que también puede ser por edictos, solo hace falta que sea nominal, cuando conste su identidad de la documentación aportada.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 21-7-2021
BOE 5-8-2021
Registro Mercantil de Valencia, número IV

AUTOCONTRATACIÓN. CONFLICTO DE INTERESES.

SE REVOCA

Estamos ante un expediente relativo a una escritura de constitución de una sociedad limitada, en la que una de las personas físicas otorgantes interviene en su propio nombre y derecho y, además, como administrador único de una de las dos sociedades fundadoras. Se designa como administrador único a esa misma persona física. El registrador suspende la inscripción por considerar que dicho otorgante incide en un supuesto de autocontratación, además, indica en su escrito de denegación que el hecho de que se proceda en la escritura de constitución a designarse a sí mismo como administrador de la nueva sociedad creada genera un conflicto de intereses entre representante y representado.

La Dirección General, en relación a las alegaciones del recurrente con respecto a la falta de motivación en la calificación del registrador, indica que aunque la calificación haya sido escueta, cabe la tramitación del expediente y entrar en el fondo del asunto por haber expresado suficientemente la razón.

Por lo que respecta al fondo del asunto, la Dirección General indica que no es lo mismo contemplar la situación de autocontratación, o de doble o múltiple representación, cuando se trate de contratos onerosos con recíprocas obligaciones entre las partes, en los que por su naturaleza hay intereses contrapuestos, que cuando se trate de contratos asociativos, en los que concurren declaraciones convergentes para consecución de un fin común. En definitiva, el propio concepto de negocio societario excluye la confrontación de intereses de las partes que lo celebran, al concurrir una causa negocial común orientada a la consecución del fin social.

En el supuesto de un caso concreto de conflicto de intereses entre representante y representado o entre varias personas representadas por un mismo

represente, porque se antepongan los intereses de alguno de ellos a los de los otros, deberá determinarse y concretarse dicho conflicto, pero no cabe deducir automáticamente la existencia de un conflicto de intereses por el mero hecho de que uno de los socios fundadores fuera una persona jurídica y hubiera sido representada por la persona física que también otorga la escritura como socio fundador.

Debido a todo lo anteriormente expuesto y para el caso concreto que nos ocupa se debe aplicar el criterio de la Resolución de 14 de mayo de 1998 con la consecuencia de que, el hecho de que el representante de una de las sociedades fundadoras sea también parte en el contrato como socio fundador, en modo alguno supone un riesgo para la representada, debido a que el nombramiento de administrador forma parte del contenido negocial en el que no puede apreciarse de entrada un riesgo para la sociedad representada desde el momento en que no tiene el carácter de pacto contractual irrevocable, sino que forma parte de su contenido organizativo que queda supeditado a la voluntad social a través de los acuerdos de la junta general, que podrá modificarlo en cualquier momento.

Resolución de 28-7-2021

BOE 6-8-2021

Registro Mercantil de Madrid, número XVII

MAYORÍAS IMPERATIVAS DE ADOPCIÓN DE ACUERDOS EN JUNTA GENERAL. APLAZAMIENTO DEL PAGO DEL PRECIO EN TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES IMPUESTA POR LOS ESTATUTOS.

SE CONFIRMA PARCIALMENTE

Estamos ante un expediente relativo a una escritura por la que se elevaban a público los acuerdos adoptados por unanimidad en junta general universal de una sociedad limitada por los que se modifican los estatutos sociales en dos aspectos, las mayorías de adopción de acuerdos en junta general y el régimen de transmisión de participaciones sociales, así como la exclusión de los socios.

En cuanto al primero de los defectos —mayorías de adopción de acuerdos en junta general—, según doctrina de la Dirección General la sociedad de responsabilidad limitada se caracteriza por ser un tipo de sociedad «híbrido» en el que pueden convivir elementos personalistas y elementos capitalistas. Asimismo, se caracterizan por la flexibilidad del régimen jurídico, a fin de que la autonomía de la voluntad de los socios tenga la posibilidad de adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias. Por ello, al imprescindible mínimo imperativo se añade así un amplio conjunto de normas supletorias de la voluntad privada que los socios pueden derogar mediante las oportunas previsiones estatutarias.

Consecuencia de lo anterior, una sociedad de responsabilidad limitada se muestra en la configuración legal del principio mayoritario en la adopción de acuerdos de la junta general, en tanto se establece un sistema de mayorías de decisión por referencia al capital social. Además se fijan unas mayorías mínimas, ordinaria y reforzadas. Por otro lado, desde el punto de vista de la flexibilidad del régimen legal se debe admitir aquellas disposiciones estatutarias que exijan para la adopción de acuerdos de la junta general una mayoría estatutaria reforzada siempre dentro del límite de lo regulado en la normativa vigente.

En el punto objeto del recurso, se puede establecer una mayoría reforzada pero siempre que no rebase el límite legal y que no afecte al acuerdo de ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores. Lo mismo ocurre con el acuerdo de disolución, pues el acuerdo puramente voluntario y discrecional de disolución que adopte la junta general puede ser condicionado por los estatutos a la concurrencia de una concreta mayoría reforzada, pero no así los acuerdos que consisten en una mera constatación o corroboración de la existencia de una causa legal de disolución siempre susceptible de ser declarada subsidiariamente por resolución judicial.

En cuanto al segundo defecto, relativo a la regulación de los estatutos sobre el régimen de la transmisión de participaciones sociales, y concretamente respecto de la obligación de transmitir a determinados socios así como la exclusión del socio que incumpla dicha obligación, rechaza que el pago del precio de adquisición de las participaciones sociales en el supuesto de transmisión obligatoria pueda ser aplazado como máximo un año desde el día del otorgamiento de la escritura de transmisión.

En el caso que nos ocupa es determinante el hecho de que la cláusula debatida establece una obligación de transmisión de participaciones sociales que, en realidad, es consecuencia del derecho de adquisición preferente que sobre la totalidad de las participaciones sociales restantes de la sociedad se atribuye al socio que llegue a ser titular de un determinado porcentaje del capital social, de suerte que se enmarca en el ámbito de las transmisiones voluntarias por actos «inter vivos» y no en el campo de las transmisiones forzosas. Es por esta condición que no pueden trasladarse las consecuencias que derivarían de la aplicación indiscriminada del régimen de exclusión de socios. Está justificado que en caso de incumplimiento de la obligación de transmitir sus participaciones sociales se imponga, estatutariamente y con el consentimiento de todos los socios, como sanción la exclusión del socio incumplidor en las mismas condiciones a la hora de reembolsarle el valor de las participaciones que se habrían transmitido de haber cumplido aquella obligación. En supuestos en que existe justificación análoga, la Dirección General ha admitido que para el caso de incumplimiento de la obligación de formalizar la transmisión consecuencia de un derecho estatutario de tanteo se establezca una cláusula penal. Por ello, en este caso la cláusula por la que se impone al socio incumplidor el aplazamiento durante un año, no rebasa los límites generales a la autonomía de la voluntad y establece un sistema que no perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea insalvable.

Resolución de 28-7-2021.

BOE 6-8-2021

Registro Mercantil de Valencia, número I

CALIFICACIÓN: SE LIMITA A DOCUMENTOS CON ASIEN TO VIGENTE. ARTÍCULOS 17 Y 18 LH. DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS: MAYORÍA LEGAL DE UN TERCIO.

SE REVOCA

Estamos ante un expediente consecuencia de una escritura por la que se formalizan acuerdos adoptados en junta genera de una sociedad limitada por los

que se disuelve, se cesa al administrador único y se nombran dos liquidadores solidarios. La convocatoria de la junta fue realizada por el consejo de administración y los acuerdos fueron aprobados con el voto favorable de 2 socios (66,6% del capital social) y uno en contra (33,40 % del capital).

El registrador califica dos defectos, en primer lugar considera que el acuerdo de convocatoria de la junta general fue adoptado por un consejo de administración deficitario. Concretamente señala que dos han cesado y otro más dimitió según escritura de 7 de octubre de 2020. El recurrente alega que no es deficitario por estar representado por 4 miembros —uno más de los 3 que como mínimo exigen los estatutos— de los 6, porque los otros 2 habían cesado. Del historial registral resulta acreditada la situación de que figura inscrito el cese de dos de los seis consejeros. Sin embargo la escritura en relación a la dimisión del tercer consejero que alega el registrador no figura con asiento de presentación vigente en el Registro. Según doctrina de la Dirección General el registrador para calificar solo puede tener en cuenta los títulos presentados con asiento de presentación vigente y no aquellos cuyo asiento de presentación ha caducado.

En cuanto al segundo de los defectos expresados en la calificación radica en que no se cumple el quórum fijado en el artículo 13 de los Estatutos Sociales para disolver la sociedad, que exige el 73%. El recurrente alega que al existir pérdidas que han dejado reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social —conforme a las cuentas anuales aprobadas por la misma junta general— la sociedad incurrió en causa legal de disolución obligatoria y por ello se adoptó el referido acuerdo. En el caso que nos ocupa estamos ante una causa legal de disolución, concretamente la existencia de pérdidas —artículos 362 y 363.1 LS—, por lo que según el artículo 364 de la misma ley es necesario únicamente que tal acuerdo sea adoptado por la junta general con la mayoría ordinaria establecida en el artículo 198. El acuerdo de disolución adoptado por la junta no es sino un acto debido consecuencia de la situación de pérdidas, es decir, es una causa legal obligatoria de disolución.

Resolución de 29-7-2021.

BOE 11-8-2021

Registro Mercantil Central, número III

REGISTRO MERCANTIL CENTRAL. RECURSO GUBERNATIVO: ES ADMISIBLE AUNQUE NO HAYA NOTA FORMAL DE CALIFICACIÓN. DENOMINACIONES SOCIALES. SEMEJANZA DE DENOMINACIONES.

SE CONFIRMA

Solicitada del Registro Mercantil Central certificación negativa respecto de la denominación «Aitzi, Sociedad Limitada», recibió certificación positiva por considerar el registrador que existe identidad entre ella y las denominaciones ya existentes «Aitzi, Sociedad Anónima», «Aici, Sociedad Anónima» y «Achi, Sociedad Anónima» conforme a lo establecido en el artículo 408.1 RRM.

Con carácter previo se aclara que aunque en este caso no existe propiamente nota de calificación en sentido formal, es doctrina de este Centro Directivo que exigencias del principio de economía procesal imponen admitir el recurso interpuesto cuando, aun no habiéndose formalmente extendido

nota de calificación formal, no haya duda sobre la autenticidad de la calificación que se impugna (*vid.* las Resoluciones de 24 de enero de 2018 y 4 de septiembre de 2019, entre otras muchas). El carácter esquemático de las certificaciones expedidas por el Registro Mercantil Central en las que «exclusivamente» constará si la denominación figura ya registrada, junto con la cita de los preceptos legales en que se base la calificación desfavorable (art. 409 del Reglamento del Registro Mercantil), impone que el interesado pueda solicitar una nota de calificación en la que se fundamenten de modo más amplio los motivos de la denegación (*vid.* Resolución de 5 de mayo de 2015), pero no impide que el interesado, si lo desea, ejercite desde ese momento y con sujeción a las reglas generales el conjunto de derechos de impugnación que el ordenamiento le reconoce.

Como tiene ya declarado la Dirección General la atribución de personalidad jurídica a las sociedades mercantiles, al igual que ocurre con otras entidades a las que también se les reconoce aquella, impone la necesidad de asignarles un nombre que las identifique en el tráfico jurídico como sujetos de derecho (art. 23.a) de la Ley de Sociedades de Capital), que se erigen en centro de imputación de derechos y obligaciones. Esa función identificadora exige, lógicamente, que la atribución del nombre se produzca con carácter exclusivo, para evitar que quede desvirtuada si el mismo se asigna a dos entidades diferentes. Por esta razón, en el Derecho societario y las leyes se consagra ese principio de exclusividad por la vía negativa, al prohibir que cualquier sociedad ostente una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente (art. 7 de la Ley de Sociedades de Capital, y artículo 407 del Reglamento del Registro Mercantil).

La identidad de denominaciones no se constriñe al supuesto de coincidencia total y absoluta entre ellas, fenómeno fácilmente detectable, sino que se proyecta a otros casos, no siempre fáciles de precisar, en los que la presencia de algunos elementos coincidentes puede inducir a error sobre la identidad de sociedades. Debe, pues, interpretarse el concepto de identidad a partir de la finalidad de la norma que la prohíbe, que no es otra que la de evitar la confusión en la denominación de las compañías mercantiles. Por eso, como tiene declarado la Dirección General en materia de denominaciones sociales el concepto de identidad debe considerarse ampliado a lo que se llama «cuasi identidad» o «identidad sustancial».

La afirmación anterior exige precisar qué se entiende por identidad más allá del supuesto de coincidencia plena o coincidencia textual, es decir qué se reputa como identidad sustancial, entendida como el nivel de aproximación objetiva, semántica, conceptual o fonética que conduzca objetivamente a confusión entre la denominación que se pretende inscribir y otra cuya sustancial proximidad impida a la primera ser un vehículo identificador.

Para resolver la cuestión concreta que se plantea en este recurso debe confirmarse la calificación impugnada, toda vez que aun cuando existen mínimas diferencias gramaticales, la semejanza gráfica y también fonética entre los términos de las denominaciones «Aitz, Sociedad Anónima», «Aici, Sociedad Anónima» y «Achi, Sociedad Anónima» tienen como resultado que la denominación solicitada incurra en el supuesto de identidad contemplado en el artículo 408.1.3ª RRM.

Resolución de 29-7-2021.

BOE 11-8-2021

Registro Mercantil de Madrid, número V

BAJA PROVISIONAL EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES AEAT. CIERRE POR FALTA DE DEPÓSITO DE LAS CUENTAS ANUALES. REVOCACIÓN DEL CIF DE LA SOCIEDAD.

SE CONFIRMA

Estamos ante una escritura por la que se elevan a público los acuerdos de la junta general de una sociedad limitada por los que se cesaba a la administradora única y se nombraba un administrador único de dicha sociedad.

El registrador en su calificación alega que la sociedad figura dada de baja provisional en el Índice de Entidades del Ministerio de Hacienda. Además, la hoja de la sociedad se encuentra cerrada de conformidad con el artículo 378 RRM por falta de depósito de las cuentas anuales correspondientes. Y, finalmente, la sociedad figura con el CIF revocado según mandamiento de revocación remitido a este Registro por la Agencia Tributaria.

El recurso que se plantea es en cuanto a que se haga constar en el Registro Mercantil el cese de la ahora recurrente como administradora única de dicha sociedad, por considerar esta que es una de las excepciones expresamente incluidas en el artículo 378.1 RRM.

Es cierto que si el cierre registral estuviera motivado solo por el incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas anuales —artículo 282 LSC, artículo 378.1 y la disposición transitoria quinta del RRM, resultaría que procedería la inscripción del cese de la administradora, como afirma la recurrente.

En el caso que nos ocupa no es posible la inscripción de cese porque además del incumplimiento de depositar las cuentas anuales la sociedad se encuentra con el cierre registral consecuencia de la baja provisional de la sociedad en el Índice de Entidades de la AEAT, que conforme a la doctrina de la Dirección General produce un cierre registral que tan solo queda excluida la certificación de alta en dicho Índice, por lo que producido tal cierre no cabe la inscripción que pretende la recurrente del cese de la administradora.

En cuanto al tercer defecto, es decir la sociedad figura con el CIF revocado, provoca el cierre total de la hoja social igual que en el supuesto de la baja provisional en el Índice de Entidades de AEAT sin perjuicio de que la práctica de cada una de estas notas marginales así como su cancelación se practique en virtud de títulos distintos.

Resolución de 2- 9-2021

BOE 14-10-2021

Registro Mercantil de Madrid, número VI

BAJA PROVISIONAL EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES AEAT. CIERRE POR FALTA DE DEPÓSITO DE LAS CUENTAS ANUALES

SE CONFIRMA

Estamos ante un expediente relativo a una escritura por la que se elevaban a público los acuerdos adoptados en junta general de una sociedad limitada por

los que se acuerda la disolución de esta, se aceptó la dimisión del administrador único y se nombró un liquidador.

La registradora alega en su calificación que la sociedad está cerrada por haber sido dada de baja provisional en el Índice de Entidades del Ministerio de Hacienda con fecha 3 de octubre de 2014. El recurrente manifiesta que no le consta dicha baja.

El recurso no puede prosperar debido a que entre las excepciones a la norma de cierre por baja provisional en el Índice de Entidades no se encuentran la dimisión de administradores, la disolución de la sociedad ni el nombramiento de liquidador. Practicada la nota marginal, produce todos sus efectos sin poder alegar el recurrente su desconocimiento a este respecto.

La Dirección General ha insistido que no se puede confundir las consecuencias de este cierre registral provocado en el ámbito de las obligaciones de naturaleza fiscal con las del cierre que se deriva de la falta de depósito de cuentas anuales (art. 282 LSC y art. 378 y DT5ª RRM) respecto del cual se admite expresamente como excepción la inscripción del cese o la dimisión de administradores, aunque no el nombramiento de quienes hayan de sustituirles en dicho cargo.

La distinta solución normativa respecto de los efectos del cierre registral por falta de depósitos de cuentas y por baja en el Índice de en relación con el cese y renuncia de administradores, está plenamente justificada, dado que en el segundo caso se produce por un incumplimiento de obligaciones fiscales por parte de la sociedad, acreditado por certificación de la Administración Tributaria, de las que puede responder el administrador, por lo que no debe facilitarse su desvinculación frente a terceros.

**ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES**

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Extinción de la pensión de alimentos por ruptura unilateral, voluntaria y sostenida del hijo hacia el progenitor

Extinction of food pension due to unilateral, voluntary and sustained breakage of the child towards the parent

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE*
Profesora titular de Derecho civil. UCM

RESUMEN: El deber de los padres de sufragar los gastos de crianza y educación del hijo mayor de edad solo puede darse cuando el hijo que no ha terminado su formación mantenga una actitud diligente, porque de lo contrario deja de ser razonable exigir a los padres sufragar sus gastos. El Tribunal Supremo acepta la extinción de la pensión de alimentos de un progenitor para con hijos mayores de edad, por ausencia continuada de relación de estos hacia aquel, por causa principal, relevante e intensa imputable al alimentista, haciendo hincapié en la necesaria prueba rigurosa y restrictiva de la falta de relación manifiesta y de que esta sea imputable, de modo principal, y relevante, al hijo.

ABSTRACT. The parents' duty to defray the costs of raising and educating the child of legal age can only occur when the child who has not completed his / her education maintains a diligent attitude, because otherwise it is no longer reasonable to require the parents to defray his expenses. The Supreme Court accepts the extinc-

* 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.

tion of the maintenance of a parent with children of legal age, due to the continued absence of a relationship between them, for the main, relevant and intense cause attributable to the obligee, emphasizing the necessary rigorous proof and restrictive of the manifest lack of relationship and that this is attributable, in a main and relevant way, to the child.

PALABRAS CLAVE: Pensión de alimentos. Extinción. Nula relación entre padre e hijo. Mayor de edad.

KEY WORDS: *Alimony. Extinction. No relationship between father and son. Adult.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO DE ALIMENTOS Y SU EXTINCIÓN.—III. REQUISITOS JURISPRUDENCIALES EXIGIDOS PARA ACORDAR LA EXTINCIÓN DE ALIMENTOS POR NULA RELACIÓN.—IV. LA FALTA DE RELACIÓN IMPUTABLE A LOS DOS: PADRE E HIJO.—V. LA FALTA DE RELACIÓN IMPUTABLE AL HIJO: ACCIÓN INJUSTIFICADA DEL HIJO.—VI. LA NULA RELACION ENTRE PADRE E HIJO Y EL CAMBIO DEL ORDEN DE LOS APELLIDOS.—VII. LA NECESARIA PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS: FINALIZAR UN CICLO FORMATIVO ES RAZÓN SUFICIENTE PARA EXTINGUIR LA PENSIÓN DE ALIMENTOS DEL HIJO MAYOR DE EDAD.—VIII. EXTINGUIDA LA PENSIÓN DE ALIMENTOS DE LA HIJA MAYOR DE EDAD QUE DENUNCIÓ A SU PROPIA MADRE.—IX. NO SE EXTINGUE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS PARA EL HIJO QUE CUIDÓ DE SU MADRE ENFERMA SIN AYUDA PATERNA.—X. CONCLUSIONES.—XI. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—XII. LEGISLACIÓN CITADA.—XIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En años anteriores hemos recogido la jurisprudencia de la Sala Primera en algún comentario, en los que se indica con claridad que *el deber de los padres de sufragar los gastos de crianza y educación del hijo mayor de edad solo puede darse cuando el hijo que no ha terminado su formación mantenga una actitud diligente, porque de lo contrario deja de ser razonable exigir a los padres sufragar sus gastos.*

También expusimos como la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2015¹ que recoge la doctrina de las Sentencias de 8 de noviembre de 2012² y de 17 de junio de 2015³, afirmó que *conforme al artículo 142 del Código civil han de abonarse alimentos a los hijos mayores de edad mientras dure su formación y su prolongación no pueda serles imputable por desidia o falta de aprovechamiento.*

Por otro lado, la STS de 28 de octubre 2015 recuerda que *los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que los hijos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo* (recogiendo la doctrina emanada de la Sentencia de 5 de noviembre 2008⁴).

En resumen, hasta ahora se sigue una misma línea jurisprudencial, que claramente acuerda que *a los hijos se les exige que presten la debida diligencia en el*

aprovechamiento de los estudios pues lo contrario sería, también según expresa el Tribunal Supremo «favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un parasitismo social» palabras textuales indicadas en la STS de 1 de marzo de 2001⁵.

Si a principios de siglo esta sentencia de 2001 establecía que para la obtención de la pensión de alimentos era exigible al hijo un buen comportamiento en los estudios, como conducta proactiva para la búsqueda de un trabajo en el futuro⁶, vamos a ver que la conducta social está modificándose a pasos agigantados, y se da la vuelta al fundamento de la pensión de alimentos, focalizándose el hecho de mantener una ruptura en la relaciones paternofiliales independientemente de que si con ello se produce la extinción del derecho de alimentos, y ello aparte del buen comportamiento del hijo en sus estudios.

Por eso, resulta necesario y conveniente volver a analizar *este tema de la extinción de alimentos del hijo mayor de edad*, generalmente en un procedimiento de modificación de medidas, pero añadiendo una cuestión específica más, que hace cambiar el criterio de la jurisprudencia.

Cuestión que traemos hoy a colación porque se centra en la *nula relación entre padre e hijo*, achacado al hijo para la extinción de la pensión económica por parte del progenitor, cuestión ya tratada por nosotros en esta sede (comentario realizado en 2019)⁷.

El Tribunal Supremo acepta la extinción de la pensión de alimentos de un progenitor para con hijos mayores de edad, por ausencia continuada de relación de estos hacia aquel, por causa principal, relevante e intensa imputable al alimentista, haciendo hincapié en la necesaria prueba rigurosa y restrictiva de la falta de relación manifiesta y de que esta sea imputable, de modo principal, y relevante, al hijo. Carencia absoluta de relación padre-hijo que debe probarse con firmeza y que dicha situación continuada de falta de contacto o relación sea imputable exclusivamente al hijo mayor de edad.

II. EL DERECHO DE ALIMENTOS Y SU EXTINCIÓN

La extinción de la pensión de alimentos es una de las cuestiones más controvertidas que se plantean en los procedimientos de modificación de medidas surgidos tras el divorcio, separación o nulidad cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad. La adquisición de la plena capacidad de obrar a los dieciocho años, conlleva la extinción de la patria potestad y el fin de la representación legal de los padres, pero no el *deber de prestar alimentos* a sus hijos, al menos no de forma automática.

La jurisprudencia ha ido concretando en qué casos y ante qué circunstancias se puede poner fin a la obligación de los progenitores de prestar alimentos a sus hijos, estableciendo una doctrina que ha ido evolucionando para adaptarse a la realidad social imperante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.1 Código civil.

Debemos recordar que el Código regula esta obligación legal, basada en la *solidaridad* que debe existir entre los miembros de la familia más cercanos, en los artículos 142 a 153 (título VI del libro I). Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica (art. 142.1).

Se *caracteriza* por su reciprocidad, por ser personalísima, por ser imperativa, por su variabilidad, y por las peculiaridades patrimoniales que derivan de su función o naturaleza.

La *reciprocidad* consiste en que, según las circunstancias, puede convertir en deudor o acreedor a cualquiera de los sujetos comprendidos en las relaciones familiares a las que se aplica: en su caso cualquiera de los cónyuges frente al otro, los padres frente a los hijos o los hijos frente a los padres, los abuelos frente a los nietos o los nietos frente a los abuelos, un hermano frente al otro y viceversa.

El fundamento del derecho de alimentos, en general, se centra en la *solidaridad* pero en el derecho de alimentos entre padres e hijos hay algo más. Tras haber iniciado su andadura el hijo en la mayoría de edad y salir de la patria potestad, es necesario un apoyo (esto es, según la segunda acepción de la RAE, una protección, auxilio o favor). Máxime en los tiempos que corren en los que a los 18 años no se han terminado los estudios y no es posible o es bastante difícil entrar en el mercado de trabajo, y eso sin hablar de la infantilización de la sociedad... Realmente la *naturaleza personalísima* de esta obligación legal implica no solo que se extingue por muerte del alimentista, puesto que con ella *desaparece la necesidad* que se pretende atender (desaparece la función de la obligación), sino también por muerte del alimentante u obligado, puesto que no es exigible a sus herederos la misma solidaridad familiar en que se basa la obligación.

La Sentencia 184/2001, de 1 de marzo ya había dicho que «la obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar y que tiene su fundamento constitucional en el artículo 39-1 CE», así como que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3-1 del Código civil, las normas se interpretarán atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

Con esta nueva jurisprudencia se está dando un cambio al fundamento y a la función del derecho de alimentos. Pues, aunque exista la necesidad del derecho del alimentista, si hay una nula relación o se realizan actos que atestigüen la ruptura (cambio de apellidos, no querer saber nada del progenitor) se extingue la pensión de alimentos. Y eso, aun cuando el artículo 152 del Código civil que trata las causas de extinción del derecho de alimentos, no contempla la ausencia de relaciones paternofiliales no se contempla expresamente como motivo tasado, ni se formula en ningún otro precepto. Aunque la doctrina nunca ha considerado que las causas establecidas se correspondan con un *numerus clausus*.

Y ello porque como hemos señalado en la introducción, hay que tener en cuenta *la realidad social, el signo cultural y los valores del momento en que se producen*.

Según la SAP de La Coruña, *no resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que estas comportan, pueda verse beneficiado por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales*.

III. REQUISITOS JURISPRUDENCIALES EXIGIDOS PARA ACORDAR LA EXTINCIÓN DE ALIMENTOS POR NULA RELACIÓN

En todas las sentencias analizadas *se busca la extinción de la pensión de alimentos*, (o subsidiariamente solicitándose la reducción de dicha pensión por modificación de la capacidad económica de las partes) siempre basándose en las siguientes premisas:

1.º Inexistencia de relación entre el progenitor y el hijo. Desapego entre ambos.

2.º Ausencia de interés del hijo en continuar con dicha relación (Incluso se cambia el orden de apellidos...). Ausencia de voluntad en que dicha situación cambie.

3.º La parte que quiere mantener la pensión (o incluso el hijo) siempre alega que *la falta de relación aludida es debido al comportamiento que el padre ha tenido siempre con el hijo en común*, alegándose subsidiariamente la inexistencia de modificación alguna de la capacidad económica de una y otra parte.

4.º Ausencia de esfuerzo en intentar tener una buena relación con el hijo.

Jurisprudencia que en realidad sigue la doctrina emanada del Tribunal Supremo de la desaparición de *la solidaridad intergeneracional* se debe por haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprobables previstas en la Ley es lícita su privación. Haciendo referencia a la sentencia de desheredación en la que fue ponente Javier ORDUÑA⁸. Aunque teniendo en cuenta que para que se tenga por buena, la causa de la nula relación que extinga la pensión de alimentos, debe quedar probado que la falta de relación manifiesta entre padres e hijos, sobre la que no existe duda, es principalmente relevante e imputable al hijo.

IV. LA FALTA DE RELACIÓN IMPUTABLE A LOS DOS: PADRE E HIJO

En la SAP de Valencia de 10 de mayo de 2021⁹, se desestimó la pretensión del padre de extinguir la pensión alimenticia de su hijo que previamente había sido desestimada en primera instancia, y frente a la cual el progenitor fundamenta su recurso en incongruencia omisiva de la misma ya que no se pronuncia sobre su *alegación principal* para instar la modificación cual era la *nula relación con su hijo* invocando expresamente la STS de 19 de febrero de 2019.

El padre, alimentante, es quien persigue la cesación de la obligación de prestar alimentos a su hijo mayor de edad, en base a la nula relación personal entre hijo y padre, e imputable únicamente al hijo. Sin embargo, la Sala no participa de que esa falta de relación sea imputable solo al hijo, pues el progenitor tiene su teléfono móvil, lo que facilita la comunicación, y desde el inicio de la ruptura de su matrimonio ya expresó claramente en el convenio que renunciaba a ejercer la patria potestad sobre el mismo, delegando en la progenitora no solo su custodia sino muy especialmente la decisión de cuantas decisiones tuviera que tomar a lo largo de su vida en materia educativa y sanitaria.

Además, en cuanto al pago de la pensión alimenticia no ha sido puntual.

Por estas motivaciones el tribunal entiende que esa *falta de relación es imputable a los dos, y no exclusivamente al hijo*, por lo que no es de aplicación la doctrina emanada de la sentencia ni la doctrina jurisprudencial de la que es expresión la STS de 19 de febrero de 2019, pues para apreciar esa causa de extinción *ha de aparecer probado que la falta de relación manifiesta entre padre e hijos es, de modo principal y relevante, imputable al hijo*.

V. LA FALTA DE RELACIÓN IMPUTABLE AL HIJO: ACCIÓN INJUSTIFICADA DEL HIJO

La SAP de La Coruña de 7 de mayo de 2021¹⁰ concreta que no es la desidia del hijo por formarse lo que va a motivar la extinción de la pensión de alimentos, pues al margen de ser o no mejor estudiante, es cierto que ha procurado

formarse como preparador físico en aquello que constituye también su afición; pero sí concurre un convencimiento sobre su vida y economía independiente, aunque mantenga puntual convivencia en el domicilio de la madre.

Además de la vida y economía independiente, estimamos que también *ha habido una decisión de ruptura unilateral voluntaria y sostenida del hijo mayor de edad* respecto del padre, y en *condiciones que consideramos injustificadas*.

La propia injustificación de la nula relación se deriva de la propia STS de 19 de febrero de 2019 que se fundamentó en que el derecho de alimentos del hijo mayor de edad continuado o sobrevenido a la ‘extinción de la patria potestad conforme al artículo 93.2 del Código civil se apoya fundamentalmente en lo que la doctrina civilista ha denominado «principio de solidaridad familiar» que, a su vez, debe ponerse en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado (art. 152 CC). De este modo, se concluye que el contenido de la obligación de prestar alimentos respecto de los hijos mayores de edad se integra solo por las situaciones de verdadera necesidad y no meramente asimiladas a las de los hijos menores. De ahí precisamente la injustificación de la acción del hijo que rechaza la generosidad de su padre, sus consejos de continuar formándose, simplemente por haber tenido una desavenencia con la compra del coche. El Tribunal entiende que debe interpretarse y valorarse de forma rigurosa y restrictiva la concurrencia y prueba de la causa, esto es, *la falta de relación manifiesta y que esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo*.

VI. LA NULA RELACION ENTRE PADRE E HIJO Y EL CAMBIO DEL ORDEN DE LOS APELLIDOS

Recientemente se han hecho eco los medios de comunicación de una sentencia del *Juzgado de Primera Instancia de Sanlúcar de Barrameda (Cádiz), de 4 de mayo de 2021*, la cual ha extinguido la pensión alimenticia de 1000 euros establecida a favor del hijo de 20 años por la *nula relación con su padre*.

Sentencia que concreta que, de hecho, reflejo de dicha nula relación es que el hijo, al cumplir los 18 años y por voluntad propia, *acudió al Registro Civil para modificar el orden de sus apellidos*, ya que el de su padre «le traía malos recuerdos»¹¹.

En dicha sentencia además se prueba que padre e hijo no mantienen contacto desde hace 9 años y que no hay voluntad alguna por parte del hijo de que dicha situación cambie, no pudiendo achacarse al padre, en modo alguno la inexistencia de dicha relación.

Pues bien, tras aludir a las SSTS de 21 de septiembre¹², de 19 de febrero de 2019¹³, y siguiendo por consiguiente la jurisprudencia emanada de las Audiencias, la juez de Primera Instancia entiende que concurren todos y cada uno de los requisitos que se exigen actualmente para *acordar la extinción de la pensión de alimentos por la nula relación entre padre e hijo*.

VII. LA NECESARIA PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS: FINALIZAR UN CICLO FORMATIVO ES RAZÓN SUFICIENTE PARA EXTINGUIR LA PENSIÓN DE ALIMENTOS DEL HIJO MAYOR DE EDAD

La SAP de Pontevedra ha considerado en una sentencia que haber cursado y terminado con éxito un ciclo de mecánica constituye formación suficiente y

adecuada para que el hijo mayor de edad vea extinguida la pensión de alimentos que recibe de su padre discapacitado y pueda entrar en el mercado laboral¹⁴.

El Tribunal estima oportuno limitar el abono de la pensión alimenticia al periodo de un año, computable a partir de que se notifique el fallo a las partes. La Audiencia impone un límite temporal ¿Por qué? Entiendo que porque la formación recibida sería en palabras de la SAP «suficiente y adecuada» para que el hijo pueda incorporarse al mercado laboral, pero que todavía no se ha incorporado, esto es, para evitar el parasitismo social tras haber cursado los estudios, máxime al ponderar la situación del padre *discapacitado e interno en un centro de beneficencia*.

VIII. EXTINGUIDA LA PENSIÓN DE ALIMENTOS DE LA HIJA MAYOR DE EDAD QUE DENUNCIÓ A SU PROPIA MADRE

La SAP de Zaragoza en su Sentencia de 28 de junio de 2021 ha declarado la extinción de la pensión alimenticia a cargo de la madre para su hija mayor de edad con la que no tenía contacto desde 2017.

La hija próxima a cumplir los 21 años de edad, se marchó del domicilio materno en diciembre de 2017, *interponiendo incluso una denuncia contra su madre*. Desde entonces, la hija no ha vuelto a tener contacto con su madre. La madre desconoce la vida académica de su hija. En este supuesto la Audiencia Provincial de Zaragoza considera acreditado que la hija del matrimonio, desde seis meses antes de cumplir su mayoría de edad, mantiene un claro alejamiento de su madre, sumida en tratamiento psiquiátrico por tales causas. No existe la más mínima prueba de dichas comunicaciones ni de un posible acercamiento, a excepción de un correo electrónico que la hija remitió a su madre en diciembre de 2020, en respuesta a un email enviado por la segunda en noviembre del mismo año.

Resulta evidente que la hija no quiere mantener ningún tipo de relación con su madre, ni en la actualidad ni en un periodo más o menos próximo. En concreto, en palabras de la Audiencia, «es clara la decisión y conducta de la hija en orden a no mantener relación con su madre, con la que no tiene contacto alguno desde hace tres años y medio, a pesar de los esfuerzos de esta última por comunicarse con ella, tiempo prolongado que no permite vislumbrar, por el momento, variación de la situación existente».

Así pues, la SAP entiende que se cumplen los requisitos establecidos por la STS de 2019, y consiguientemente, resulta lícita tal privación, «no resultando equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares pueda beneficiarse de las ventajas de una institución cuyo fundamento son los vínculos parentales».

IX. NO SE EXTINGUE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS PARA EL HIJO QUE CUIDÓ DE SU MADRE ENFERMA SIN AYUDA PATERNA

La SAP de La Coruña, Sección Cuarta, en Sentencia de 4 de marzo de 2021¹⁵ estima el recurso de apelación y declara que no procede extinguir la pensión alimenticia a favor del hijo mayor de edad que ni estudia ni trabaja *debido a la dedicación y cuidado de su madre enferma*.

La propia sentencia señala que cuando el hijo en común era aún menor de edad, «supo reaccionar con madurez ante la grave enfermedad padecida por su madre, a quien asistió personalmente durante todo el tiempo necesario» y «que

tuvo que afrontar sin ayuda paterna». Fundamenta así, la ausencia de la posibilidad de extinción de la pensión de alimentos.

El actor describe a su hijo como un nini, término que se emplea popularmente para referirse a los jóvenes que ni estudian ni trabajan, cuando en realidad dedicó su tiempo al cuidado de la madre que «necesitó la ayuda constante de su hijo, además de la de otros familiares y amigos, hasta el punto de que el Instituto Nacional de la Seguridad Social le reconoció una incapacidad absoluta».

X. CONCLUSIONES

I. La pensión de alimentos debe abonarse mientras subsista la necesidad del alimentista, esto es, del hijo mayor de edad, tras haber finalizado la patria potestad. El deber de los padres de sufragar los gastos de crianza y educación del hijo mayor de edad solo puede darse cuando el hijo que no ha terminado su formación mantenga una actitud diligente, porque de lo contrario deja de ser razonable exigir a los padres sufragar sus gastos.

II. Necesidad de alimentos que puede haberse originado por no haber finalizado sus estudios al haber dedicado tiempo al cuidado de su madre sin la ayuda paterna.

III. La interpretación del alcance de esta necesidad debe ser restrictiva, no cabe mantener indefinidamente en el tiempo el derecho a percibir una pensión de alimentos cuando el hijo ha alcanzado una edad razonable.

IV. El hijo mayor de edad debe finalizar sus estudios e iniciar su camino dentro del mundo laboral a fin de buscar su independencia económica, por ejemplo, al haber terminado su ciclo formativo.

V. La nula relación, la falta de contacto con el progenitor del hijo como prueba de renuncia expresa a las relaciones familiares, o lo que es lo mismo la *ruptura unilateral voluntaria y sostenida del hijo hacia el progenitor*, implica también la renuncia a las ventajas de la pensión de alimentos cuyo fundamento es la solidaridad familiar.

XI.- ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sección Primera. Sentencia de 19 de febrero de 2019. Sentencia: 104/2019. Recurso: 1434/2018. Ponente: EDUARDO BAENA RUIZ. Numroj: STS 502:2019. Ecli: ES:TS:2019:502. TOL7.083.001.
- STS Sección Primera, Sentencia de 21 de septiembre de 2016. Sentencia: 558/2016. Recurso: 3153/2015. Ponente: EDUARDO BAENA RUIZ. Numroj: STS 4101:2016. Ecli: ES:TS:2016:4101. TOL5.829.637.
- STS Sección Primera. Sentencia de 28 de octubre de 2015. Sentencia: 603/2015. Recurso: 2802/2014. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 4439:2015. Ecli: ES:TS:2015:4439. TOL5.544.522.
- STS Sección Primera. Sentencia de 17 de junio de 2015. Número Sentencia: 363/2015 Número Recurso: 2195/2014. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 2963:2015. Ecli: ES:TS:2015:2963. TOL5.199.603.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2015. STS 565/2015. Núm. de Recurso: 2199/2013. Núm. de Resolución: 59/2015. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. ECLI:ES:TS:2015:565. Id Cendoj: 28079110012015100082.

- STS. Sala Primera de los Civil. Sentencia de 8 de noviembre de 2012. Número Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Sentencia: 678/2012 Número Recurso: 1100/2011.TOL2.675.996.
- STS, Sala Primera de lo Civil. Sentencia de 5 de noviembre 2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número Sentencia: 991/2008 Número Recurso: 962/2002. TOL1.401.729.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 184/2001 de 1 de marzo de 2001, Rec. 46/1996. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. (La Ley 3552/2001).
- SAP de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 10 de mayo de 2021. Sentencia: 238/2021 Recurso: 1038/2020. Ponente: María Pilar MANZANA LA-GUARDA. Numroj: SAP V 1812/2021. Ecli: ES:APV:2021:1812. TOL8.539.678.
- SAP de La Coruña. Sección cuarta. Sentencia de 7 de mayo de 2021. Sentencia: 176/2021. Recurso: 203/2021. Ponente: EDUARDO FERNÁNDEZ-CID TREMOYA. Numroj: SAP C 1233/2021. Ecli: ES:APC:2021:1233. TOL8.520.818

XII.- LEGISLACION CITADA

CE (art. 39)
Código civil (arts. 142 y sigs.)

XIII.- BIBLIOGRAFIA

- IGLESIA MONJE, M^a Isabel de la: La nula atención de los hijos hacia sus padres ¿excusa para extinguir el derecho de alimentos de padres a hijos?, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 2987 a 2998.
- MAGRO SERVET, Vicente: Inexistencia de causa para la extinción de la obligación de la pensión alimenticia en los casos de pérdida de afecto del alimentista, en *La ley digital*. (La Ley 9539/2017).
- MENDEZ TOJO, Ramón: Extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: la novedosa STS 104/2019, de 19 de febrero. *La ley digital* (La Ley 7965/2019).

NOTAS

¹ De STS, Sala Primera, Sentencia 28 de octubre de 2015. Número Sentencia: 603/2015 Número Recurso: 2802/2014. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 4439/2015. Ecli: ES:TS:2015:4439. TOL5.544.522.

² STS. Sala Primera de los Civil. Sentencia de 8 de noviembre de 2012. Número Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Sentencia: 678/2012 Número Recurso: 1100/2011. TOL2.675.996.

³ STS Sección Primera. Sentencia de 17 de junio de 2015. Número Sentencia: 363/2015 Número Recurso: 2195/2014. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 2963:2015. Ecli: ES:TS:2015:2963. TOL5.199.603.

⁴ STS, Sala Primera de lo Civil. Sentencia de 5 de noviembre 2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número Sentencia: 991/2008 Número Recurso: 962/2002. TOL1.401.729. Demanda de separación interpuesta por la esposa en reclamación de pensión compensatoria y condena al pago de cargas del matrimonio, incluyendo en este concepto alimentos

a los hijos mayores de edad. La obligación de pagar alimentos a los hijos se extiende hasta que los mismos alcancen suficiencia económica.

⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 184/2001 de 1 de marzo de 2001, Rec. 46/1996. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. (La Ley 3552/2001). Se extingue la obligación alimenticia de los padres cuando los hijos mayores de edad no se encuentran en una situación que pueda definirse como de necesidad. Se dice lo anterior porque dos personas, graduadas universitariamente, con plena capacidad física y mental y que superan los treinta años de edad, no se encuentran, hoy por hoy, y dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedores a una prestación alimentaria; lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un «parasitismo social.»

La STS (Sala 1.ª), n 184/2001, de 1 marzo, por su contenido filosófico y porque establece un criterio claro respecto al límite de la obligación de pago de la pensión de alimentos; esta resolución denegó la pensión a dos hermanas de 26 y 29 años que habían terminado sus carreras, argumentando que concederla significaría favorecer una situación pasiva de lucha por la vida y el parasitismo social. La sentencia considera que dos personas graduadas universitariamente, con plena capacidad física y mental, en una sociedad moderna y de oportunidades, no están en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedoras de una prestación alimentaria.

⁶ STS Sección Primera. Sentencia de 28 de octubre de 2015. Sentencia: 603/2015. Recurso: 2802/2014. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. STS 4439:2015. Ecli: ES:TS:2015:4439. TOL5.544.522.

Esta Sala debe declarar, que quedó constatado en las instancias, que el hijo mayor de edad ha accedido al mercado laboral de forma intermitente desde 2007, que tiene una vivienda en propiedad, que ha abandonado su formación reglada y que no se ha probado la reiniciación de su vida académica, lo que denota pasividad que no puede repercutir negativamente en su padre, por lo que debe estimarse el motivo y dejar sin efecto la pensión alimenticia al infringirse la doctrina jurisprudencial de esta Sala.

Esta Sala en Sentencias 8 de noviembre de 2012, rec. 1100 de 2011 y 17 de junio de 2015, rec. 1162 de 2014, ha declarado conforme al artículo 142 del Código civil que han de abonarse alimentos a los hijos mayores de edad mientras dure su formación y su prolongación no pueda serles imputable por desidia o falta de aprovechamiento.

En el presente caso es hecho acreditado que «no se ha probado una reiniciación de la vida académica de modo serio y determinante». Es más, intentó simularlo a la vista de la contestación a la demanda (FDD 4º de la sentencia del juzgado, no discutido por la Audiencia, que lo denomina «oportunista»).

En cuanto a los alimentos del hijo mayor se deniega por tener 25 años de edad, amplia vida laboral y una vivienda en propiedad, con independencia económica sin haberse acreditado una reiniciación de la vida académica de modo serio y determinante.

⁷ La nula atención de los hijos hacia sus padres ¿excusa para extinguir el derecho de alimentos de padres a hijos?, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, num. 776, 2987 a 2998.

⁸ STS, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2015. STS 565/2015. Núm. de Recurso: 2199/2013. Núm. de Resolución: 59/2015. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. ECLI:ES:TS:2015:565. Id Cendoj: 28079110012015100082.

⁹ SAP de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 10 de mayo de 2021. Sentencia: 238/2021 Recurso: 1038/2020. Ponente: María Pilar MANZANA LAGUARDA. Numroj: SAP V 1812/2021. Ecli: ES:APV:2021:1812. TOL8.539.678.

El supuesto de hecho es el siguiente, el hijo nació en 1995, actualmente está realizando estudios de grado superior y no goza de independencia pese a tener 26 años. El 22 de febrero de 1999 hubo sentencia de separación de mutuo acuerdo en el que se pactó la pensión a favor del hijo en 25.000 pts, cantidad que en la posterior sentencia de divorcio de 6 de octubre de 2000, se rebajó a 18.000 pts. En dicho convenio también se pactó por ambas partes y se adoptó por libre decisión e iniciativa unilateral del progenitor, que las decisiones referentes a la educación del menor y sus cuidados serían tomadas por la madre sin consultar al progenitor, el cual renuncia expresamente al ejercicio de la patria potestad sobre el menor.

¹⁰ SAP de La Coruña. Sección cuarta. Sentencia de 7 de mayo de 2021. Sentencia: 176/2021. Recurso: 203/2021. Ponente: Eduardo FERNANDEZ-CID TREMOYA. Numroj: SAP C 1233/2021. Ecli: ES:APC:2021:1233. TOL8.520.818

El supuesto de hecho es el siguiente: El progenitor presentó demanda de modificación de medidas solicitando la extinción de la pensión de alimentos fijada invocando la mayoría de edad del hijo de casi 23 años de edad al tiempo de esta resolución, y la *nula relación entre padre e hijo por causa que considera imputable a este último*.

La madre defendió que el hijo común no ha accedido aún al mercado laboral y sigue siendo dependiente económicamente, y que la falta de relación entre padre e hijo no es imputable exclusivamente al hijo sino también al padre.

¹¹ La juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Sanlúcar de Barrameda deduce la nula relación entre padre e hijo fundamentándose en la manifestación del hijo en el juicio de que le gustaría tener una relación normal con su padre pero que las situaciones vividas en el pasado se lo impiden (malos tratos proferidos por su padre a su madre cuando él tenía 4 años). Aunque en la exploración del menor nunca se había apreciado ni manifestado por el mismo nada en relación con el supuesto temor que sufría desde que era pequeño. La progenitora nunca ha denunciado hecho alguno ni se ha tenido conocimiento de ningún tipo de indicio que pueda tener relación con lo razonado por el menor en el acto del juicio. Sin embargo, al cumplir los 18 años y por voluntad propia, acudió al Registro Civil para modificar el orden de sus apellidos, razonando en el acto del juicio que su apellido le traía malos recuerdos, haciendo referencia al supuesto suceso de malos tratos vivido en su infancia.

En la misma línea, el hijo alegó sufrir estrés y estar en tratamiento psicológico por todo lo sucedido con su padre, aunque en ningún caso dichos problemas psicológicos que se alegan justificarían por sí solo la inexistencia de la relación en cuestión.

¹² STS Sección Primera, Sentencia de 21 de septiembre de 2016. Sentencia: 558/2016. Recurso: 3153/2015. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Numroj: STS 4101:2016. Ecli: ES:TS:2016:4101. TOL5.829.637. Pensión de alimentos solicitada por la madre, al amparo del artículo 93 del Código civil, en beneficio del hijo mayor de edad que convive con ella. Se deniega por constar que la madre tenía a su alcance facilitar empleo al hijo.

¹³ STS, Sección Primera. Sentencia de 19 de febrero de 2019. Sentencia: 104/2019. Recurso: 1434/2018. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Numroj: STS 502:2019. Ecli: ES:TS:2019:502. TOL7.083.001. Extinción de la pensión alimenticia de un progenitor para con los hijos, por ausencia continuada de relación de estos hacia aquel, por causa principal, relevante e intensa imputable a los alimentistas.

¹⁴ En marzo de 2021, el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Pontevedra desestimó la demanda interpuesta por la representación procesal del padre, rechazando la modificación de medidas adoptadas por el mismo Juzgado en 2014.

En particular, la sentencia desestimó la imposición de un régimen de visitas al hijo común mayor de edad (nacido en el 2001), así como la extinción de la pensión de alimentos (125,00 euros mensuales) que el progenitor abonaba en favor del hijo en común.

Disconforme con lo anterior, la representación procesal del padre interpone ahora recurso de apelación solicitando, entre otros extremos, la extinción de la obligación alimenticia por desafección del alimentista a los efectos previstos en el artículo 152 del Código civil.

¹⁵ El padre presentó demanda de modificación de medidas en la que solicitaba la extinción de la pensión de alimentos de su hijo mayor de edad (23 años), con motivo de que este último había abandonado sus estudios y en base a su desinterés por introducirse en el mercado laboral.

Razona el progenitor que la prestación alimenticia comporta el riesgo de la falta de incentivos en el alimentista. En concreto, con cita de la STS 184/2001, de 1 de marzo, se advierte que mantener tal pensión podría provocar un parasitismo social. En la misma línea, argumenta que, como es sabido, la obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar mientras que en el presente supuesto la solidaridad intergeneracional ha desaparecido.

1.2. Derecho de Familia

La responsabilidad por deudas contraídas por los cónyuges en el régimen económico de separación de bienes

Liability for debts contracted by spouses in the economic regime of separations of assets

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM.

RESUMEN. En el régimen de separación de bienes, a cada cónyuge le pertenecen los bienes que tenga en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título, asimismo, dispone de sus propios recursos (ingresos y rentas) que gasta libremente y administra sus bienes. Dicha libertad de actuación implica, además la responsabilidad por sus propias deudas y no de las contraídas por el otro, salvo que ambos se hubieran obligado solidaria, mancomunada o subsidiariamente, siendo responsables en la forma que se han obligado. Ahora bien, ni la titularidad separada y privativa de los bienes, ni la completa autonomía de cada uno de los cónyuges en la administración y disposición de estos, impide que ambos se obliguen a contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio (arts. 1318 y 1438 del CC). Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en la responsabilidad de los cónyuges por sus deudas y las que se derivan del ejercicio de la potestad doméstica ordinaria y a la extinción del régimen económico del juego de la compensación del trabajo para la casa.

ABSTRACT. *In the regime of separation of assets, each spouse owns the assets that they have at the time of initialization and those that they later acquire by and title, likewise, they have their own resources that they freely spend and administer your asset. However, neither the separate and exclusive ownership of the assets, nor the complete autonomy of each the spouses in the administration and disposition of these prevents both from being obliged to contribute to the lifting of the burdens of marriage (articles 1318 and 1438 of the Code Civil). This study is going to centre on the responsibility of the spouses for the debts and that derived from the exercise of ordinary domestic power and the extinction of the economic regime of the work compensation game for the home.*

PALABRAS CLAVES: Matrimonio. Separación de bienes. Cargas del matrimonio. Deudas de los cónyuges. Titularidad separada de bienes. Extinción del régimen económico. Compensación del trabajo para la casa.

KEY WORDS: *Marriage, separation of property. Marriage charges. Debts of the spouses. Separate ownership of property. Extinction of the economic regime. Compensation of work for the house.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS CONTRAÍDAS EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. DERECHO DE REEMBOLSO O REINTEGRO ENTRE CÓNYUGES.— III. DEUDAS CONTRAÍDAS EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DOMÉSTICA. 3.1. CONCEPTO DE CARGAS DEL MATRIMONIO. 3.2. LAS CARGAS DEL MATRIMONIO EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. 3.3. LA COMPENSACIÓN POR EL TRABAJO DE CASA. EL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el matrimonio, junto a los efectos personales están los llamados efectos patrimoniales, pues, para el cumplimiento de sus fines, el matrimonio requiere un soporte económico; necesita un estatuto regulador de la economía familiar¹. Al conjunto de reglas que disciplinan la economía del matrimonio se denomina régimen económico matrimonial que define MARTÍNEZ DE AGUIRRE como «al conjunto de reglas dirigidas a ordenar jurídicamente las relaciones económicas y patrimoniales de los cónyuges entre sí y respecto de terceros»². LASARTE ÁLVAREZ por su parte, lo conceptúa como «el conjunto de reglas que pretenden afrontar, favoreciendo su resolución, los problemas de índole patrimonial que origine la convivencia matrimonial o la disolución del matrimonio»³. Por otra parte, los regímenes económicos pueden ser muy diversos y como señala LACRUZ BERDEJO no es viable efectuar una clasificación científica de los mismos, en nuestro entorno jurídico (derecho común y derechos forales o especiales), pues, los elementos que han de servir de índice para esa labor son diversos y se pueden mezclar de modo indefinido y arbitrario, por lo que los regímenes económicos son reconducibles básicamente a tres: a) Los llamados regímenes de comunidad, caracterizados por la existencia de una masa de bienes que, es común a los cónyuges y que son, normalmente, empleados para hacer frente a los gastos de la familia; b) Los regímenes de separación que, se caracterizan porque los cónyuges conservan la propiedad de sus bienes. De modo que no hay masa común; y todo ello sin perjuicio de la obligación de los cónyuges de contribuir a los gastos de la familia; y, c) Como sistema intermedio, se sitúan los regímenes de participación caracterizado porque funcionan como un régimen de separación —no hay, por tanto, una masa de bienes común a los cónyuges—, pero se liquidan como un régimen de comunidad; de manera que los cónyuges o sus herederos, a la extinción del régimen, tienen derecho a participar en los bienes del otro (o en su valor), en la forma legalmente establecida⁴.

Ahora bien, señalan DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS la dificultad para encontrar las líneas de operatividad o los principios de inspiración de los diferentes regímenes económicos matrimoniales que, el Código civil contempla. No obstante, destacan como principios básicos los siguientes. 1. El principio de libertad de estipulación (arts. 1315 y 1325 del CC); 2. El principio de igualdad de los cónyuges (art. 32 de la Constitución española y lo reitera el art. 66 del CC), y, 3. El principio de flexibilidad o mutabilidad del régimen económico-conyugal (art. 1325 del CC)⁵. Por tanto, los cónyuges no solo pueden acordar su régimen económico matrimonial, sino que también pueden modificarlo en cualquier momento, bien pactando uno diferente, bien introduciendo cambios en el régimen al que están sujetos (art. 1325 del CC) en capitulaciones matrimoniales. No obstante, tales cambios no pueden perjudicar los derechos adquiridos por terceros (art. 1317 del CC).

En este contexto, la regulación concreta de los regímenes económicos conyugales aparece precedida en el Código civil de unas disposiciones generales —normas de carácter imperativo— que son aplicables a todo matrimonio cualquiera que, sea el régimen económico legal o pactado en cuanto pretende garantizar el principio de igualdad conyugal consagrado constitucionalmente en el artículo 32.1 de la Constitución española. Si bien, tales disposiciones, aunque son de índole patrimonial, necesitan coordinarse con el régimen económico específico del matrimonio (arts. 1315 a 1324 del CC). Para LACRUZ BERDEJO se puede definir este régimen primario como «el conjunto de aquellas normas que, refiriéndose a la economía del matrimonio, se aplican a todos y cada uno de los celebrados bajo la disciplina del Código civil y con independencia de si se rigen por un estatuto de comunidad o por uno de separación de bienes»⁶. A los efectos que nos interesan, los cónyuges quedan obligados a atender las cargas del matrimonio que, comprende «el conjunto de pactos relativos al sostenimiento de la familia en el sentido nuclear, empezando por la educación e instrucción de los hijos, asistencia sanitaria de los cónyuges e hijos, y terminando con la atención del hogar familiar con todo lo que de ello se derive, adecuado a las circunstancias familiares concretas de cada caso»⁷. Para determinar la forma de contribución de cada cónyuge al levantamiento de tales cargas, habrá de estarse a lo pactado y en defecto de pacto, a las reglas propias del régimen al que está sujeto el matrimonio (en concreto el art. 1362 del Código civil para el régimen de gananciales y el art. 1438 del citado cuerpo legal para los regímenes de separación y participación —en este último caso en virtud de la remisión del art. 1413 del Código civil—). Así el artículo 1318 del Código civil establece el deber de ambos cónyuges para contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio y a tal fin, establece un procedimiento cautelar para asegurar el cumplimiento de tal deber para cuando uno solo de los cónyuges lo incumple; de forma que, el cónyuge, cumplidor puede solicitar al juez que dicte las medidas cautelares que estime convenientes a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las necesidades futuras. Por su parte el artículo 1319 del Código civil se refiere a la responsabilidad por las deudas contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio de la potestad doméstica; de manera que, cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendada a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma, y, con tal finalidad protectora de terceros acreedores, vincula el patrimonio del cónyuge deudor y los comunes (en caso de existir) y subsidiariamente los del otro cónyuge.

Centrándonos en el régimen de separación de bienes que, tiene lugar como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS cuando «cada uno de los consortes tiene sus propios bienes y su propio patrimonio, de manera que no existe ningún tipo de unión o confusión y tampoco por el mero hecho del matrimonio ningún tipo de comunidad»⁸. Se regula en los artículos 1435 a 1444 del Código civil, sin perjuicio de aplicar también las normas contenidas en disposiciones generales para todo régimen matrimonial como son los artículos 1318, 1319, 1320 y 1324 de dicho cuerpo legal. Se caracteriza el régimen de separación de bienes en que existe un patrimonio privativo de cada cónyuge separados entre sí. De forma que, a cada uno de los cónyuges le corresponde la propiedad, disfrute, la administración y disposición de sus propios bienes —en exclusiva tanto al comenzar el matrimonio como los que después adquiera por cualquier título⁹—. El título de adquisición por uno de los cónyuges determina la titularidad privativa del bien; y de todo lo que represente un incremento de patrimonio (*vgr.* por accesión).

Si bien, este régimen donde opera la independencia en las titularidades de cada cónyuge, no excluye la existencia de bienes comunes en régimen de comunidad ordinaria o *pro indiviso*¹⁰; y asimismo, esa libertad de gestión, administración y disposición de los cónyuges tiene excepciones y limitaciones en aras del interés familiar —*vgr.*, la regulación de la vivienda familiar—. Además cada cónyuge solo responde de las deudas que haya contraído. Así para los matrimonios cuyo régimen económico esté sometido al Código civil, el artículo 1435 establece que existirá separación de bienes entre los cónyuges: 1. Cuando así lo hubieran convenido. Esto es, cuando los cónyuges lo hayan pactado. Lo que puede acordarse antes o después del matrimonio y resulta conforme a la autonomía de la voluntad reconocida en el artículo 1315 del Código civil. Se puede fijar en capitulaciones matrimoniales, formalizándose en escritura pública. De todas formas, si se pacta el régimen de separación tras el matrimonio, la libertad de los cónyuges de pactar tiene, por un lado, como límite el respecto a los derechos adquiridos por terceros que establece con carácter general el artículo 1317 del citado cuerpo legal; y, por otro, cualquier estipulación que se acuerde contraria a las leyes, a las buenas costumbre o limitativa de los derechos del otro cónyuge será nula (art. 1328 del CC)¹¹; 2. Cuando los cónyuges hubieran pactado en capitulaciones matrimoniales que, no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por la que hayan de regirse sus bienes. Se trata del régimen legal supletorio de segundo grado¹²; y 3. Cuando se extinga constante matrimonio la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que la voluntad de los interesados fuese sustituida por otro régimen. Por otra parte, representa el régimen legal en Cataluña o en Islas Baleares¹³.

Representa un régimen que, puede pactarse antes o durante el matrimonio¹⁴. Tal pacto puede contenerse en capitulaciones matrimoniales y constituye el contenido más propio de este —debe formalizarse en documento público tal como disponen los artículos 1315, 1327 y 1280 del Código civil—. Ahora bien, la titularidad separada de los bienes determina que, pertenecen a cada cónyuge los bienes que tuviesen en el momento inicial del mismo y los que adquiera por cualquier título vigente el mismo (art. 1437 del CC)¹⁵; no obstante, a la liquidación del régimen cabe reembolsos y retribución entre los cónyuges, si se hubiere empleado fondos del otro cónyuge para su adquisición, si bien para los acreedores «únicamente vale la existencia de un título formal de adquisición por el cónyuge deudor»¹⁶. De no ser posible determinar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponde a ambos por mitad en *pro indiviso* (art. 1441 del CC)¹⁷. Se trata de una presunción *iuris tantum* de cotitularidad que, aunque puede entrar en conflicto con las presunciones posesorias, constituyendo respecto de estas *lex especial*¹⁸; aunque no falta quienes como JIMÉNEZ GALLEGO entiende que «lo que se establece es una atribución de propiedad, más que una presunción»¹⁹. En el fondo, estamos ante un problema de prueba que, corresponde a quien alegue la propiedad exclusiva. En todo caso, resulta posible la confesión del otro cónyuge en relación con la titularidad privativa del bien inmueble, todo ello sin perjudicar a los herederos forzosos, ni a los acreedores del confesante.

En consecuencia, no existe entre los cónyuges ningún tipo de comunidad de carácter conyugal —bienes comunes—, ni ningún tipo de unión o confusión patrimonial²⁰; lo que no impide que pueda, constituirse alguna cotitularidad sobre bienes concretos, si bien, sería una comunidad ordinaria regida por los artículos 392 a 406 del Código civil por lo que, en principio, las cuotas de ambos cónyuges se presumen iguales —por mitad²¹— y, en cualquier momento cualquiera de los partícipes (copropietarios) pueden solicitar la división de la cosa común²².

Lo pueden hacer mediante la acción de división judicial de la cosa común a través del procedimiento declarativo correspondiente; acumularlo al procedimiento de separación, nulidad o divorcio (art. 437.4 de la LEC)²³; u oponerlo por vía de reconvencción y no en contestación de la demanda cuando se planteen estos últimos procedimientos de crisis matrimonial²⁴. De todas formas, la acción de división de la cosa común es imprescriptible e irrenunciable (art. 1965 del CC) y, asimismo, se permite su ejercicio, aunque existe un derecho de uso (art. 96 del CC) a favor de uno de los cónyuges en caso de separación, nulidad o divorcio que, debe, en todo caso, respetarse²⁵.

Por otra parte, conforme el artículo 1437 del Código civil corresponde a cada cónyuge la administración, goce y libre disposición de sus propios bienes; lo que no impide que, uno de los cónyuges administre sus propios bienes y los del otro; al respecto tendrá las mismas obligaciones y responsabilidad que un mandatario y tendrá que rendir cuentas, salvo que se trate de frutos percibidos y consumidos que se invirtieron en el levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1439 del CC)²⁶. Y, salvo la existencia de disposición legal al respecto como sucede con la vivienda familiar o los muebles de uso ordinario de familia (art. 1320 del CC), cualquiera de los cónyuges puede disponer de sus bienes sin contar con el consentimiento del otro. En este contexto, ni el hecho que exista una titularidad separada de los bienes, ni que cada cónyuge gestione y disponga de sus propios bienes, puede condicionar el cumplimiento de la obligación que para ambos consortes impone el artículo 1318 del Código civil sea cual sea el régimen económico del matrimonio, que se pacte; y el artículo 1438 del mismo cuerpo legal para el de separación de bienes²⁷.

Como hemos señalado, lo cierto es que, la regulación concreta de los regímenes económicos conyugales aparece precedida en el Código civil de unas disposiciones generales —normas de carácter imperativo— que, son aplicables a todo matrimonio cualquiera que sea el régimen económico legal o pactado en cuanto pretende garantizar el principio de igualdad conyugal consagrado constitucionalmente en el artículo 32.1 de la Constitución española. Si bien, tales disposiciones, aunque son de índole patrimonial, necesitan coordinarse con el régimen económico específico del matrimonio (arts. 1315 a 1324 del CC).

De forma que, ambos cónyuges deben contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio y a falta de convenio, lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. Asimismo, se añade en sede de separación de bienes el artículo 1438 que, el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas, esto es, las labores domésticas no retribuidas, habrán de valorarse como recursos económicos del cónyuge que efectivamente las realiza —sea uno de ellos, o sean los dos (art. 68 del CC)—, a los efectos de calcular el montante de su contribución proporcional al levantamiento de las cargas del matrimonio. Pero, además, tales tareas dan derecho a una compensación que, a falta de acuerdo entre los cónyuges, la fijará el juez al concluir el régimen de separación. Por otra parte, ambos cónyuges responden de las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 1440.2 del CC), incluyendo en esta, los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia «conforme al uso del lugar y circunstancias de la misma» (art. 1319 del CC). De manera que, cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendada a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma, y, con la finalidad protectora de terceros acreedores, vincula el patrimonio del cónyuge deudor y los comunes (en caso de existir) y subsidiariamente los del otro cónyuge. Por lo que, de las deudas

contraídas por uno de los cónyuges para atender a las necesidades ordinarias de la familia, responden frente a los acreedores los bienes del cónyuge que, contraiga la deuda y subsidiariamente los bienes del otro (arts. 1319.2 y 1440.2 del CC)²⁸. Todo ello, sin perjuicio de los reembolsos exigibles entre los cónyuges respecto lo aportado de más por cualquiera de ellos. Lo que exceda de la potestad doméstica —del levantamiento de las cargas del matrimonio— solo responde el patrimonio del cónyuge deudor; pues, como regla general, las obligaciones contraídas por los cónyuges serán de su exclusiva responsabilidad (art. 1440.1 del CC)²⁹.

En este contexto, el artículo 1438 del Código civil identifica cuatro reglas distintas pero coordinadas entre sí: 1) Que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes; 2) La obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir; 3) Puede contribuirse a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del artículo 32 de la Constitución española; 4) El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen³⁰. A estas cuatro reglas añade GUILARTE MARTÍN-CALERO una más, como es, que el trabajo doméstico sirva para determinar la procedencia y el *quantum* de la pensión compensatoria en los supuestos de nulidad, separación y divorcio. En estos casos resulta decisiva la dedicación pasada y futura a la familia para la obtención de esta pensión³¹.

Sobre tales bases, la regla general cualquiera que sea el régimen matrimonial elegido, es que cada cónyuge responda de las deudas por él contraídas, pero cuando se trata de cargas del matrimonio, los dos cónyuges deben contribuir a su sostenimiento, con independencia del cónyuge que haya asumido la deuda³². Se completa con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1440 del Código civil relativo a la responsabilidad de los cónyuges frente a terceros en relación con una modalidad de cargas del matrimonio como son las deudas derivadas de la potestad doméstica, indicando cuando se puede dirigir contra el patrimonio del cónyuge contratante o también puede dirigirse en determinadas condiciones contra el patrimonio del consorte que no contrató³³; y, con el artículo 1318 del Código civil que, declara la sujeción de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio —aunque no exista patrimonio común—, afección de carácter obligacional que, no significa en modo alguno una limitación de las facultades dispositivas del principio de responsabilidad patrimonial universal³⁴.

El artículo 1438 del Código civil, pues, constituye una concreción en el régimen de separación de bienes de las normas establecidas en los artículos 1318 y 1319 del Código civil aplicables a todo matrimonio al margen de cuál sea el régimen matrimonial elegido³⁵.

La contribución a las cargas supone que ambos cónyuges se encuentran obligados a proporcionar los medios económicos necesarios para el sostenimiento de la familia; y, esencialmente, corresponde a ambos, sin que se pueda distinguir en defecto de pacto, qué gasto debe abonar cada uno. Ello no solo tiene efecto en la esfera interna, sino que se manifiesta también en la esfera externa, frente a terceros, cuando las obligaciones contraídas para satisfacerlos, se traduce en deuda y responsabilidad para el cónyuge contratante³⁶. Ahora bien, tal proyec-

ción externa en el régimen de separación de bienes opera en relación con las cargas del matrimonio que, forman parte de la potestad doméstica, esto es, que tengan la consideración de deuda doméstica y dirigida a atender las necesidades ordinarias de la familia. De forma que, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1319 del Código civil, se posibilite frente a terceros acreedores la vinculación del patrimonio privativo del cónyuge deudor y subsidiariamente, el patrimonio del cónyuge no contratante. Lo que representa una importante quiebra del principio de separación de responsabilidades que, constituye el pilar sobre el que sustenta el régimen de separación de bienes³⁷. Ahora bien, como precisa MARTÍNEZ CORTÉS, si la colaboración, ayuda y solidaridad familiar fundamentan esa obligación de contribuir y el régimen económico solo fija la forma en qué ha de cumplirse, haciéndose efectiva cualquiera que, sea el régimen de ese concreto matrimonio, la naturaleza de tal deber descansa sobre las siguientes notas: «1. Se trata de una auténtica relación jurídico obligacional; 2. Es una obligación de contenido económico; 3. Se trata de una obligación recíproca. Se trata de una obligación consustancial con el matrimonio basada en la relación personal que media entre las partes y la finalidad última perseguida, no es otra que, asegurar el bienestar de la familia; 4. Obligación de carácter personalísimo e indisponible en cuanto que viene atribuida al sujeto pasivo como consecuencia de su vínculo personal subjetivo de miembro del grupo familiar»³⁸.

Para ÁLVAREZ OLALLA estamos ante un deber que no deriva del régimen económico matrimonial sino del principio de colaboración, solidaridad y ayuda entre ambos cónyuges; de tal manera que, el régimen económico matrimonial solo fija el modo en que el deber debe cumplirse³⁹. Es una manifestación de los deberes de mutua ayuda y mutuo socorro que, imponen los artículos 67 y 68 del Código civil a los esposos. Se trata, en definitiva, de una plasmación de la comunidad de vida, material y espiritual, de esa unión y solidaridad de los miembros del grupo familiar⁴⁰.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar el análisis de la responsabilidad por deudas contraídas por cada cónyuges en el régimen de separación de bienes y su relación con el ejercicio de la potestad doméstica o para atender a las necesidades ordinarias de la familia (arts. 1318 y 1319 del CC); además de lo que representa dentro de las cargas del matrimonio, el concepto de trabajo para la casa regulado en el artículo 1438.2 del Código civil.

II. RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS CONTRAÍDAS EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. DERECHO DE REEMBOLSO O REINTEGRO ENTRE CÓNYUGES.

2.1. LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS CONTRAÍDAS POR LOS CÓNYUGES Y LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.

Como regla general el artículo 1440 párrafo primero del Código civil señala que «*las obligaciones contraídas por los cónyuges serán de su exclusiva responsabilidad*». De forma que, cada uno *responde* de sus propias deudas y no *responde* de las contraídas por el otro, salvo que ambos se hubieran obligado solidaria, mancomunada o subsidiariamente conforme lo establecido en se de obligaciones⁴¹.

Ahora bien, la autonomía de cada cónyuge en la administración y disposición de sus bienes, ni la titularidad separada de estos, es obstáculo para el cumplimiento de la obligación del levantamiento de las cargas del matrimonio que, establece

el artículo 1318 del Código civil, cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio y el artículo 1438 en sede de separación de bienes al disponer que los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio y a falta de acuerdo o convenio, lo harán en proporción a sus respectivos recursos económicos. Si bien, este mismo artículo en su párrafo segundo, establece para la extinción o liquidación del régimen de separación de bienes, que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derechos a obtener una compensación que, a falta de acuerdo, la fijará el juez. Por lo que, las labores domésticas o del hogar no retribuidas han de valorarse como un recurso económico del cónyuge que efectivamente las realizan —sea uno de ellos o ambos, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 68 del citado cuerpo legal— a los efectos de calcular la cantidad en que se valora el *quantum* de la contribución proporcional del cónyuge al levantamiento de las cargas del matrimonio.

De todas formas, aunque la compensación por el trabajo en el hogar solo es exigible a la extinción del régimen, ello no impide que cada cónyuge pueda exigir al otro su obligación de contribuir a las cargas del matrimonio desde el momento en que deban ser atendidas, o pedir el reembolso correspondiente en el caso que, sea atendida por uno de ellos.

Por lo que, de las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responden ambos cónyuges en la manera que determinan los artículos 1318, 1319 y 1438, tal como establece el artículo 1440 párrafo segundo de este mismo cuerpo legal. De forma que, frente a los acreedores responde de las deudas contraídas por un cónyuge para atender las necesidades ordinarias de la familia, sus propios bienes y subsidiariamente los del otro cónyuge (art. 1319 del CC). Por ello, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de exigir al otro la aportación, en los términos apuntados, que le corresponda en atención de su obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1438). Esta contribución comprende los gastos ordinarios o extraordinarios derivados del ejercicio de la potestad doméstica.

En este contexto, si se trata de una obligación contraída para levantar las cargas del matrimonio que, sin embargo, excede de lo que supone la potestad doméstica, responde exclusivamente el cónyuge deudor; sin que el acreedor pueda actuar sobre el patrimonio del otro, sin perjuicio del derecho de reembolso entre cónyuges que, en su caso, proceda.

Sobre tales bases, como hemos señalado, resulta muy ilustrativa la doctrina jurisprudencial establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 2021⁴² cuando señala que «si bien, la regla general en el régimen económico matrimonial de separación de bienes es que las obligaciones contraídas por cada cónyuge son de su exclusiva responsabilidad tal y como establece el artículo 1440.1 del Código civil. Sin embargo y de manera excepcional, cuando uno de los cónyuges actúe en el ejercicio de la potestad doméstica y contraiga obligaciones para atender a las necesidades ordinarias de la familia, el otro responderá de manera subsidiaria de su cumplimiento en virtud de la remisión del artículo 1440.2 del Código civil al artículo 1319.2 del Código civil.

Esta regla permite que, a pesar de la separación patrimonial, el tercero pueda exigir al cónyuge que no contrató ni generó la deuda contraída para satisfacer las necesidades ordinarias de la familia. La excepción a la regla de separación de responsabilidad se justifica por la comunidad de vida propia del matrimonio y beneficia a los acreedores al mismo tiempo que favorece el mayor crédito de los cónyuges para atender a las necesidades familiares. Por ello, a pesar que el precepto no limita los actos o contratos que generan obligaciones siempre que

se dirijan al fin previsto en la norma, será preciso para que el acreedor pueda exigir responsabilidad al cónyuge con el que no contrató, si no la prueba cumplida del concreto uso o destino del gasto; lo que escapa a las posibilidades de conocimiento y prueba del tercero, sí al menos una apariencia razonable de su destino familiar y doméstico. Habitualmente, ese destino resultará de la propia naturaleza de los bienes adquiridos o de los servicios contratados, pero no hay que negar que, en caso de necesidad uno de los cónyuges recurre a un préstamo para obtener fondos para atender a las necesidades familiares. Lo que sucede es que, en tal caso el acreedor que pretenda exigir responsabilidad al otro cónyuge deberá acreditar que los fondos prestados se destinaron a tal fin».

Pues bien, en este caso de reclamación de préstamos efectuados al esposo, firmados por él en dos documentos privados, y signado el segundo también por su esposa donde se decía que era conocedora de la deuda de su marido. No procede la reclamación, pues no existe prueba, ni siquiera, apariencia razonable que, la deuda fuera contraída en el ejercicio de la potestad doméstica. El hecho que la esposa firmase el segundo documento no comporta la asunción de ningún tipo de responsabilidad a título personal, ni es prueba del destino del dinero que el marido reconoció no sabe a qué fue destinado. La regla general de responsabilidad de las obligaciones contraídas por cada cónyuge en el régimen de separación de bienes, tal como establece, es que responde de manera exclusiva cada cónyuge con su patrimonio. Excepcionalmente cuando se pruebe que uno de los cónyuges actúa en el ejercicio de la potestad doméstica y contraiga obligaciones para atender a las necesidades ordinarias de la familia, será el otro cónyuge el que responda subsidiariamente de su cumplimiento en virtud de la remisión del artículo 1440.2 del Código civil, al artículo 1319.2 del citado cuerpo legal.

Ahora bien, al momento de liquidar el régimen de separación de bienes se pueden plantear reclamaciones de cantidad, si por ejemplo, durante la convivencia se han adquirido bienes, ya sea en exclusiva por uno de los cónyuges o en *pro indiviso*, y en su pago se haya empleado dinero de uno o de ambos en partes iguales o en proporción distinta, o están pendientes de abonarse. De forma que, reclama aquel de los cónyuges que alega el abono más parte del precio o de los gastos que el otro —en caso de *pro indiviso*—, o estando inscrito un inmueble a nombre de uno de los cónyuges, el otro también contribuyó a sufragar el pago del inmueble del que no aparece como titular, exigiendo que se le devuelva el dinero, que aportó. En todo caso, tales reembolsos solo operan en la esfera interna de los cónyuges y no pueden afectar a terceros. No obstante, las aportaciones que realice cada cónyuge pueden representar una contribución a las cargas del matrimonio según lo establecido en el artículo 1318 del Código civil, en cuyo caso no opera el reembolso. Si bien, conviene precisar que, actuamos sobre la exigencia fundamental que, la titularidad de los bienes corresponde a quien aparece como titular en el propio título de adquisición —sea bien privativo o *pro indiviso*—, no jugando, en consecuencia, el principio de subrogación real propio de la sociedad de gananciales⁴³.

También pueden darse situaciones de atribución del uso a uno solo de los cónyuges de un bien común, y lo que al respecto sucede con los gastos.

Son algunas de las situaciones que pueden generarse y que analizaremos en este apartado.

No obstante, recordemos que, en el régimen de separación de bienes no hay bienes comunes, sino bienes privativos o bienes en copropiedad, adquiridos antes o constante el régimen de separación de bienes. Asimismo, tampoco existe un pasivo común, sino que cada uno de los cónyuges responde con sus patrimonios

de las deudas que contrae; aunque si hay obligación de los cónyuges de contribuir a las cargas del matrimonio durante la vigencia del régimen económico. Por otra parte, pueden existir vínculos económicos entre los cónyuges —negocios comunes—; o, sobreaportaciones que, es preciso liquidar. Efectivamente, resulta posible que, en las operaciones básicas relativas a la extinción y por ende, la liquidación del régimen de separación de bienes un cónyuge haya podido contribuir con más cantidad al sostenimiento de las cargas del matrimonio —lo que se puede concretar con la entrega de una cantidad en dinero, si contribuyó con ello, o de bienes comunes, o fijando a su favor una compensación por el trabajo en casa prevista en el artículo 1438 del Código civil—. También puede darse el caso que, a la extinción del régimen de separación de bienes existan deudas generadas durante el matrimonio para atender a las cargas del matrimonio y que aún no se han abonado; o en fin, puede resultar necesario que en la extinción del *pro indiviso*, se concrete como operar respecto de las deudas generadas por su adquisición, o derivadas de obras de mejora o rehabilitación.

En todo caso, la competencia para los reembolsos o reclamaciones de cantidad entre los cónyuges corresponde a los juzgados de primera instancia y no a los de familia⁴⁴ y, conforme a lo establecido en el artículo 217 de la LEC la carga de la prueba recae sobre el cónyuge que, reclama el reintegro, debiendo probar para ello, que los pagos para la compra del inmueble en *pro indiviso* o privativo de uno de los cónyuges, se hizo con dinero privativo, o, en fin, que las cuotas del pago aplazado (préstamo hipotecario) se abonaron con su dinero privativo. En todo caso, estas acciones tienen un plazo de prescripción de cinco años conforme lo dispuesto en el artículo 1964 del Código civil⁴⁵ y el *dies a quo* para el ejercicio de tales acciones de reclamación o reintegro se cuenta desde el momento en que se hizo el pago. De todas formas, cuando transcurre un tiempo prolongado desde que se abona la cantidad por uno de los cónyuges a favor del otro y la reclamación del reintegro, se viene a considerar que, a tal situación le resulta aplicable la doctrina del retraso desleal o *verwirkung*⁴⁶.

En este contexto, ha de acreditarse que el dinero empleado por el pago del precio del inmueble (o en su caso, las cuotas del préstamo hipotecario) es de exclusiva propiedad o privativo de uno de los cónyuges⁴⁷. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2020⁴⁸ entendió que si el préstamo lo contrajeron ambos cónyuges al 50%, el esposo deberá abonar a la esposa la cantidad, que esta pagó de más para su cancelación, con independencia que en la copropiedad indivisa del bien los porcentajes fuera distintos (del 75% para la esposa y del 25% para el esposo).

Ahora bien, puede entenderse como donación la entrega de una cantidad para la compra de un bien inmueble perteneciente al otro cónyuge o a ambos en *pro indiviso*. Así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22^a, de 17 de septiembre de 2013⁴⁹ se consideró que, el dato de la formalización de la compraventa a nombre de los dos cónyuges, unido al largo tiempo sin reclamar el pago de parte del tiempo, se entendía como donación. Al respecto, el artículo 232.3-1 del Código civil catalán parte de la presunción de donación en estos casos al disponer que «*los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio pertenecen al cónyuge que conste como titular. Si se prueba que la contraprestación se pagó con bienes o dinero del otro cónyuge se presume la donación*». Y en el artículo 232-4; asimismo, se establece que «*si es dudoso a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, se entiende que corresponde a ambos por mitades indivisas*»⁵⁰. De todas formas, como regla general los contratos entre cónyuges son válidos, incluso por título gratuito (art. 1323 del CC).

No obstante, en el caso expuesto por la Audiencia Provincial sería donación del dinero no del bien⁵¹.

Por otra parte, respecto al pago de parte del precio de compra o de la hipoteca con dinero privativo del cónyuge no titular se ha de probar tal circunstancia para que prospere la acción de reclamación⁵², lo que resulta complicado si la cuenta donde se ingresa el dinero para el pago es común⁵³. Igualmente, sucede con las construcciones y mejoras hechas en bienes comunes constante el matrimonio o a la ruptura que, se ha de probar, además de la realización de tales obras o mejores, la procedencia privativa de dinero empleado por el cónyuge reclamante para su pago⁵⁴.

Si bien, en caso de préstamo hipotecario contratado por los cónyuges de forma solidaria, se posibilita al cónyuge pagador la acción de reembolso por la vía del artículo 1145 del Código civil reclamando el exceso abonado por el cónyuge⁵⁵.

En fin, a los ingresos de dinero en cuentas bancarias, constante matrimonio los cónyuges pueden mantener cuentas privativas separadas y cada uno ingresar en las mismas el producto de su trabajo o los rendimientos que generan sus bienes privativos. Cuando se extingue el régimen de separación de bienes, cada cónyuge seguirá siendo titular de su cuenta y propietario de su saldo; pero también pueden tener cuentas bancarias conjuntas en las que ambos cónyuges aparecen como titulares y uno o los dos pueden realizar ingresos y atender con su saldo las cargas del matrimonio. Al extinguirse el régimen de separación de bienes no parece fácil determinar a quién pertenece el saldo de la cuenta: en algunos casos se realiza un reparto en proporción a los ingresos realizados en cuenta por cada uno⁵⁶; en otros se acuerda un reparto igualitario del dinero, aun cuando las aportaciones habían sido distintas⁵⁷; o se considera que uno de los cónyuges se ha enriquecido injustamente, en cuanto que era el otro el único que aportaba ingresos⁵⁸. En todo caso, la cuenta común puede destinar sus fondos a atender a las cargas del matrimonio, cargas a las que deben contribuir ambos cónyuges en proporción a los ingresos, por lo que la liquidación no debe realizarse solo atendiendo a los ingresos realizados por cada uno de los cónyuges. Además, puede ser difícil de probar quien realiza en cada momento el reintegro, e incluso los ingresos pueden provenir de varias fuentes, no solo de nóminas o del trabajo de cada cónyuge. Por lo que se podrá aplicar la presunción de pertenencia por mitad que, establece el artículo 1441 del Código civil⁵⁹.

2.2. LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS CONTRAÍDAS POR CUALQUIERA DE LOS CÓNYUGES Y EL CONCURSO DE ACREEDORES.

En caso de concurso de uno de los cónyuges, el artículo 1442 del Código civil remite a las disposiciones de la legislación concursal.

En concreto a los artículos 195 a 197 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo de por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC) relativos a la presunción de donaciones, al pacto de sobrevivencia entre cónyuges y las cuentas indistinta

El primero de tales preceptos, contiene una doble presunción de fraude con la finalidad de evitar que, se perjudiquen los intereses de los acreedores con el traspaso de bienes entre los cónyuges ante una eventual situación concursal de cualquiera de ellos⁶⁰.

La primera de tales presunciones se contiene en el apartado 1 del citado artículo 195 que, establece que, si el concursado estuviese casado en régimen de

separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa activa, salvo prueba en contrario, que el concursado había donado a su cónyuge la mitad de la contraprestación satisfecha por este, durante el año anterior a la declaración del concurso para la adquisición a título oneroso de bienes o derechos. De forma que, en todas las adquisiciones de bienes o derechos realizadas por el cónyuge del concursado en el año anterior a la declaración del concurso se entiende, que se ha donado por el cónyuge concursado la mitad de la contraprestación satisfecha en tales adquisiciones y, por ende, se presumen fraudulenta frente a los acreedores. Dado que se trata de una donación, será rescindible mediante el ejercicio de la acción rescisoria del artículo 226 del TRLC (acción de reintegración) y el cónyuge del concursado, aunque será titular del bien adquirido, deberá, no obstante restituir a la masa activa del concurso la mitad del importe invertido en la adquisición.

Por su parte, la segunda presunción de donación se contiene en el apartado 2 del mencionado artículo 195 y dispone, al respecto, que si la administración concursal logra probar que la contraprestación pagada por el cónyuge del concursado casado en régimen de separación de bienes procedió directa o indirectamente del patrimonio del concursado, se presume, salvo prueba en contrario, que se ha donado la totalidad de la contraprestación. De no probar la administración concursal tal extremo, se aplica la presunción de indivisión (por mitad), del artículo 1441 del Código civil. De forma que, corresponde a cada cónyuge la mitad del bien, pudiendo ser incorporada por la administración concursal a la masa activa del concurso solo la mitad del bien (la perteneciente al cónyuge concursado). La diferencia respecto de la presunción anterior es que, en este caso, corresponde a la administración concursal probar el origen de los fondos empleados para la adquisición onerosa de bienes y derechos por el cónyuge del concursado y, en consecuencia, que han salido de su patrimonio en perjuicio del interés de los acreedores. Por tanto, en este supuesto se presume donación la totalidad de la contraprestación y no de la mitad como en el anterior.

Para la operatividad de ambas presunciones, se requiere que: 1. Se haya declarado el concurso de uno de los cónyuges; 2. El régimen matrimonial sea el de separación de bienes; 3. Se trate de adquisiciones onerosas de bienes y derechos por parte del cónyuge del concursado. Por lo que, las adquisiciones a título gratuito, procedan de un tercero o del propio concursado, no forman parte del ámbito objetivo de aplicación del precepto, sin perjuicio que tales donaciones (partiendo de las presunciones absolutas de perjuicio previstas en el artículo 227 del TRLC) puedan ser rescindibles, si han tenido lugar dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta (art. 226 del TRLC). Tampoco se aplican a las operaciones no consumadas —al exigirse la consumación del negocio adquisitivo y su incorporación al patrimonio del cónyuge del concursado—, ni a los contratos con precio aplazado cuando no se ha desembolsado este en su totalidad, o cuando exista un pacto de reserva de dominio activo⁶¹. De existir un pago parcial, a este solo se aplica la presunción; 4. La adquisición onerosa por el cónyuge del concursado haya tenido lugar durante el año anterior a la declaración del concurso. Si bien, conviene precisar que, este ámbito temporal alcanza a la primera presunción, pues, la segunda de las presunciones actúa con independencia de la fecha de la adquisición onerosa. No tiene límite de tiempo; y 5. Según establece el artículo 195.3 del TRLC que, en el momento de la realización de la adquisición onerosa, los cónyuges no puedan estar separados judicialmente o de hecho, siendo irrelevante la situación conyugal anterior o posterior a tal momento⁶². Para CUENA CASAS hay que dudar de la constitucionalidad de la presunción, al otorgar un trato de desfavor al matrimonio,

pues, las consecuencias derivadas de la presunción muciana del artículo 195 del TRLC no alcanza a las uniones de hecho⁶³.

Ahora bien, de operar los requisitos se podrá incorporar la mitad o la totalidad de importe (o fondos) empleados para la adquisición, pero no la titularidad del bien que, pertenece al cónyuge del concursado.

De todas formas, conviene de nuevo, precisar, sin afán reiterativo que, las presunciones de donación de los fondos del artículo 195 del TRLC exigen el necesario ejercicio de las acciones rescisorias del artículo 226 del TRLC para su operatividad.

Asimismo, hemos de recordar que, la acción concursal tiene un plazo temporal —el periodo sospechoso de dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso—. Por lo que las donaciones realizadas en dicho periodo podrán ser rescindidas conforme lo dispuesto en el citado precepto legal; y las anteriores a ese periodo, el artículo 238 del TRLC establece que también podrá impugnarse, una vez declarado el concurso, mediante el ejercicio de cualesquiera otras acciones que proceden conforme al derecho general —acción rescisoria común (art. 1291 del CC), que podrá ejercerse en el plazo de cuatro años (art. 1299 del CC)—.

Por otra parte, si ambos cónyuges han contratado a título oneroso en dicho periodo sospechoso y al ser el cónyuge comprador persona relacionada con el concursado, también cabe la impugnación de tales negocios dispositivos si se han realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, presumiéndose, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial (art. 228.1 del TRLC).

Las presunciones contenidas en el artículo 195, son *iuris tantum*, por lo que admiten prueba en contrario. En relación con la primera presunción, el cónyuge del concursado habrá de probar la procedencia propia de los recursos empleados; y respecto de la segunda se debe demostrar que, el título de adquisición de los bienes o derechos no ha sido una donación, sino cualquier otro título adquisitivo⁶⁴.

En cuanto al *pacto de sobrevivencia entre cónyuges*, hemos de comenzar señalando que, carece de regulación en nuestro Código civil, a diferencia de lo previsto en otros ordenamientos como el Código civil catalán que, se refiere al mismo en el artículo 231-15, pero ello no impide que, se pueda pactar con el límite de lo previsto en las normas sucesorias.

Tal pacto supone que los cónyuges adquieren un bien en régimen de comunidad o copropiedad por cuotas y a la vez, pactan en el título de adquisición que, cuando se produzca el fallecimiento de cualquiera de ellos, el sobreviviente devendrá único titular de la totalidad del bien.

Pues bien, de declararse en concurso cualquiera de los cónyuges el artículo 196 del TRLC establece que, la mitad del bien adquirido con ese pacto de sobrevivencia se integra en la masa activa del concurso en beneficio de los acreedores. No obstante, el cónyuge del concursado puede, conforme dispone el artículo 194.1 del citado cuerpo legal, adquirir la totalidad de cada uno de los bienes gananciales o comunes incluidos en la masa activa satisfaciendo a la masa la mitad de su valor que, viene a integrarse en la masa (derecho de adquisición del cónyuge del concursado).

Por último, en relación con las *cuentas bancarias indistintas*, se ha de partir que, la cotitularidad de la misma no determina necesariamente la copropiedad de los fondos⁶⁵; no obstante, el artículo 197 del TRLC dispone que, si el saldo es acreedor, este se integra en su totalidad en la masa activa, salvo prueba en contrario apreciada como suficiente por la administración concursal. Se trata de una presunción *iuris tantum* de titularidad de tal saldo acreedor a favor del

cónyuge concursado⁶⁶. Por el contrario, si el saldo es deudor no opera la citada presunción de titularidad exclusiva.

El momento para que el saldo acreedor forme parte de la masa activa del cónyuge concursado es el del auto de declaración del concurso (art. 24.1 del TRLC).

En todo caso, el cónyuge del concursado podrá impugnar la decisión de la administración concursal sobre el saldo mediante un incidente concursal, probando para ello la titularidad propia o privativa de los fondos (art. 532.1 TRLC se tramitará en la forma establecida para el juicio verbal con las especialidades establecidas en la ley).

III. DEUDAS CONTRAÍDAS EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DOMÉSTICA

3.1. CONCEPTO DE CARGAS DEL MATRIMONIO

El artículo 1318.1 se caracteriza por ser una norma de carácter general, en tanto se aplica a todo régimen económico matrimonial y sin transcendencia en otras relaciones jurídicas aisladas que, pueden presentarse entre los cónyuges, como la prestación de alimentos, aunque en ocasiones sea difícil fijar el límite⁶⁷. Igualmente, es una norma de carácter imperativo en un doble sentido: por ser una norma que inspira el orden público sistemático, y porque su aplicación es de obligado e inexcusable cumplimiento en todos los regímenes económicos matrimoniales⁶⁸; no siendo posible un pacto global que tenga por finalidad excluir por completo el contenido de la norma a uno de los cónyuges, aunque sí un pacto o convenio en el que se concrete la cuantía de contribución de cada uno de los cónyuges —que dependerá del régimen matrimonial y de las concretas circunstancias familiares—; como asimismo la forma de contribución a las cargas, esto es, las medidas y las condiciones de aportación de cada uno y, la distribución interna de responsabilidades entre las distintas masas patrimoniales⁶⁹. Podrá constar en capitulaciones matrimoniales, o en otra forma no necesariamente capitular⁷⁰. Y, por último, representa un deber de inexcusable cumplimiento que, la ley impone expresamente a los cónyuges⁷¹.

Su fundamento lo encontramos en la necesaria colaboración entre los cónyuges consecuencia del matrimonio como algo sustancial al mismo, y en la convivencia familiar⁷². Ni en el artículo 1438 del Código civil ni en el artículo 1318 del mismo cuerpo legal se da una definición de cargas del matrimonio.

Se entiende por cargas del matrimonio «todos los gastos necesarios, ordinarios y extraordinarios para el sostenimiento de la familia no atribuible a ninguno de sus miembros». Concepto que se deduce del artículo 1362 del Código civil referido a los gastos que son de cargo de la sociedad de gananciales y del artículo 142 del Código civil relativo al derecho de alimentos⁷³.

MORENO MOZO conceptúa las cargas del matrimonio como «aquellas necesidades materiales (en el citado sentido de que su satisfacción es susceptible de valoración económica) del grupo familiar, formado por los cónyuges e hijos convivientes —comunes o unilaterales—, sobre las que el citado grupo tiene el deber legal de satisfacerlas o levantarlas, en cuanto que, además de sujetos perceptores, son siempre y al mismo tiempo sujetos contribuyentes»⁷⁴. Mayoritariamente la doctrina ha estimado que coincide básicamente con lo establecido en el artículo 1362.1 del Código civil en se de gananciales, y más concretamente, referido a los gastos que son de cargo de la sociedad de gananciales que, a su

vez se integra con la definición amplia de alimentos del artículo 142 del Código civil. De forma que, frente a quien identifica cargas del matrimonio con el contenido de la potestad doméstica (art. 1319 del CC), del artículo 1362.1 se deduce que son cargas del matrimonio los gastos derivados del sostenimiento ordinario de la familia, esto es, alimentación, alojamiento, vestido, asistencia médica, educación, así como las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia. El nivel económico de la familia es un referente a la hora de determinar la cuantía a la que pueden ascender esos gastos para poder ser considerados carga del matrimonio. Los gastos extraordinarios pueden ser también considerados carga, si son inevitables, incluso aunque superen el nivel de vida de la familia y sus recursos⁷⁵. Asimismo, pueden ser considerados carga del matrimonio, aquellos otros gastos destinados al consumo de la familia que son considerados como necesarios por acuerdo de los cónyuges⁷⁶. Por lo que, el concepto de cargas del matrimonio es más amplio que el de potestad doméstica —deuda doméstica que se identifica con «necesidades ordinarias de la familia»—; de forma que, no toda carga del matrimonio tiene la consideración de deuda doméstica al existir gastos extraordinarios necesarios para el sostenimiento de la familia que, no entrarían en el marco del artículo 1319 del Código civil⁷⁷. Desde tal perspectiva, para MONFORT FERRERO cargas del matrimonio o sostenimiento de la familia comprenderá «todo lo que, razonablemente, pueda contribuir al desarrollo y expansión en los diferentes campos ligados a la actividad cultural, intelectual o deportiva que desarrolle cualquiera de estos sujetos, incluidos los desembolsos provenientes del simple recreo o esparcimiento, así como los que derivan del mantenimiento de las conductas sociales que vengan impuestas por la posición económica de la familia o del ejercicio de acciones altruistas que la familia considera legítimas»⁷⁸. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2006⁷⁹ señala que, las cargas del matrimonio deben identificarse con el sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges y «abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar». Ahora bien, de forma mayoritaria se asimila carga matrimonial al de carga familiar, considerándose ambos términos como sinónimos⁸⁰.

No obstante, el concepto de cargas familiares puede ser más amplio que el de cargas matrimoniales, al estar aquellas basadas en la relación o vínculo paterno-filial, con independencia de si existe o no vínculo matrimonial⁸¹. A tales efectos, hay que entender que, los miembros de la familia cuyos gastos de mantenimiento tienen la condición de carga matrimonial o familiar son los relativos a los cónyuges e hijos comunes⁸². Respecto a los hijos no comunes que, conviven en la vivienda familiar, en principio, sus gastos no cabe considerarlos como cargas matrimoniales; de manera que, no deben ser atendidos por el cónyuge no progenitor⁸³. Por lo que, aunque tales gastos en un régimen de gananciales se abonen con recursos comunes de ambos cónyuges como son los gananciales (art. 1362.1 del CC) al considerarse deudas de la sociedad de gananciales los gastos de sostenimiento del hijo que vive en el hogar familiar; no sucede lo mismo en un régimen de separación de bienes en el que no hay patrimonio común y tampoco los frutos del patrimonio privativo son comunes (art. 1347 del CC); de forma que, no se puede exigir al cónyuge no progenitor que, tenga que atender dichos gastos proporcionalmente con su patrimonio privativo. Supuesto distinto es que exista un eventual acuerdo entre los cónyuges, aunque sea tácito; pero a falta del mismo, como señala ASÚA GONZÁLEZ no puede exigirse jurídicamente

al cónyuge no progenitor el abono de los gastos del hijo no común y que para evitarlo la solución sea la separación o el divorcio⁸⁴. Por tanto, considerarlo carga del matrimonio supondría que, las necesidades de un hijo tras la ruptura matrimonial serían atendidas por los progenitores —tengan o no atribuida la guarda y custodia— y, además por el cónyuge de su progenitor; lo que no parece razonable en un régimen de separación de patrimonios⁸⁵.

Sin embargo, en la regulación autonómica, el artículo 237.5 del Código civil catalán determina como gastos familiares los necesarios para el mantenimiento de la familia, de acuerdo con los usos y el nivel de vida familiar; entre los que destacan los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio. Con respecto a los hijos no comunes que convivan con los cónyuges se incluyen como gastos familiares los alimentos a los que se refiere el artículo 237-1 que dispone que «se entiende por alimentos todo cuanto es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido, asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos para la formación si esta es menor, y para la continuación de la formación, una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado antes por una causa que no le es imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular. Asimismo, los alimentos incluyen los gastos funerarios, si no están cubiertos de otra forma».

Respecto al pago de los préstamos hipotecarios nuestro Tribunal Supremo no lo considera cargas del matrimonio⁸⁶; y lo habitual es que no se contenga ningún acuerdo sobre su pago en la sentencia de divorcio, pues, dicho pago debe hacerse conforme al título constitutivo (lo normal como obligación solidaria). No obstante, nos podemos encontrar con algún pronunciamiento judicial que, o bien condena a uno de los cónyuges al pago de la totalidad de la hipoteca, lo que en todo caso, pueden generar un derecho de reembolso al liquidar el régimen de separación de bienes⁸⁷; o existen pactos para el abono del préstamo hipotecario que, suponen la negativa al derecho de reintegro o reclamación de cantidad y, que tienen su operatividad en la relación interna de los cónyuges⁸⁸.

Por otra parte, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de mayo de 2006⁸⁹ ha considerado que los gastos e impuestos que recaen sobre bienes que los cónyuges tiene en *pro indiviso* no pueden considerarse cargas del matrimonio y, este mismo Alto Tribunal y Sala, en Sentencia de 27 de junio de 2018⁹⁰, aunque referido al régimen de gananciales, si bien aplicable a este régimen económico de separación de bienes, entiende que si no hay resolución judicial que atribuya el uso de la vivienda a uno de los cónyuges el pago de las cuotas ordinarias de la Comunidad de Propietarios (art. 9 de la LPH) será a cargo de ambos cónyuges y si se ha dictado resolución judicial en este sentido, corresponderá al cónyuge al que se atribuyó el uso.

3.2. LAS CARGAS DEL MATRIMONIO EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.

El artículo 1318 del Código civil con carácter general cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, y el artículo 1438 para la separación de bienes, impone el deber de ambos cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio⁹¹. A falta de acuerdo, señala el citado artículo 1438 se hará proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos —en dinero o en especie, esto es, mediante el trabajo en casa—⁹². Por lo que, la regla de la proporcionalidad opera como criterio supletorio. Para ÁLVAREZ OLALLA este deber no deriva del régimen económico matrimonial, sino del principio de colabo-

ración, solidaridad y ayuda entre ambos cónyuges, de tal manera que el régimen económico solo fija el modo en que el deber ha de cumplirse⁹³. En todo caso, se trata de una norma de distribución entre los cónyuges de los gastos que origina atender a las cargas del matrimonio. Por lo que serán válidos los pactos en que se disponga que uno de los cónyuges se haga cargo de determinadas cargas familiares o, se concrete una suma fija que, deben pagar ambos cónyuges, o en fin que, una parte o la totalidad de los recursos económicos de uno de los cónyuges se destine a cubrir tales cargas⁹⁴.

Por lo que, el propio precepto fija dos criterios para el cumplimiento del deber de contribuir a las cargas del matrimonio: el pactado por los cónyuges y subsidiariamente, el deber de contribución proporcional a los recursos económicos —se aplica el tantas veces mencionado criterio legal de la proporcionalidad—. Ambos operan en la esfera interna al concretar de forma expresa como los cónyuges han de contribuir al pago de los gastos que, tienen la consideración de cargas del matrimonio. Por lo que, no es oponible frente a terceros⁹⁵. Lo importante es como precisa LACRUZ BERDEJO no es quién se obliga y quién responde, sino en cuanto y en cómo se contribuye⁹⁶. Por tanto, en la esfera externa es donde se determina la responsabilidad de los cónyuges frente a terceros; de forma que, cuando se trata de un gasto necesario extraordinario que, no es subsumible en el concepto de deuda doméstica, aunque si en el de cargas del matrimonio, responden frente a terceros el cónyuge deudor; quien luego podrá exigir el reembolso al otro cónyuge de las cantidades abonadas que, excedan de lo que proporcionalmente a sus recursos económicos les corresponde⁹⁷.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, de 6 de abril de 2016⁹⁸ se entiende como cargas «el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, lo que incluya el sustento y la educación de los hijos, la manutención del otro cónyuge, y las deudas familiares; lo que comprende los gastos que exija la conservación de los bienes del matrimonio». No se consideran cargas del matrimonio, por tanto, «los gastos generados por bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, al tratarse de un régimen de separación de bienes en el que no hay patrimonio común familiar».

En cuanto a los gastos familiares que objetivamente tienen la consideración de cargas del matrimonio son los necesarios, ya serán ordinarios o extraordinarios para el sostenimiento de la familia, teniendo en cuenta el nivel de vida y las circunstancias de la familia (art. 1319 del CC)⁹⁹. Así el gasto del alquiler de la vivienda familiar tiene la consideración de carga matrimonial; y también los de consumo (gas, teléfono, luz, etc.)¹⁰⁰. En cuanto a la adquisición de bienes muebles, cuando el gasto es realizado para atender las necesidades ordinarias de la familia, la responsabilidad por la deuda contraída también alcanza al otro cónyuge, aunque sea subsidiariamente¹⁰¹. Respecto al pago del préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda privativa de uno de los cónyuges, este corresponde a su titular; pues, en el régimen de separación la regla es la separación de patrimonios y responsabilidades y dado que no juega el principio de subrogación real, es propietario el cónyuge adquirente. El hecho que el otro cónyuge aporte fondos para el abono del préstamo que, le permita la adquisición del bien inmueble por su cónyuge, no le otorga ningún derecho dominical sobre el bien; por lo que al no configurarse como carga del matrimonio, supondría que el cónyuge no titular contribuiría a la adquisición de un bien propiedad del otro cónyuge, ostentando un derecho de reembolso. Por lo tanto, en los términos apuntados, quedan excluidos del concepto de cargas del matrimonio en un régimen

de separación de bienes aquellos gastos que tienen por objeto la adquisición de bienes de inversión, como por ejemplo la adquisición de vivienda con préstamo hipotecario, al ser deudas y no cargas del matrimonio las cuotas hipotecarias¹⁰². Otra cosa es que, la adquisición de la vivienda familiar se haga conjuntamente por ambos cónyuges en régimen de comunidad de bienes o copropiedad por cuotas; de forma que, cada uno de los cónyuges deberá abonar el préstamo o crédito hipotecario en función de su cuota de participación y por supuesto, al título obligacional, si no se ha pactado otra cosa (art. 393 del CC) en proporción a los ingresos de cada uno¹⁰³.

Por todo lo expuesto, en el supuesto de adquisición por uno de los cónyuges de la vivienda al estar ante una carga de la propiedad y no del matrimonio, en el caso hipotético que un cónyuge contribuyera más que el otro, tal exceso sería compensado por medio de un derecho de reembolso¹⁰⁴. Por tanto, la posible inversión económica de uno de los cónyuges en el patrimonio privativo del otro, tan solo podrá determinar la existencia de un crédito reintegrable, pero en ningún caso dará derecho al inversor a participar en el aumento de valor del bien. Sí serán cargas del matrimonio los gastos de reparaciones o conservación ocasionados por el uso familiar, no los gastos de adquisición o mejora al quedar el bien en el patrimonio de uno de los cónyuges sin participación alguna del otro¹⁰⁵. En relación con la responsabilidad extracontractual debe considerarse que es carga del matrimonio el abono de las indemnizaciones debidas a daños causados por hechos propios de ambos cónyuges o por hecho ajeno —v.gr. los hijos comunes (art. 1903 del CC)—. Ambos deben responder en tales casos, como también por los daños causados por las cosas propiedad de ambos; y los gastos necesarios para defender intereses relacionados con el grupo familiar, pues, son también cargas del matrimonio¹⁰⁶.

Ahora bien, esta obligación de contribuir a las cargas del matrimonio subsiste en tanto exista régimen económico matrimonial (art. 95 del CC). Producida la crisis matrimonial, el concepto de cargas del matrimonio se disocia en el de alimentos a favor del cónyuge e hijos comunes —en caso de separación—; y pensión compensatoria (art. 97 del CC) cuya finalidad es corregir el desequilibrio económico entre los cónyuges y no cubrir una necesidad alimenticia¹⁰⁷. Tras la disolución del matrimonio no cabe hablar técnicamente de «carga matrimonial» ni de criterio de proporcionalidad.

En este contexto, el artículo 1438 del Código civil se refiere de manera expresa a la forma de contribuir a las cargas del matrimonio que tiene los cónyuges en su ámbito interno. Como tal norma de distribución el citado precepto establece dos criterios fundamentales a la hora de dar cumplimiento a ese deber: uno, dando entrada a la autonomía de la voluntad de los cónyuges; y otro, en defecto de pacto, al establecer como criterio de contribución el de la proporcionalidad a sus respectivos recursos económicos.

Tal como hemos precisado, en el esquema económico de contribución a las cargas familiares con carácter preferencial se opta por el acuerdo de los cónyuges, pues, ellos son los que mejor conocen las circunstancias concretas y específicas de su matrimonio. En la doctrina actual se admiten estos convenios o pactos considerando la regulación del Código civil como de derecho dispositivo y no de *ius cogens*¹⁰⁸. En todo caso, los acuerdos llevados a cabo por los cónyuges en este ámbito deben respetar los límites generales del artículo 1328 del Código civil. De forma que, en aquellos casos en que esta libertad de pactos encubre o contribuye a una desigualdad entre cónyuges; tal cláusula debe ser considerada nula por ilícita¹⁰⁹.

Así tales acuerdos respetando los límites legales, resultan válidos en las relaciones *inter partes*; siendo inoponibles frente a terceros en lo referente a las cargas del matrimonio que tengan la consideración de deuda doméstica al tener el artículo 1319 del Código civil naturaleza imperativa¹¹⁰. Para la mayoría de la doctrina los cónyuges van a poder determinar básicamente cómo se van a repartir las cargas, qué cantidad tienen que aportar cada uno y de qué manera se va a ejecutar la obligación de contribuir; de forma que, los pactos a los que pueden llegar las partes serán muy variados: establecimiento de un porcentaje sobre sus ingresos (mitad, un tercio, un cuarto); determinación de una cantidad periódica fija susceptible de actualización, o variable en función de las cargas asumidas en los distintos periodos (constante matrimonio o tras la separación)¹¹¹.

En este contexto, admitida la posibilidad de pactos y por tanto, la concreción de los cónyuges de cómo han de subvenir a las cargas del matrimonio, hemos de plantearnos si se exige una determinada forma para estos pactos o acuerdos. Frente a un sector minoritario de la doctrina que, se inclina por exigir la forma pública y más, en concreto, en capitulaciones matrimoniales al suponer una manifestación del régimen económico y como tal debe constar en capitulaciones¹¹²; la opinión mayoritaria defiende la tesis contraria y entiende que, no es necesario que dichos pactos o convenios reguladores conste en capitulaciones matrimoniales¹¹³. Aunque nuestra opinión se identifica con este criterio dominante, hemos de precisar que, si el pacto consta en capitulaciones matrimoniales no estamos ante exactamente una estipulación capitular, sino más bien ante un pacto capitular. Como el principio de libertad de forma debe imperar en este campo, tampoco resulta necesario que tales pactos consten en documento público distinto de las capitulaciones matrimoniales, ni siquiera en documento privado, incluso puede no constar de forma expresa, sino deducirse del comportamiento cotidiano de los cónyuges —acuerdos tácitos¹¹⁴—.

Ahora bien, admitida de forma mayoritaria por la doctrina la validez del pacto o cláusula de exoneración total de uno de los cónyuges, cabe plantearse la validez de los pactos o cláusulas por los que la contribución de ambos cónyuges al levantamiento de las cargas sea realizada por los esposos de forma distinta al criterio de proporcionalidad. Como señala MONTÉS PENADES el convenio de los cónyuges al respecto puede tener un contenido muy variado: por ejemplo, limitar la contribución de uno de los esposos a una cantidad periódica fija e invariable (mensual o anual); o a una porción o porcentaje preestablecido de los ingresos de cada uno de los esposos, o, en fin, limitarla a una porción de los ingresos personales de cada uno de los cónyuges supliendo el otro el resto, etc.¹¹⁵. Todas estas posibles combinaciones tienen de común modalizar el *quantum* de la obligación exigible a cada uno de los esposos. De forma que, como se entiende de forma mayoritaria por la doctrina, no ofrece dudas la admisibilidad de cláusulas de este tipo en que la contribución no sea proporcional¹¹⁶. Más discutible es considerar como admisibles y válidos los acuerdos sobre contribución no proporcional a las cargas del matrimonio de forma tácita, es decir, deducirse del comportamiento de las partes, pues, como indica la mayoría de la doctrina, ello implicaría legalizar un incumplimiento de tal obligación y supondría un importante obstáculo a la reclamación futura de reintegros por parte del cónyuge que generosamente contribuye en mayor proporción y vetaría el fundamento mismo de la compensación por el trabajo doméstico¹¹⁷. No obstante, no faltan quienes admiten este tipo de pactos en cuanto pueden establecerse incluso a través del comportamiento cotidiano de los cónyuges; si bien, se destaca las dificultades que puede entrañar de cara a futuras pretensiones de reembolso entre cónyuges¹¹⁸.

Ahora bien, aunque, a nuestro entender, no se considera admisible romper la regla de la proporcionalidad mediante un acuerdo tácito; si consideramos acertado, como señala CUENA CASAS la validez de un acuerdo en que se considerase que determinado gasto sea carga del matrimonio, cuando se respete el contenido mínimo de las cargas del matrimonio¹¹⁹.

Además del criterio de lo acordado por los cónyuges, el artículo 1438 habla de proporcionalidad de los recursos económicos —a diferencia de la redacción originaria del citado artículo que se refería a la proporcionalidad de los bienes— englobando rentas del trabajo y de capital, sin establecer un criterio de prioridad o de ordenación entre ambos tipos de recursos, por lo que deben entenderse incluidos los bienes improductivos. De manera que si un cónyuge tiene este tipo de bienes, y el otro solo sus ingresos por trabajo personal, ambos tipos de bienes deben ser tenidos en cuenta para el cálculo de la obligación de contribución de cada uno¹²⁰; llegándose incluso a afirmar que su titular puede ser obligado a venderlos para cumplir su obligación¹²¹. En todo caso, para JIMÉNEZ GALLEGO se refiere esta regla tanto a recursos como al patrimonio, sin diferenciar, ni establecer prioridades entre ambos¹²². Por su parte, señala ÁLVAREZ OLALLA que, se trata de equiparar al cónyuge más débil económicamente respecto a su consorte; de manera que, ambos cónyuges disfrutan del nivel de vida que les permitan los recursos económicos del cónyuge con mejor posición económica; en otras palabras el cónyuge con menores ingresos va a disfrutar de un nivel de vida superior al que corresponde a su propia situación económica¹²³.

Todo ello a diferencia de lo que acontece en el artículo 231-6 del Código civil catalán donde se debe contribuir a los gastos familiares con los recursos procedentes de su actividad, o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y si estos son insuficientes en proporción a sus patrimonios. Según este criterio, rentas e ingresos estarían en idéntico nivel de afección o de operatividad que los bienes que forman el patrimonio de los cónyuges. De forma que, el cónyuge que no tiene ingresos suficientes se vería abocado a vender parte de sus bienes para hacer frente a su obligación de contribuir que, le es exigida, aunque realmente no resulte necesario en términos económicos, como se precisa, si su consorte se basta por sí solo para sufragar todas esas cargas¹²⁴. Ahora bien, puede no ser económicamente rentable la venta del patrimonio improductivo solo para que el cónyuge titular pueda abonar su parte. Por lo tanto, en las relaciones entre ingresos o rentas y bienes o capital debe resolverse estableciendo una preferencia de los ingresos o rentas como medio idóneo para hacer frente al levantamiento de las cargas del matrimonio. Si bien, frente a quienes consideran que lo razonable es que las rentas de capital se tengan también en cuenta para calcular la parte que corresponde abonar a cada cónyuge¹²⁵; otros, en cambio, entienden que debería ser en proporción a los ingresos o rentas de cada cónyuge como habría de calcularse la proporción, sin tomar en consideración el patrimonio improductivo que solo responde subsidiariamente¹²⁶. En todo caso, si el abono efectivo de los gastos que se deriven de las cargas del matrimonio no puede producirse por falta de liquidez de uno de los cónyuges, el otro deberá satisfacer los gastos, pagando la parte que le corresponde al otro; lo que genera un derecho de reembolso (art. 1319.2 del CC) que, puede hacerse efectivo en la liquidación del régimen, salvo que hubiese sido exonerado del deber de contribución. Solo en caso de falta de liquidez de ambos cónyuges se podría obligar al cónyuge propietario del patrimonio improductivo a proceder a su enajenación.

3.3. LA COMPENSACIÓN POR EL TRABAJO DE CASA. EL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL

Como hemos indicado, los acreedores pueden hacer efectivas tales deudas contraídas por uno solo de los cónyuges sobre su patrimonio y subsidiariamente sobre el del otro cónyuge (art. 1319 del CC), sin perjuicio del derecho a exigir al otro tanto la aportación que le corresponde realizar respecto de su obligación de contribuir a las cargas del matrimonio (art. 1438 del citado cuerpo legal), como el exceso de aportación realizada por uno de los cónyuges. Si se trata de obligaciones exclusivas de los cónyuges responden de ellas con sus propios bienes. En fin, si uno de los cónyuges ha administrado el patrimonio del otro deberá rendir cuentas, pero no respecto de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demuestre que, no los invirtió en el levantamiento de las cargas del matrimonio.

Ahora bien, en el ámbito de la contribución a las cargas del matrimonio, corresponde analizar la compensación por el trabajo doméstico a la que se refiere el citado artículo 1438 del Código civil cuando señala que «el trabajo para la casa dará derecho a obtener una compensación que, el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación»¹²⁷.

GUILARTE MARTÍN-CALERO la define como «aquella compensación económica que tienen derecho a percibir el cónyuge que, habiéndose dedicado al cuidado del hogar y de la prole, en exclusiva o en mejor proporción que el otro, de su cónyuge o de los herederos de este, si durante la vigencia del régimen de separación, su patrimonio privativo experimentó un incremento debido a la actividad económica o patrimonial desarrollada por aquel»¹²⁸. Desde tal concepto dos elementos integran el concepto de compensación por el trabajo doméstico: el trabajo para la casa de uno; y el incremento patrimonial procedente de la actividad económica y profesional del otro.

Para MONTÉS PENADES esta disposición legal introduce una regla anómala en el régimen de separación de bienes, pues se traduce en una concreción comunitaria impropia de tal régimen. Y añade «en cuanto a la supresión de la referencia al enriquecimiento del otro cónyuge como presupuesto del crédito a la compensación, hay que hacer notar que, la equidad seguirá pesando (art. 3.2 del CC) entre las circunstancias, que habrá de tener en cuenta el juez para la determinación de la compensación, entre las cuales se habrá de ponderar la de haberse producido o no enriquecimiento, el cual puede deberse a la especial dedicación de quien asume tareas y cargas que, en principio, pesan sobre los dos cónyuges, como, por otra parte, determinará la exoneración del cónyuge que, se empobreció sufragando cargas familiares»¹²⁹. Por su parte, ÁLVAREZ OLALLA considera que, el establecimiento legal de la compensación no es sino una mera concreción o reiteración del derecho de reintegro del artículo 1319.3 del Código civil, la cual se regirá por las mismas reglas que los reembolsos procedentes en los demás casos de aportaciones desproporcionadas. Habrá de compensar ese trabajo cuando su valor excede de la cuantía en que al cónyuge que la realiza le corresponderá contribuir. Y afirma también esta autora que «admitir esa “compensación” al finalizar el régimen al margen de la disciplina de contribución a las cargas supondría la introducción de un verdadero enclave comunitario en el régimen de separación, poco adecuado teniendo en cuenta los principios en los que el mismo se inspira: equiparación del nivel de vida de ambos cónyuges, en tanto existe comunidad de vida, con ausencia de consecuencias patrimoniales ulteriores, derivadas del propio régimen económico»¹³⁰.

En lo que se refiere a la naturaleza jurídica, hay que señalar que, se trata de una norma de liquidación de bienes cuya finalidad es compensar el desequili-

brio patrimonial que provoca el normal funcionamiento del régimen económico matrimonial pactado por los cónyuges¹³¹; no resultando compatible con una situación en que el régimen de separación no existe¹³². Se trata de «un mecanismo corrector de la independencia patrimonial del régimen de separación de bienes de carácter legal y subsidiario de la previsión de la voluntad de los cónyuges que podrán neutralizar la falta de solidaridad conyugal del régimen con la adquisición conjunta de bienes durante la vigencia del mismo o con la fijación *ex ante* de una compensación por el trabajo para la casa»¹³³.

Ahora bien, no existe en la doctrina un acuerdo unánime acerca del fundamento de esta compensación. Así en el restablecimiento de la regla de la proporcionalidad, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO considera que la compensación pactada cuando el valor del trabajo realizado en el hogar excede, según la regla de la proporcionalidad, de las aportaciones realizadas por el otro cónyuge, teniendo en cuenta los recursos económicos¹³⁴.

Para otros, como DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ «el espíritu que debe presidir la inteligencia de la norma es evitar las situaciones de sobrecontribución, cuando además de contribuir mediante la realización de un trabajo, se realizan trabajos para la casa, o para otro esposo, sin retribución o con retribución insuficiente. Es decir, una vez rota la regla de la proporcionalidad, lo que persigue la compensación es restablecer el equilibrio, pero no puede pretenderse pese al deseo de muchos y en particular, de numerosos pronunciamientos judiciales convertir la regla en una sobreaportación de la labor de la casa por encima y, en detrimento, de cualesquiera otras formas de contribución»¹³⁵.

También se ha defendido que el derecho a obtener una compensación por el trabajo se funda en la existencia de un enriquecimiento injusto. Así MORENO-TORRES señala que, la finalidad del artículo 1438 del Código civil es evitar que el cónyuge que ha ejercido durante el régimen de separación una profesión u oficio se enriquezca a costa del que, entretanto, se ha ocupado de atender las necesidades domésticas¹³⁶.

Por su parte, ALBALADEJO entiende que, la compensación sería una especie de indemnización por paro que, englobaría también sueldos dejados por percibir¹³⁷. REBOLLEDO VARELA defiende que, se trata de paliar el principal defecto que se ha señalado en el régimen de separación de bienes que, no hace participar a ambos cónyuges de las ganancias del matrimonio, pensándose así en la situación del cónyuge que se dedica al hogar y no realiza actividad remunerada; lo que no justifica que se le reconozca legalmente el derecho a una compensación económica; por lo que se busca solventar, por una vía equivocada, el problema de la desprotección del cónyuge que no tiene ingresos propios, que no participa en las ganancias de su cónyuge y con un sistema sucesorio ideado para la sociedad de gananciales, les confiere una legítima muy reducida; y añade, «los propios cónyuges que han pactado el régimen tienen en sus manos los medios jurídicos suficientes para evitar el principal inconveniente del régimen: la posible situación de precariedad a su extinción del cónyuge que ha permanecido dedicado a las actividades de la casa, y ello sin necesidad de compensación legal»¹³⁸.

Asimismo, se alude a la pérdida de expectativas laborales o profesionales, promoción profesional o laboral y, en definitiva, la pérdida de oportunidades de incrementar con el trabajo o actuación, realizadas fuera del hogar, el patrimonio propio¹³⁹. Así LASARTE ÁLVAREZ señala que, quizá pudiera encontrar explicación la norma «en la generalizada minusvaloración del quehacer doméstico y en la pretensión del legislador de beneficiar a aquel de los cónyuges que sacrifica su capacidad laboral o profesional en favor del otro cónyuge sobre todo cuando existe

separación de bienes y por tanto, quien no genera ingresos, no puede participar de las propias de su consorte»¹⁴⁰.

En todo caso, esta contribución mediante el trabajo para casa se hace de forma gratuita, sin percepción de ningún salario a cargo del patrimonio del otro consorte, pero ello no significa que no sea susceptible de generar una compensación, al tiempo de la extinción del régimen económico matrimonial, que no supone una adjudicación de bienes, sin perjuicio que por acuerdo entre las partes, se pueda indemnizar de tal forma. Este artículo 1438 tiene su fuente inspiradora en la Resolución (78) 37, del Consejo de Ministros de la Unión Europea, adoptada el 27 de septiembre de 1978, durante la reunión 298, en la cual, en su apartado III, concerniente a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, número 8 i) establece que «las cargas familiares sean soportadas por ambos cónyuges en común con arreglo a las posibilidades de cada uno de ellos, entendiéndose que los trabajos efectuados en el hogar por uno de los cónyuges se deberán considerar como contribuciones a las cargas familiares». En este sentido se ha proclamado que el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de finalización del régimen. Por su parte, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio introdujo el artículo 68 del Código civil, el deber de compartir las responsabilidades domésticas, así como el cuidado y atención de ascendientes y descendientes; por lo que si son satisfechas exclusivamente por uno de los cónyuges, se establezca un derecho a la compensación.

Sobre tales bases, en el ámbito de la jurisprudencia menor se fundamenta la compensación por el trabajo doméstico por algunas resoluciones en una previa contribución en especie al levantamiento de las cargas del matrimonio¹⁴¹; asimismo, en la existencia de una desigualdad peyorativa para quien desempeña tareas domésticas con una significativa labor asistencial a favor de la familia, pues su inexistencia supondría denegar la pensión cuando el 100% del salario del otro cónyuge se destina al levantamiento de las cargas del matrimonio¹⁴²; en la necesidad de reequilibrar de forma equitativa la situación del cónyuge más perjudicado y tratar de resarcir de algún modo el tiempo invertido¹⁴³; también en la propia desigualdad que se observa al final del matrimonio, pues, el que ha podido disponer de tiempo para desarrollarse profesionalmente se encuentra en una situación mucho más ventajosa que el cónyuge que se ha dedicado a las tareas domésticas¹⁴⁴; y, en fin, se dispone que, la exigencia de la dedicación al trabajo debería hacerse de forma exclusiva y excluyente —solo con el trabajo realizado para la casa—, aunque esto implique un incumplimiento del deber del matrimonio de compartir las tareas domésticas (art. 68 del CC); excluyéndose, por tanto que, sea necesario para obtener la compensación, que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge¹⁴⁵.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2011 —en unificación de doctrina¹⁴⁶— fija como doctrina jurisprudencial lo siguiente. «El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que, se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge»¹⁴⁷. Asimismo, en Sentencia de este Alto Tribunal del Pleno de la Sala de lo Civil, de 26 de marzo¹⁴⁸ y, de 14 de abril de 2015¹⁴⁹ se inclinan por el trabajo doméstico con

el carácter de exclusivo no excluyente. Lo que impide reconocer el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que le reclama hubiera compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar a tiempo parcial o en jornada completa y no exclusiva; y, asimismo, cuando esta dedicación siendo exclusiva la realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge o con ayuda externa.

La Sentencia de este mismo Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2015¹⁵⁰ precisa en su *Fundamento de Derecho tercero* que «(...) Lo cierto es que la norma no discrimina entre el mayor o menor patrimonio de los cónyuges, y es evidente que, aplicando la doctrina de esta Sala al caso controvertido, resulta que la esposa que solicita la compensación se ha dedicado de forma exclusiva a las tareas del hogar durante la vigencia del matrimonio, haciéndolo el marido fuera de la casa, bien es cierto que con la ayuda inestimable del servicio doméstico e incluso de un chófer pues a la postre sobre ella recaía, como se dice en el recurso, la “dirección del trabajo doméstico, el interés de la familia y el amor de la prole, que difícilmente forma parte de las tareas domésticas realizadas por el servicio doméstico”. Esta Sala ha recordado que, la dedicación debe ser exclusiva, lo que aquí se acredita, pero no excluyente, “pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento”, como ocurre en este caso».

Por lo que ambas resoluciones fijan como doctrina jurisprudencial que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente; lo que no impide reconocer el derecho a la compensación: 1. En aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar a tiempo parcial o completo; y 2. No excluir la compensación cuando esta dedicación siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge o con ayuda externa que, en todo caso, pueden influir en su cuantificación.

Asimismo, en esta línea, señala a su vez la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2015¹⁵¹ que «se trata de una norma de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque pueda tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación y que pueda hacerse efectiva bien en el proceso conyugal o en un procedimiento independiente».

Lo cierto es que, frente a esta posición del Tribunal Supremo, hay que señalar que, ni el trabajo realizado por el cónyuge fuera del hogar, ni que cuente con asistencia doméstica puede ser motivo para la denegación, pues, lo determinante es la alteración en la regla de la proporcionalidad que determina que, la aportación del cónyuge que se dedica en exclusiva a las tareas domésticas o compaginándolas con el trabajo fuera de la casa, supere lo realizado por el otro¹⁵². La decisión de no realizar una actividad profesional y la de pactar el régimen de separación de bienes es libre. Asimismo, no es incompatible la realización de una actividad profesional con la dedicación a la casa.

Ahora bien, este desequilibrio en las aportaciones puede tener lugar tanto si el cónyuge se dedica en exclusiva a las tareas del hogar; como si lo hace compaginándolo con una actividad profesional o empresarial a tiempo parcial o completo poco o nada remuneradas¹⁵³; o simplemente, recibe ayuda de una tercera persona¹⁵⁴. Reducirlo exclusivamente a cuando el cónyuge acreedor se dedica al trabajo doméstico, como parece operar el Tribunal Supremo, en sus últimas sentencias supone reducir el campo de aplicación de esta compensación en exceso,

perjudicando a quienes —que en la actualidad son la mayoría— compagina el trabajo en el hogar con una actividad profesional o empresarial.

Sobre tales bases, hay que manifestar que, la Sala Primera ha mantenido una reiterada doctrina jurisprudencial en la que se ha venido exigiendo para el reconocimiento de dicha compensación económica que, la dedicación del cónyuge al trabajo doméstico fuera «exclusiva», esto es, solo con el trabajo realizado para la casa; lo que ha impedido el reconocimiento del citado derecho en aquellos supuestos en el que el cónyuge que lo reclama hubiera compatibilizado el cuidado de la casa y de la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa. Doctrina esta que ha sido matizada en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de febrero de 2017¹⁵⁵ en la que se atendió para denegar esta compensación económica a que el trabajo realizado lo fuera «por cuenta ajena». De todas formas, la Sentencia de este Alto Tribunal y Sala, de 14 de marzo de 2017¹⁵⁶ después de señalar que, la esposa ha tenido plena y exclusiva dedicación al cuidado del marido y de los hijos habidos en el matrimonio, aprecia que «en ningún caso el artículo 1438 del Código civil exige que para ser merecedora de la compensación haya existido una imposibilidad probada y manifiesta para poder trabajar fuera de la casa por parte del cónyuge que solicita la compensación».

De nuevo, el Pleno de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de abril de 2017¹⁵⁷ se pronuncia para interpretar la expresión «trabajo para la casa del artículo 1438 del Código civil». Al efecto señala en su *Fundamento de Derecho séptimo* que, la regla sobre compensación contenida en el citado precepto, dirigida a mitigar la desconsideración de que es objeto en el régimen de separación el cónyuge que se dedica de forma exclusiva al trabajo para la casa, pudo responder en su origen al presupuesto de quien solo se había dedicado al hogar y no había realizado ninguna suerte de actividad remunerada. No obstante, en la realidad social actual (art. 3.1 del CC), más allá de aquella inspiración que movió al legislador a introducir una compensación económica para ese cónyuge, parece oportuno atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa, pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera por tanto del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo si esa colaboración se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización doméstica y familiar. Y, así en el concreto caso examinado, se destaca por la sentencia que, la esposa trabajó en la casa y, además, en el negocio familiar con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido. Por todo ello, la Sala declara que, la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa a los efectos de la compensación económica del artículo 1438 del Código civil, mediante una interpretación de la expresión «trabajo para la casa» contenida en el citado precepto, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar. Así «con este pronunciamiento se adapta la jurisprudencia de esta Sala, recogida entre otras en Sentencias 534/2011, 135/2015, al presente supuesto en el que la esposa no solo trabajaba en el hogar, sino que además trabajaba en el negocio familiar (del que era titular su suegra) con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de la indemnización por despido, criterio que ya se anticipaba en la Sentencia 136/2016, de 28 de febrero que atiende para denegar el derecho a

la compensación económica citada a que la realización de un trabajo fuera del hogar se haya realizado por “cuenta ajena”».

De la doctrina jurisprudencial expuesta, destaca la Sala que, si un cónyuge asume la dirección de la vida familiar, realizando por sí las tareas domésticas o llevándolas a cabo bajo su dirección, tiene derecho a una compensación. Se exige para ello que, la dedicación a las tareas domésticas sea en «exclusiva». Si bien, se mantiene la compensación cuando el otro cónyuge colabora ocasionalmente en las tareas del hogar sobre la base de lo dispuesto en el artículo 68 del Código civil, o se ayuda el cónyuge acreedor de un tercero para la realización de las tareas domésticas; lo que puede tenerse en cuenta para la cuantificación de la compensación, pero no en el derecho a percibir tal compensación¹⁵⁸. Por el contrario, si el cónyuge además de realizar las tareas de la casa, desempeña un trabajo fuera del hogar, no tiene derecho a la compensación. Sin embargo, para la jurisprudencia menor, la *ratio* del artículo 1438 del Código civil no exige una contribución «exclusiva, excluyente y directa», sino que la desigualdad que, se trata de corregir no solo se da cuando el acreedor se dedica exclusivamente al hogar, sino también cuando lo hace en mayor medida; de ahí que, tendrían derecho a la compensación tanto los primeros como los que compatibilizan dicha actividad familiar con otra económica o laboral.

En fin, como indica el Alto Tribunal, en la realidad social actual parece oportuno atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para el caso, pero al mismo tiempo ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro; por tanto, trabajar para el otro cónyuge en condiciones laborales precarias, es también trabajar para la casa. Por lo que, atendiendo al contenido de esta resolución, representa doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Alto Tribunal (desde la Sentencia de 14 de julio de 2011 hasta la Sentencia de 26 de abril de 2017) que la compensación por trabajo para la casa prevista en el artículo 1438 del Código civil solo opera cuando se ha desarrollado en forma exclusiva —SOLO en trabajos en el hogar—, o si se ha compatibilizado con alguna actividad remunerada en el negocio familiar (del consorte o suegra) y en precario¹⁵⁹.

Partiendo de esta doctrina jurisprudencial establecida en la citada resolución de 26 de abril de 2017, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 2020¹⁶⁰ declara que “el caso enjuiciado difiere esencialmente de la doctrina jurisprudencial esgrimida, dado que el recurrido Sr. Benjamín no consta que trabajase con mayor intensidad en el trabajo para la casa, por lo que mantuvo intacto su desarrollo profesional. Y tanto la demandante como el demandado atendieron a sus obligaciones familiares, pero sin que conste preponderancia de alguno de ello, a lo que debe añadirse que el trabajo desarrollado por el Sr. Benjamín en la farmacia (de su esposa) fue bajo un salario adecuado y similar al que luego obtuvo en las otras farmacias que lo contrataron después de la ruptura conyugal. Por tanto, el recurrido no trabajó prioritariamente en las tareas del hogar, ni fue retribuido precariamente, por lo que procede excluir la aplicación del artículo 1438 del Código civil».

Estamos ante el supuesto que ambos cónyuges realizan el trabajo doméstico y una actividad remunerada. Como ambos cónyuges ha contribuido proporcionalmente a sus recursos económicos al sostenimiento de las cargas familiares; y, siendo uno de los criterios para fijar la compensación, precisamente la contribución de cada uno en el trabajo para la casa; en este supuesto no procede la compensación para el Sr. Benjamín. En todo caso, de probarse que uno ha aportado más de lo que le corresponde, podrían ejercer una acción de reintegro sobre la

base de lo previsto en el artículo 1319 *in fine* del Código civil y en los términos señalados en líneas precedentes —aportado más caudales propios a satisfacer las necesidades familiares—. Ahora bien, de haber probado el Sr. Benjamín que ha trabajado con más intensidad para la casa, con el consiguiente detrimento en su actividad profesional, podría solicitar una compensación, según parece deducirse de los propios términos de la citada resolución.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 14 de julio de 2011, reiterada en la de 31 de enero de 2014¹⁶¹ han excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que, debe pagar la compensación del trabajo doméstico; lo que contrasta con lo dispuesto en el artículo 232-5.1 del Código civil catalán que, establece al respecto que, si un cónyuge ha trabajado para la casa más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación, siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen de separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges, o en su caso, del cese efectivo de la convivencia, el otro haya obtenido, precisamente, un incremento patrimonial superior¹⁶², y con alguna resolución judicial que lo fundamenta en tal enriquecimiento¹⁶³. De todas formas, dispone la citada resolución de nuestro Alto Tribunal, «la regla de aplicación resulta de una forma objetiva por el hecho que uno de los cónyuges haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa; por lo que es contrario a la doctrina de esta Sala el tener en cuenta otra circunstancia distinta de la objetiva, como es, no el beneficio económico, pero sí lo que en todos los emolumentos se haya dedicado al levantamiento de las cargas familiares, lo que la sentencia denomina la inexistencia de “desigualdad peyorativa”; y, supone denegar la pensión cuando el 100% del salario se destina al levantamiento de las cargas familiares. Admitirlo implica reconocer lo que la doctrina de esta Sala niega como presupuesto necesario para la compensación, es decir, que el esposo se beneficie o no económicamente. Basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación».

Lo cierto es que, frente a esta posición del Tribunal Supremo, hay que señalar que, ni el trabajo realizado por el cónyuge fuera del hogar, ni que cuente con asistencia doméstica puede ser motivo para la denegación, pues, lo determinante es la alteración en la regla de la proporcionalidad que determina que, la aportación del cónyuge que se dedica en exclusiva a las tareas domésticas o compaginándolas con el trabajo fuera de la casa, supere lo realizado por el otro (hay un exceso o sobreaportación; o se ha trabajado con más intensidad para la casa)¹⁶⁴. La decisión de no realizar una actividad profesional y la de pactar el régimen de separación de bienes, como hemos indicado, es libre. Asimismo, no es incompatible la realización de una actividad profesional con la dedicación a la casa. La compensación debería tener lugar cuando uno de los cónyuges, además de dedicarse al trabajo doméstico, desempeña una actividad profesional, empresarial o laboral remunerada fuera del hogar por cuenta propia o ajena. Ciertamente, se debería tener en cuenta que la dedicación a tareas del hogar por parte de un cónyuge le puede suponer un empobrecimiento patrimonial y una pérdida o falta de expectativas laborales, profesionales o empresariales.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que, a la extinción del régimen de separación se puede generar un desequilibrio que tiene lugar tanto en el cónyuge que se ocupa de las tareas de la casa únicamente, como el que, además, realiza un trabajo fuera del hogar. De forma que, tal trabajo en el hogar puede suponer una sobreaportación por parte del cónyuge que se dedica a las tareas domésticas; por lo que, habrá de ser compensado cuando la realización del trabajo para la casa supere, precisamente, a la contribución realizada por el otro; todo ello de

acuerdo con el criterio de proporcionalidad y los recursos económicos de los que disponen los cónyuges. Ciertamente, este desequilibrio en las aportaciones puede tener lugar tanto si el cónyuge se dedica en exclusiva a las tareas del hogar, como si lo hace compaginándolo con una actividad profesional o empresarial; o simplemente, recibe ayuda de una tercera persona¹⁶⁵. Reducirlo exclusivamente a cuando el cónyuge acreedor se dedica al trabajo doméstico, como parece operar el Tribunal Supremo, en sus últimas sentencias supone reducir el campo de aplicación de esta compensación en exceso, como hemos señalado, perjudicando con ello a quienes —que en la actualidad son la mayoría— compagina el trabajo en el hogar con una actividad profesional o empresarial, esto es, además de aportar ingresos, contribuyen al trabajo doméstico. También con esta forma de proceder se perjudica al cónyuge que, destina la totalidad de los ingresos o la mayor parte de los mismos a atender a los gastos familiares, y sin haber tenido un incremento patrimonial a costa de quien atiende en exclusiva las tareas del hogar, tiene que pagar a este una compensación. En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2015, aun teniendo la esposa un importante patrimonio, y viviendo en un chalet de lujo, en una zona exclusiva, con chofer y servicio doméstico, le corresponde la compensación por el trabajo doméstico, ya que se ha dedicado a la casa en exclusiva, y, además, se alude como un segundo criterio proporcional, el hecho del beneficio económico obtenido por el marido por la realización de su trabajo o actividades empresariales o profesionales; de ahí que, la esposa reclamase en la vista una compensación del 5% del valor del patrimonio adquirido por el marido, por medio de sus empresas, constante matrimonio, o lo que es igual una compensación de 733.056 euros por los 3.984 días de convivencia a razón de 184 euros por día —si bien, el Tribunal Supremo la reduce a doscientos cincuenta mil euros—.

En este contexto, resulta, asimismo, criticable, aunque con ello seamos reiterativos en nuestros planteamientos, la matización a esta doctrina jurisprudencial que, el Tribunal Supremo hace en su Sentencia de 28 de febrero de 2017¹⁶⁶ en la que se deniega esta compensación económica, pues, el trabajo realizado lo era «por cuenta ajena» antes y después de que ambos cónyuges pasaran de un régimen de gananciales a otro de separación de bienes; y, porque «la relación conyugal no le ha impedido el desempeño de ningún puesto de trabajo y tampoco la pérdida o merma de expectativas de tal naturaleza»; además de exigir que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente. Sin embargo, en la línea del Código civil catalán que, en su artículo 232-5.2 reconoce que, hay derecho a la compensación, cuando el cónyuge ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente, el Tribunal Supremo ha asimilado la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, con el «trabajo para la casa» a los efectos de reconocimiento del derecho a la compensación económica. Si bien, algo hemos avanzado en la definición de lo que supone la compensación del trabajo para la casa, aunque de una manera un tanto criticable¹⁶⁷.

De todas formas, el trabajo para la casa o trabajo doméstico no se reduce exclusivamente a las tareas domésticas típicas, sino que es un concepto más amplio que abarca tareas para cuya realización no sería sustituible el cónyuge por un tercero, tales como la atención a los componentes de la familia, adquisición de bienes para los miembros de la familia, en suma, la tarea de dirección de las gestiones domésticas¹⁶⁸.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2019¹⁶⁹ indica que «para beneficiarse de la compensación económica del artícu-

lo 1438 del Código civil, no es precisa la ejecución material del trabajo doméstico», dado que también hay funciones de dirección, supervisión, control y coordinación necesarias para la buena marcha del hogar familiar. También, señala que «para la atención de las tareas domésticas contó la actora con 11 empleados, dadas las dimensiones de la vivienda familiar y la capacidad económica de su esposo. Es evidente que, la posición social que le brindó el matrimonio, le dispensaba de la ejecución material de tan dignos trabajos. Ahora bien, si abordó las funciones de dirección, supervisión, control y coordinación necesarias para la buena marcha del hogar familiar; durante la vigencia del matrimonio, así como la atención personalizada a las hijas comunes susceptible de generar una compensación económica a la extinción del régimen de separación». Por tanto, no es posible equiparar el trabajo para la casa con el trabajo doméstico, dado que, según el Alto Tribunal, aquel conlleva muchas más funciones que, puede ejercitarse o no con ayudas de terceras personas. Asimismo, el Alto Tribunal razonó que «en el caso litigioso, la demandada durante la convivencia familiar no desempeñó trabajo retribuido por cuenta ajena o de forma autónoma, sino que se dedicó principalmente a la dirección de las tareas domésticas y al cuidado personalizado de las hijas comunes, sin perjuicio de las atenciones que, igualmente, les dispensaba el padre, que tenía que compatibilizar con las exigencias derivadas de la gestión de sus negocios. Tampoco se ha declarado que la esposa colaborara con la actividad profesional o empresarial del que fue su marido. Los trabajos a los que se refiere el voto particular de la sentencia de la Audiencia los considera secundarios y sin constancia de la generación de ingresos. En consecuencia, también podría reconocerse el derecho a la compensación cuando el cónyuge además de trabajar para la casa, ha realizado algún tipo de trabajo «empresarial o laboral» sin remunerar¹⁷⁰.

Por su parte, la Sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 14 de marzo de 2017¹⁷¹ manifiesta que «en ningún caso el artículo 1438 exige que para ser merecedor de la compensación haya existido una imposibilidad probada y manifiesta para poder trabajar fuera de casa por parte del cónyuge que solicita la compensación».

En todo caso, en la jurisprudencia menor realizar algún trabajo remunerado en la vivienda familiar se equipara a los trabajos fuera del hogar para denegar la compensación¹⁷²; o también se valora negativamente para la concesión de la compensación el hecho de realizar estudios superiores o preparar oposiciones¹⁷³; o el solicitar una excedencia voluntaria durante un tiempo en el trabajo¹⁷⁴; o en fin, cuando el matrimonio ha tenido escasa duración se opta unas veces por su concesión y en otras no —siendo esta última posición el criterio mayoritario¹⁷⁵—; o los hijos son menores, aunque con una edad cercana a la mayoría; o, son mayores de edad¹⁷⁶. Sin embargo, al cónyuge que se dedica a la casa, aunque formalmente aparezca como trabajador o administrador se le concede la compensación¹⁷⁷, al igual que, al que figura como propietario de una empresa¹⁷⁸. No así si resulta acreditado que, el cónyuge sigue realizando su actividad laboral, sin que se haya constatado que el matrimonio le impidiera o limitara dicha actividad, ni le supusiera la interrupción de su vida laboral para dedicarse al trabajo del hogar¹⁷⁹.

Si bien cuestión distinta es la forma de llevar a efecto la valoración de tal compensación, partiendo de la circunstancia que, no opera la exigencia de enriquecimiento del deudor.

En este contexto, se ha de indicar que, precisamente, el artículo 1438 del Código civil no concreta los criterios para fijar el *quantum* indemnizatorio ni tiene carácter imperativo sino dispositivo, por lo que los cónyuges tienen liber-

tad y autonomía para estipular cómo ha de computarse ese trabajo doméstico, los criterios para su fijación, el *quantum*, las modalidades de pago, para luego concretar el modo o manera de afectar la compensación, la forma y el tiempo.

Al respecto, como todo lo relativo al alcance del artículo 1438, también la forma de determinar la cuantía de la compensación ofrece algunos problemas. En la citada Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2011 se señala que, el artículo 1438 del Código civil se remite al convenio, o sea a lo que los cónyuges, al pactar el régimen, pueden establecer respecto a los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla. Representa el pacto de los cónyuges cuantificando la compensación la primera opción para su fijación. No obstante, esta opción no se utiliza como sería deseable, por lo que corresponderá al juez la fijación de la misma¹⁸⁰.

El artículo 1438 del Código civil no contiene ningún criterio de orientación que, no sea el que resulte de tratarse de una norma especial en el marco del régimen económico matrimonial de separación de bienes. Lo que contrasta con lo previsto en legislaciones forales. Así en el artículo 232-5.3 del Código civil catalán establece diversos criterios o pautas para determinar la cuantía de la compensación por razón del trabajo como son: la duración y, la intensidad de la dedicación, teniendo en cuenta los años de convivencia, y concretamente, en caso de trabajo doméstico, al hecho de que hay incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges¹⁸¹.

Por lo que tal labor de concretar los criterios o pautas corresponde a la jurisprudencia, unas veces se opta por el equivalente al salario mínimo interprofesional¹⁸²; otras por el sueldo que cobraría una tercera persona por realizar ese trabajo¹⁸³, de forma que, se contribuye con lo que se ha dejado de desembolsar o se ha ahorrado por la no necesidad de tener que contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar¹⁸⁴; o por los salarios dejados de percibir por el cónyuge que solicita la compensación durante el tiempo de dedicación a la casa¹⁸⁵. Si bien, el legislador catalán establece un límite legal máximo, en concreto, de la cuarta parte de la diferencia existente entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges, calculada de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 232-6. No obstante, si el cónyuge acreedor prueba que su contribución ha sido notablemente superior, la autoridad judicial podrá incrementar esta cuantía (art. 232-5.4 del Código civil catalán)¹⁸⁶. En todo caso, para MORENO-TORRES la cuantía de la compensación no ha de ser la mitad del valor atribuido a los bienes adquiridos por el cónyuge deudor durante la vigencia del régimen, pues, ello conduciría a la misma situación que, si el régimen económico fuese el de participación¹⁸⁷. De todas formas, nada obsta para que, el juez utilice otras opciones para fijar finalmente la cuantía de la compensación¹⁸⁸, que, conforme establece el citado artículo 1438 del Código civil, lo hará equitativamente. Precisamente, en la citada Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2019¹⁸⁹ la Sala tiene en cuenta una serie de criterios que son objeto de una adecuada ponderación. Por una parte, se indica que, la demandante voluntariamente dejó su actividad laboral para casarse, lo que le permitió disfrutar de un extraordinario nivel de vida del que no gozaba, ni tenía posibilidades de hacerlo a través de los ingresos provenientes de su trabajo, quedando todas sus necesidades cubiertas con las aportaciones de su marido se fijó a su favor una pensión compensatoria de 75000 euros líquidos al mes, durante cinco años, lo que supone como mínimo una cantidad de 4500000 euros, sin perjuicio de las actualizaciones del IPC. Asimismo, consta que, el marido donó a su mujer durante el matrimonio unos

tres millones de euros, con 2 275 000 euros adquirió una vivienda suntuaria de la que es ahora propietaria, que fue objeto de una importante remodelación, igualmente, abonada por el marido. Todo ello no significa que la demandante no tenga derecho a una compensación del artículo 1438, que ello no cuestiona el demandado.

Ciertamente, la diferencia entre la capacidad económica entre ambos litigantes es tan abismal, que la aportación proporcional de la esposa a las cargas del matrimonio sería muy escasa, con lo que su dedicación exclusiva al hogar requiere una compensación pecuniaria, pero no de la forma que pretende la recurrente o la que fue fijada en la sentencia de la Audiencia. En consecuencia, esta Sala asumiendo la instancia «considera que, en atención a una valoración equitativa de los trabajos de coordinación cualificados para la casa prestados por la demandante durante los diez años del matrimonio en razón de unos 70 000 euros netos al mes, arroja la suma final de 840 000 euros, que se consideran procedente como indemnización liquidatoria del régimen de separación de bienes que regía el matrimonio de los litigantes, ponderando además los otros elementos de juicio antes considerados, como donaciones recibidas de unos tres millones de euros, nivel de vida que disfrutó, pensión compensatoria de 75 000 euros al mes durante cinco años para cuya fijación se valoran también sus expectativas profesionales». Con anterioridad este mismo Alto Tribunal y Sala, en Sentencia de 25 de noviembre de 2015 señalaba que ante la ausencia de previsión legal en la norma para fijar la compensación debían tenerse en cuenta dos cosas: primera que, no es necesario para obtenerla que se haya producido un incremento patrimonial de uno de los cónyuges, del que puede ser partícipe el otro y, segunda, que lo que se retribuye es la dedicación de forma exclusiva al hogar y a los hijos, dentro de la discrecionalidad que autoriza la norma».

Ahora bien, no se duda que, la finalidad del artículo 1438 del Código civil es compensar el exceso que ha aportado quién se ha ocupado del trabajo en el hogar, y que ha de calcularse con respecto a la proporción de recursos económicos que, le corresponde aportar. Por lo que, la compensación para el hogar solo opera cuando el cónyuge que se ha dedicado a tales tareas de forma exclusiva o no y, ha contribuido en más proporción de lo que le corresponde; si bien, la cuantía no debe superar tal proporción que, efectivamente, no podrá exceder de la mitad del incremento patrimonial originado a lo largo de la vigencia del régimen de separación de bienes. En la cuantificación de la compensación de ese trabajo para la casa, se puede utilizar como referencia el salario que pudiera pagarse a una empleada doméstica; o el correspondiente al salario mínimo interprofesional¹⁹⁰; o se deja al arbitrio del juez a través de diversos criterios ponderativos.

Por tanto, la compensación ha de cubrir el exceso en la aportación y no más. En concreto, el ahorro en costes que supone el trabajo para el hogar realizado por uno de los cónyuges ha de compararse con el que correspondería al otro cónyuge aportar en la cobertura de las cargas del matrimonio, y si resulta excesivo o desproporcionado tal ahorro de costes, ha de compensarse. En esencia, habrá de comprobarse lo que aportó uno y otro, en base a sus recursos económicos y compensar la desproporción que no deja de ser un empobrecimiento injusto, esto es, carente de causa¹⁹¹. En todo caso, no procede la compensación si quien se ha dedicado al trabajo para la casa, la práctica totalidad de su patrimonio privativo se ha adquirido con recursos privativos del otro cónyuge¹⁹².

De todas formas, la fijación se puede dejar al arbitrio judicial mediante diversos criterios ponderativos; o en caso, moderar la cuantía ante la existencia de determinadas circunstancias¹⁹³. Precisamente, el artículo 232-5.3 del Código civil

catalán tienen en cuenta para determinar la cuantía de la compensación económica por razón del trabajo *«la duración e intensidad de la dedicación, teniendo en cuenta los años de convivencia y concretamente, en caso de trabajo doméstico, al hecho que haya incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges»*¹⁹⁴.

Ahora bien, la misma libertad que tienen los cónyuges para fijar el *quantum* de la compensación, la tienen para determinar la forma de pago de la compensación. Preferiblemente, habrá de hacerse mediante el pago de una cantidad de dinero en un pago único o a plazo¹⁹⁵, una pensión periódica, en una cantidad a tanto alzado¹⁹⁶, o también mediante la adjudicación de bienes concretos por acuerdo de los interesados¹⁹⁷ o donación¹⁹⁸, o porque lo concede el juez a petición fundada del acreedor¹⁹⁹. El propio Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de enero de 2014²⁰⁰ consideró que no procedía la fijación de la compensación porque *«había recibido una anticipada compensación pecuniaria»* a favor de la esposa, compensación que puede tenerse en cuenta, aunque no se haga efectiva en el momento de la ruptura y consiguiente extinción del régimen económico de separación²⁰¹. O tampoco procede cuando se constata que no realizando trabajo retribuido alguno durante la vigencia del régimen; sin embargo, dispone de un patrimonio que no puede provenir más que de los ingresos de su marido.

En todo caso, puede operar el pago por compensación del artículo 1438 del Código civil, asumiendo el cónyuge deudor con su dinero privativo las deudas del cónyuge que solicita²⁰²; o mediante la entrega de una cantidad de dinero²⁰³; o compensarse con la atribución de un derecho de uso de la vivienda²⁰⁴.

Respecto a la forma de ese posible acuerdo o convenio de las partes con relación a la compensación puede revestir cualquiera, no es preciso que conste en capitulaciones matrimoniales. En cuanto al tiempo para hacer efectiva la compensación, tal como establece el Código civil tendrá lugar a la extinción del régimen de separación de bienes. No obstante, los cónyuges pueden acordar tal liquidación en un momento previo a la extinción, como, asimismo, en un momento posterior a la misma.

Por otra parte, es posible como contenido del acuerdo o pacto de los cónyuges, la renuncia a tal compensación. Parece existir un criterio mayoritario en su admisibilidad; renuncia que puede producirse durante la vigencia del régimen como y una vez producida la extinción y llegado el momento de práctica la liquidación del régimen²⁰⁵. Aunque no faltan quienes consideran la renuncia a tal compensación en capitulaciones como la configuración de un régimen de separación atípico²⁰⁶; o simplemente, niegan su viabilidad²⁰⁷. En todo caso, sería prudente admitir la ineficacia de tal renuncia, si se acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron y que no podrían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron, tal como establece el artículo 231-20 del Código civil catalán en relación con el artículo 232-5 y se admite en derecho común respecto a la renuncia a la pensión compensatoria²⁰⁸.

Ahora bien, se trata el artículo 1438 del Código civil, como hemos señalado, de una norma de liquidación del régimen, esto es, que opera cuando se extingue el mismo²⁰⁹. Por lo que, cabe señalar que, su ámbito de aplicación se extiende a todos los supuestos posibles en los que se extingue el régimen, y no solo en los casos de nulidad, separación o divorcio, siendo tal compensación por trabajo doméstico compatible con la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil²¹⁰. No obstante, el juez a la hora de fijar esta deberá prescindir en su cálculo como circunstancia relevante la dedicación pasada a la familia y solo fijarse en la dedicación futura. Si bien, sería conveniente que se solicitasen conjuntamente

ambas; y que se determinase primero la cuantía de la compensación, pues, el abono de esta ha de tenerse en cuenta para fijar la pensión compensatoria²¹¹.

La compatibilidad entre la pensión compensatoria y la compensación del artículo 1438 del Código civil ha sido reconocida de forma reiterada por el Tribunal Supremo, haciendo un resumen de la doctrina, la Sentencia del citado Alto Tribunal, Sala de lo Civil de 11 de diciembre de 2019²¹² que en su *Fundamento de Derecho cuarto* indica que «por otra parte igualmente consideramos que, en la sentencia de divorcio se ha fijado una importante pensión compensatoria, la Sentencia del Tribunal Supremo 678/2015, de 11 de diciembre de enseña que, el artículo 1438 del Código civil (...) se trata de una norma de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque puede tener en cuenta a la hora de fijar la compensación y puede hacerse efectiva bien en el proceso conyugal o en un procedimiento independiente». Esta doctrina se reproduce en la STS 94/2018, de 20 de febrero²¹³.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 26 de abril de 2017²¹⁴ a la hora de concretar la naturaleza jurídica de la compensación establecida en el artículo 1438 del Código civil señala en su *Fundamento de Derecho quinto* que, es preciso distinguir la compensación del artículo 1438 del Código civil, de la pensión compensatoria establecida en el artículo 97 del Código civil. Así «mediante la pensión compensatoria se cuantifica el desequilibrio que tras la separación o divorcio se produce en uno de los cónyuges, valorando la pérdida de oportunidades profesionales y teniendo en cuenta como uno más de los criterios la “dedicación pasada y futura a la familia”. Por otro lado, la compensación del artículo 1438 del Código civil tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sostenimiento de las cargas familiares. La pensión compensatoria se puede acordar cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, analizándose el desequilibrio presente y futuro. Por su parte, en base al artículo 1438 del Código civil solo puede acordarse en régimen de separación de bienes y se analiza la situación existente durante el matrimonio y hasta el momento de la extinción del régimen de separación de bienes, para determinar el valor del trabajo en el hogar. La pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia, pero también valorando la dedicación futura a los hijos, en su caso, para apreciar la posible existencia de desequilibrio económico. Sin embargo, la compensación del artículo 1438 del Código civil no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, ni a la situación de desequilibrio, sino solo en función de la pasada dedicación a la familia, vigente el régimen económico de separación y hasta la extinción del mismo»²¹⁵.

De la doctrina expuesta resulta que la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil no es incompatible con la compensación liquidatoria del régimen de separación de bienes del artículo 1438 del citado cuerpo legal; de manera que, cabe fijar la cuantía de ambas y ser conjuntamente percibidas por el cónyuge acreedor. Mientras que en la pensión compensatoria se cuantifica la pérdida de oportunidades profesionales, se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia y la dedicación futura a los hijos y se basa en el desequilibrio económico en relación a la posición del otro cónyuge que implica un empeoramiento en su posición anterior en el matrimonio²¹⁶; la compensación del artículo 1438 del Código civil, por su parte, no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, sino solo en función de la pasada dedicación a la familia y,

solo puede acordarse en el régimen de separación de bienes, y para determinar el valor del trabajo en el hogar, se refiere a la situación existente durante el matrimonio y hasta el momento de la extinción del régimen de separación de bienes.

En todo caso, podría resultar conveniente que, se solicitasen conjuntamente la pensión compensatoria y la compensación por el trabajo doméstico; y que se determinase primero la cuantía de la compensación, pues, el abono de esta ha de tenerse en cuenta para fijar la pensión compensatoria²¹⁷. De todas formas, a diferencia de la pensión compensatoria, donde se considera causa de extinción la convivencia del cónyuge que la solicita con un tercero (art. 101 del CC). Sin embargo, tal hecho convivencia no es obstáculo para la concesión de la compensación del artículo 1438 del Código civil, no siendo por ello de aplicación analógicamente lo dispuesto en el citado artículo 101²¹⁸.

Pues bien, en este contexto, la compensación del artículo 1438 del Código civil solo puede acordarse cuando se solicita por el cónyuge, siendo necesario cuantificar económicamente la compensación en el momento de solicitud (art. 219 LEC)²¹⁹; o por vía reconventional en caso de plantearlo la parte demandada²²⁰. En todo caso, sobre el cónyuge que, solicita la compensación recae la carga de la prueba que, concurren las circunstancias y requisitos para su concesión²²¹.

De todas formas, al ser una acción de carácter personalísimo el cónyuge puede solicitarla o no cuando se tramita la separación, nulidad o divorcio²²²; cuando en capitulaciones se pacte otro régimen distinto del de gananciales; o al fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 1436 del CC). Con respecto a la disolución del régimen como consecuencia de un proceso matrimonial no existe un criterio unánime, pues, mientras se considera que se puede conceder en un proceso de separación o divorcio —incluso en medidas definitivas²²³—; en otros se impide su presentación en estos procesos y se exhorta a su petición en un procedimiento declarativo posterior (ordinario o verbal) al exceder del ámbito propio de un procedimiento de separación o divorcio²²⁴. Si bien, este estado de la cuestión controvertido ha sido resuelto por la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo que, en la citada Sentencia de 20 de febrero de 2018 entiende que la compensación puede solicitarse en un procedimiento de divorcio o posteriormente en un declarativo (ordinario o verbal), siempre que la acción no haya prescrito (5 años). Al respecto manifiesta la citada sentencia que «(...) la acción relativa al artículo 1438 del Código civil puede ejercitarse dentro del procedimiento matrimonial o, en uno posterior, si así lo desea el demandante, por lo que lo establecido en la sentencia recurrida, no procede, dado que los artículos 748 y 770 de la LEC, no excluye la indemnización del artículo 1438, del ámbito de los procedimientos de separación y divorcio en los que la acción del artículo 1438 no es contenido necesario pero sí posible. La pretendida complejidad de la determinación de la indemnización del artículo 1438 del Código civil no es justificación suficiente, pues en el propio juicio verbal se dilucidan cuestiones tan trascendentes como la custodia de los hijos, la vivienda familiar, la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, lo cual exige una amplia prueba sobre la capacidad económica de cada cónyuge, que también aprovecha y afecta a la institución del artículo 1438 del Código civil».

En cuanto, al fallecimiento del cónyuge sin haberse declarado su derecho a la compensación, este no es transmisible a sus herederos; por lo que carecen de la legitimación para su solicitud. En esta línea, se expresa el artículo 232.5.5 del Código civil catalán. En todo caso, es posible por vía de excepción oponer la compensación en una acción de división de la cosa común²²⁵.

Ahora bien, partiendo que, tal compensación está condicionada a la extinción del régimen de separación, el cónyuge sobreviviente puede solicitarla —siempre que la acción no esté prescrita (cinco años del art. 1964 del CC)—; y, una vez concedida, hacerla efectiva sobre el patrimonio relicto, reclamándola a los herederos, ante el fallecimiento del cónyuge deudor, sin perjuicio que su *quantum* venga modalizado por lo recibido en su condición de cónyuge viudo. Ciertamente, esta es la solución por la que opta el artículo 232-5.5 del Código civil catalán al disponer que «*en caso de extinción del régimen por muerte, el cónyuge superviviente puede reclamar la compensación económica por razón del trabajo como derecho personalísimo, siempre y cuando los herederos que el causante le haya atribuido en la sucesión voluntaria o en previsión de su muerte, o lo que le corresponda en la sucesión intestada, no cubran el importe que le correspondería*»²²⁶.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 28 de abril de 1997.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de septiembre de 1998.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de julio de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, 31 de mayo de 2006.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de julio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de febrero de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de julio de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de febrero de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de marzo de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 31 de enero de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de febrero de 2014.
- STS, Pleno Sala de lo Civil, 26 de marzo de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de abril de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 11 de diciembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 1 de abril de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de mayo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 21 de septiembre de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de febrero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de marzo de 2017.
- STS, Pleno Sala de lo Civil, 26 de abril de 2017
- STS, Sala de lo Civil, 24 de abril de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de junio de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de septiembre de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de noviembre de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de enero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 4 de febrero de 2021.
- RDGRN 30 de noviembre de 2016.
- STSJ Navarra, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, 10 de febrero de 2004.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 19 de mayo de 2014
- SAP Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 3ª, 22 de julio de 2000.

- SAP León, secc. 3ª, 19 de abril de 2001.
- SAP Alicante, secc. 7ª, 28 de junio de 2001.
- SAP Girona, secc. 2ª, 11 de abril de 2005.
- SAP Islas Baleares, secc. 5ª, 10 de diciembre de 2007.
- SAP Vizcaya, secc. 3ª, 4 de diciembre de 2008.
- SAP Murcia, secc. 5ª, 5 de mayo de 2009.
- SAP Alicante, secc. 6ª, de 7 de septiembre de 2010.
- SAP La Rioja, secc. 1ª, 3 de octubre de 2012.
- SAP Alicante, secc. 5ª, de 13 de diciembre de 2012.
- SAP Madrid, secc. 19ª, de 10 de enero de 2013.
- SAP Madrid, secc. 22ª, 17 de septiembre de 2013.
- SAP Córdoba, secc. 2ª, 24 de septiembre de 2013.
- SAP Madrid, secc. 14ª, de 30 de junio de 2014.
- SAP Barcelona, secc. 12ª, 18 de marzo de 2014.
- SAP Barcelona, secc. 12ª, 24 de octubre de 2014.
- SAP Valencia, secc. 6ª, 14 de septiembre de 2015.
- SAP Albacete, secc. 1ª, de 21 de marzo de 2016.
- SAP Albacete, secc. 1ª, 27 de junio de 2017.
- SAP Vizcaya, secc. 4ª, 7 de febrero de 2018.
- SAP Asturias, secc. 4ª, 26 de abril de 2018.
- SAP Jaén, secc. 1ª, 10 de enero de 2019.
- SAP Madrid, secc. 13ª, 25 de enero de 2019.
- SAP Toledo, secc. 2ª, 20 de febrero de 2019.
- SAP León, secc. 2ª, 31 de mayo de 2019.
- SAP Alicante, secc. 4ª, 13 de noviembre de 2019.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 10 de enero de 2020.
- SAP Badajoz, secc. 3ª, 16 de enero de 2020.
- SAP Badajoz, secc. 3ª, 13 de febrero de 2020.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, 10ª ed., Madrid: Edisofer.
- ÁLVAREZ OLALLA P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Navarra: Aranzadi.
- (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3ª ed., Navarra. Thomson Reuters Aranzadi.
- ARRÉBOLA BLANCO, A. (2021). La liquidación del régimen de separación de bienes. En: J. R. DE VERDA y BEAMONTE, *Las crisis familiares*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ASÚA GONZÁLEZ, C.I. (2011). El régimen de separación de bienes. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs), *Tratado de Derecho de la Familia, vol. IV*, Navarra: Thomson-Reuters.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremos de 11 de febrero de 2005, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero/abril, núm. 70*, 139-154.
- COSTAS RODAL, L. (2009) Comentario al artículo 1318 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3ª ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.

- CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. VII*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2016). Las “sorpresas” del régimen de separación de bienes: la compensación por el trabajo doméstico, *Blog Hay Derecho*, 5 enero, 1-3.
- (2020). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal. En: Juana Pulgar Ezquerro (dir.), *Comentario a la Ley Concursal, T. I*, 2ª ed., Madrid: La Ley.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1974). *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid: Tecnos, Madrid.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes. En: J. Rams Albesa (dir.), *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid: Dykinson.
- DE LOS MOZOS, J.L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, T. XVIII*, vol. 3.º, Madrid: Edersa.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los regímenes de separación y participación. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia*, 5ª ed., Madrid: Edisofer.
- DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2013). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I Derecho de Familia, Madrid: Tecnos.
- EGEA FERNÁNDEZ, J. (2003). Pensión compensatoria y pactos en previsión de ruptura. En: A. Cabanillas Sánchez (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, T. III, Madrid: Thomson- Reuters.
- GARRIDO DE PALMA, V.M. (1982). El matrimonio y su régimen económico, *El nuevo Derecho de Familia español*, Madrid: Reus.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 68, 55-78.
- HERRERO GARCÍA, Mª.J. (1991) Comentario al artículo 1318 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Coderch, *Comentario del Código civil, T. II*, Madrid: Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia.
- JIMÉNEZ GALLEGO, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes. En: Víctor M. Garrido de Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado, T.IV Familia*, vol. 2, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas, Thomson Reuters.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Principios de Derecho Civil, T. VI Derecho de Familia*, 7ª edición, Madrid: Marcial Pons.
- (2016). *Principios de Derecho Civil. T. VI Derecho de Familia*, 15ª ed., Madrid: Marcial Pons
- LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia*, 4ª ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1965). Capítulos matrimoniales y estipulación capitular, *Centenario de la Ley del Notariado, sección 3ª, vol. II*, Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.
- MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes. En: J. Fco. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV Familia*, vol. 2.º, Madrid: Civitas.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capituciones matrimoniales. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, 5ª ed., Madrid: Edisofer.

- MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (2021). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal. En: A. B. Veiga Copo (dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, T. I, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters.
- MONFORT FERRERO, M^a.J. (2011) Comentario al artículo 1318 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil Comentado, vol. III*, Madrid: Civitas Thomson Reuters.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2013). Comentario al artículo 1318 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. VII*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORENO FLÓREZ, R.M^a. (2018). El trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes ¿Exclusivo, o compatible con una actividad remunerada?, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4, octubre-diciembre, 233-279.
- MORENO MOZO, F. (2008). *Cargas del matrimonio y alimentos*, Granada: Comares.
- MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L. (2011). La compensación por el trabajo doméstico en el Código civil español, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, septiembre, 107-130.
- MONTÉS PENADÉS, V. (1984). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid. Tecnos.
- (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil. En: C. Paz Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil*, T. II, Madrid: Secretaría General Técnica. Servicio de Publicaciones. Ministerio de Justicia.
- PASTOR ÁLVAREZ, M^a. del C. (1998). *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Murcia: Universidad de Murcia.
- PÉREZ MARTÍN, A.J. (2020). *Liquidación del régimen de separación de bienes*. Córdoba: LexFamily (Los libros azules de Derecho de Familia).
- PÉREZ SANZ A. (1985). Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXVI, 7-34.
- REBOLLEDO VARELA, A.L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, Madrid: Montecorvo.
- REYES GALLUR, J.J (2015). *La liquidación del régimen de gananciales y separación de bienes: aspectos procesales y sustantivos*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- RIBERA BLANES, B. (2004). *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- (2005). Del régimen de separación de bienes. En: J. Rams Albesa y J.A. Moreno Martínez (coords.), *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Madrid: Dykinson.
- ROCA i TRÍAS, E. (2006). Autonomía, crisis matrimoniales con ocasión de la crisis. En: J.M. de abril de Campoy y M^a.E. Amat Llari (coords.), *Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*, vol. II, Valencia: Tirant lo Blanch.
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2013). Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correlativo de una desigualdad conyugal, *Derecho Privado y Constitución*, número 27, enero-diciembre, 209-250.

NOTAS

¹ DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2013). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I Derecho de Familia, Madrid: Tecnos, 133.

² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, 5ª ed., Madrid: Edisofer, 229.

³ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, 7ª edición, Madrid: Marcial Pons, 140.

⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, IV Familia, 4ª ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 115-116; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). El matrimonio como estado, *op. cit.*, 196.

⁵ DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2013). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I Derecho de Familia, *op. cit.*, 134.

⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, IV Familia, *op. cit.*, 123; MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes. En: J. Fco. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV Familia, vol. 2.º, Madrid: Civitas, 201 considera que «se trata de un conjunto de disposiciones generales, relativamente heterogéneas, aplicables cualquiera que sea el régimen económico legal o pactado, al que está sujeto un matrimonio».

⁷ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, *op. cit.*, 145.

⁸ DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2013). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I Derecho de Familia, *op. cit.*, 215.

⁹ En este sentido, también se expresa el artículo 232-2 del Código civil catalán al disponer que «en el régimen de separación de bienes son propios de cada uno de los cónyuges todos los que tenía como tales cuando se celebró el matrimonio y los que adquiera después por cualquier título»; que se completa con lo dispuesto en el inciso final del párrafo primero del artículo 232-3 «los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio pertenecen al cónyuge que conste como titular». Asimismo, el artículo 205 del Código de Derecho Foral aragonés establece que «en el régimen de separación de bienes pertenecerán a cada cónyuge os que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título»; y, la Ley 103 de la Compilación Foral de Navarra «Salvo pacto en contrario, este régimen reconoce a cada cónyuge la propiedad de los bienes que tuviese en el momento inicial y los que por cualquier título adquiriera posteriormente».

¹⁰ La Resolución de la DGRN de 21 de enero de 2006 (RJ 2006, 3902) precisa en el *Fundamento de Derecho cuarto* que «ciertamente el régimen de separación de bienes está basado en la comunidad romana, pero ello no autoriza a identificas ambas regulaciones. Nuestro ordenamiento acepta esta diferenciación como resulta del hecho que el régimen económico matrimonial de separación de bienes solo pueda existir entre cónyuges, de la afectación de los bienes al sostenimiento de las cargas del matrimonio, de las especialidades en la gestión de los bienes de un cónyuge por el otro o de la presunción de donación en caso de concurso de un cónyuge o en las limitaciones que para disponer resultan del destino a vivienda habitual de un inmueble. Nada de esto sucede en un comunidad romana en la que en ningún momento existen consecuencias patrimoniales derivadas de las circunstancias personales de los titulares pues ni los bienes así ostentados se sujetan a afectación especial alguna ni sufren especiales limitaciones a su disposición».

¹¹ Atendiendo a estos límites, JIMÉNEZ GALLEGO, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes. En: V. M. Garrido de Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, T.IV Familia, vol. 2, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas, Thomson Reuters, 674 señala que «puede plantearse la admisibilidad de pactos que tengan por objeto, por ejemplo: modalizar la contribución a las cargas del matrimonio, incluso la posible exclusión de un cónyuge; presumir y/o atribuir la propiedad de bienes y objetos determinados; y constituir comunidades limitadas sobre determinadas categorías de bienes o de adquisiciones».

¹² *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5ª, 25 de octubre de 2000 (*JUR* 2001, 26440) a falta de capitulaciones matrimoniales, con vecindad civil común, se aplica el régimen de gananciales.

¹³ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15 de noviembre de 1991 (*RJ* 1991, 8117) ausencia de capitulaciones matrimoniales y vecindad civil catalana; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 11ª, 21 de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 182784) se aplica el régimen de separación de bienes al acreditarse la vecindad civil catalana por residencia en territorio foral catalán de forma continuada durante diez años; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 5 de abril de 2011 (*AC* 2011, 1079) vecindad civil catalana al contraer matrimonio con la apelada.

¹⁴ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los regímenes de separación y participación. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia*, 5ª ed., Madrid: Edisofer, 296 señala que los casos a los que se refiere el precepto son: «1. Los de conclusión por decisión judicial de la sociedad de gananciales o el régimen de participación (art. 1415) por las causas previstas en el artículo 1393 del Código civil; 2. El de disolución legal de la sociedad de gananciales en caso de que, solicitado por el acreedor el embargo de bienes comunes por deudas propias de uno de los cónyuges, el otro exija que en la traba se sustituyan tales bienes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal (art. 1373 del CC); si bien en este supuesto el cónyuge deudor puede evitar la aplicación del régimen de separación de bienes optando en documento público, en un plazo de tres meses, por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales (art. 1374 del CC)».

¹⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 6799) afirma la propiedad exclusiva de la esposa sobre una finca adquirida en virtud de compraventa, inscrita a su nombre en el Registro, casando la Sentencia de la Audiencia Provincial que consideró que, a pesar de dicha inscripción, la finca correspondía en *proindiviso* a ambos cónyuges. Por su parte, la Sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 19 de julio de 2002 (*RJ* 2002/9098) declaró la propiedad exclusiva de la esposa de bienes comprados con préstamo personal por la esposa e inscritos a su nombre; no admitiendo como título traslativo el reconocimiento del 50% que, pertenecía al marido. No rige el mecanismo de subrogación real debido a la inexistencia de preceptos legales que, en se de separación de bienes, así lo determinen. Asimismo, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6ª, 14 de septiembre de 2015 (*JUR* 2016, 130007); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1ª, 21 de marzo de 2016 (*AC* 2016, 720); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, 10 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 67176).

¹⁶ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los regímenes de separación y participación, *op. cit.*, 297; Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A. *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 217.

¹⁷ La Ley 103 de la Compilación Foral navarra que, establece una presunción que el bien pertenece a los dos cónyuges por mitad y *proindiviso* los bienes y derechos cuya pertenencia privativa no conste.

Por su parte, el artículo 232-4 del Código civil catalán establece como regla con carácter general para todo tipo de bienes una atribución de titularidad por mitad y no una presunción. Esta regla tiene dos excepciones: los muebles de uso personal de uno solo de los cónyuges que no sean de extraordinario valor y los bienes destinados directamente al ejercicio de su actividad, pues, en estos casos se presume que los bienes pertenecen solo a tal cónyuge. En cuanto a los bienes muebles de uso ordinario destinados al uso familiar, se presume propiedad de ambos cónyuges por mitades indivisas.

El artículo 206 del Código de Derecho Foral aragonés también establece una regla sobre esta materia y señala al respecto que «la titularidad de bienes corresponderá a quien determine el título de adquisición. Cuando no sea posible acreditar a quien corresponde la titularidad o en qué proporción, se entenderá que pertenece a ambos por mitad. Se exceptúan de lo establecido en el apartado anterior lo bienes muebles de uso personal o que estén directamente destinados al desarrollo de la actividad o profesión de uno de los cónyuges y que no sea de extraordinario valor, que se presumirá que pertenecen a este».

¹⁸ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 3407); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 7ª, de 28

de junio de 2001 (*JUR* 2001, 239613); de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2ª, 11 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 123615); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 3ª, 4 de diciembre de 2008 (*JUR* 2009, 201493); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8ª, 22 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 255507) precisa que, la vida en común de los cónyuges puede desdibujar esta regla general de titularidad separada, dando lugar a situaciones de confusión de titularidades, en las que hay dudas razonables o imposibilidad de atribuir la titularidad privativa de un bien o derecho a alguno de los cónyuges.

¹⁹ JIMÉNEZ GALLEGO, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes, *op. cit.*, 703.

²⁰ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 10118).

²¹ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9ª, 19 de enero de 2000 (*AC* 2000, 2909); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 3ª, 22 de julio de 2000 (*JUR* 2001, 15518); de la Audiencia Provincial de León, secc. 3ª, 19 de abril de 2001 (*AC* 2002, 154); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3ª, 7 de octubre de 2002 (*JUR* 2002, 283402); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4ª, 29 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 12675); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 5ª, 24 de mayo de 2004 (*JUR* 2004, 294526); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3ª, 5 de octubre de 2005 (*JUR* 2005, 274214); de la Audiencia Provincial de León, secc. 3ª, 12 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008, 511180); de la Audiencia Provincial Alicante, secc. 6ª, 7 de septiembre de 2010 (*JUR* 2011, 25944); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14ª, 30 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 236119); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1ª, 21 de marzo de 2016 (*AC* 2016, 720); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, 10 de enero de 2020 (*JUR* 2020, 54065).

²² *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 9098); y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 17 de junio de 2004 (*JUR* 2004, 208206); de 2 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 806) en la que, asimismo, se señala que, la atribución judicial del uso no impide la solicitud de la división de la cosa común; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 29 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011, 79132) división de la vivienda común y adjudicación a un tercero en subasta pública; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14ª, 30 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 236119).

²³ PÉREZ MARTÍN, A.J. (2020). *Liquidación del régimen de separación de bienes*. Córdoba: LexFamily (Los libros azules de Derecho de Familia), 384 y 392. Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 28 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 94418).

Para ARRÉBOLA BLANCO, A. (2021). La liquidación del régimen de separación de bienes. En: J. R. De Verda y Beamonte (dir.), *Las crisis familiares*, Valencia: Tirant lo Blanch, 430 se inclina por el proceso declarativo.

²⁴ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 24 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 10714); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4ª, 13 de noviembre de 2019 (*JUR* 2020, 80053). En contra, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2ª, 24 de mayo de 2019 (*JUR* 2019, 220865).

²⁵ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 3383); y, de 5 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1992).

²⁶ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4ª, 3 de diciembre de 2010 (*JUR* 2011, 172413).

²⁷ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1ª, 28 de octubre de 2005 (*JUR* 2005, 272308).

²⁸ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 3ª, 11 de marzo de 2005 (*JUR* 2006, 6517); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 11ª, 30 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 201067).

²⁹ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5ª, 2 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 139222); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1ª, 6 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 97634) cada cónyuge respon de sus deudas. En cuanto a los préstamos hipotecarios deben abonarse conforme a la titularidad plasmada en el correspondiente título al no hallarse ante una carga del matrimonio, sino de deuda.

³⁰ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, 14 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 5122); y, de 31 de enero de 2014 (*RJ* 2014, 813). Asimismo, RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes. En: J. Rams Albesa y J.A. Moreno Martínez (coords.), *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Madrid: Dykinson, 875.

³¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 68, 59.

³² CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. VII*, Valencia: Tirant lo Blanch, 10109.

³³ MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil. En: C. Paz Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil, T. II*, Madrid: Secretaría General Técnica. Servicio de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 865; DE LOS MOZOS, J.L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, T. XVIII, vol. 3º*, Madrid: Edersa, 367.

³⁴ DE LOS MOZOS, J.L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 367-368.

³⁵ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10109; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Principios de Derecho Civil. T. VI Derecho de Familia*, 15ª ed., Madrid: Marcial Pons, 242. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2ª, 11 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 120596).

³⁶ DE LOS MOZOS, J.L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 368.

³⁷ MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 865.

³⁸ MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.*, 363.

³⁹ ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3ª ed., Navarra. Thomson Reuters Aranzadi, 1672.

⁴⁰ MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.*, 362.

⁴¹ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5ª, 21 de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 119314) responsabilidad solidaria por préstamos en beneficio de la familia y con destino común; y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5ª, 2 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 139222).

⁴² *RJ* 2021, 365.

⁴³ En esta línea, JIMÉNEZ GALLEGO, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes, *op. cit.*, 687-688.

⁴⁴ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18ª, 23 de noviembre de 2015 (*JUR* 2016, 15860).

⁴⁵ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 820) analiza la aplicación de esta norma.

⁴⁶ PÉREZ MARTÍN, A.J. (2020). *La liquidación del régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 694-699. Asimismo, *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 2362) indica con carácter general que «el retraso desleal, que opera necesariamente antes del término del plazo prescriptivo de la acción, encuentra su específico fundamento de aplicación como una de las formas típicas de los actos de ejercicio extralimitado de los derechos que suponen una contravención del principio de buena fe (art. 7.1 del CC). De forma que, para su aplicación se requiere parte de la natural omisión del ejercicio del derecho y un trascurso dilatado de un periodo de tiempo, de una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del crédito»; de 2 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 846); y de 14 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 5164).

Se ha estimado la aplicación de tal doctrina en esta materia en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 5ª, 13 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 55342) al haber transcurrido un plazo superior de 10 años sin hacer reclamación alguna al cónyuge debiendo entenderse que el pago del 50% del préstamo hipotecario implicaba un acto de liberalidad; y, asimismo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2ª, 20 de febrero de 2019 (*JUR* 2019, 162974). Por el contrario, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 19ª, 10 de enero de 2013 (*JUR* 2013, 110380) no consideró que existiese abuso por de derecho por una reclamación tardía.

⁴⁷ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 1ª, 24 de enero de 2013 (*JUR* 2013, 233133); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4ª, 4 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 50797); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2ª, 5 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 245147); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 3ª, 30 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 222055).

⁴⁸ *RJ* 2020, 2 300.

⁴⁹ *JUR* 2013, 312347.

⁵⁰ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, 19 de mayo de 2014 (*RJ* 2014, 3743) consideró que, las aportaciones dinerarias que realizó de más el esposo para la compra de la vivienda y posteriormente para su rehabilitación, deben considerarse como donación y no como préstamo. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 18 de marzo de 2014 (Roj. SAP B 2541/2014; ECLI:ES:APB: 2014:2541) precisa que, no debe aplicarse presunción alguna cuando la titularidad formal resulta clara. En este caso, ambos adquirieron *pro indiviso* un inmueble, siendo de aplicación el artículo 232-3 del Código civil catalán. De probarse que el precio se pagó con bienes o dinero de uno de los cónyuges, no supone una titularidad indistinta, sino que se presume donación.

⁵¹ En esta línea, JIMÉNEZ GALLEGO, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes, *op. cit.*, 692.

⁵² *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 5 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 4466) donde se estimó la demanda interpuesta por el cónyuge no propietario del inmueble reclamando la mitad de las cuotas del préstamo hipotecario que abonó mientras convivían. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4ª, 24 de septiembre de 2013 (*JUR* 2013, 376364) condenó a la esposa a reintegrar al esposo las cantidades, que este abonó para el pago de la hipoteca de la vivienda privativa de aquella, siendo indiferentes que los pagos se realizaran desde una cuenta común; dado que el esposo era el único que percibía ingresos, figurando además aquel únicamente como fiador solidario en la ampliación de la hipoteca. Sin embargo, no se reconoce derecho de reintegro en la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 2ª, 31 de mayo de 2019 (*JUR* 2019, 20541) pues se acreditó que en la cuenta común se cargaron los recibos mensuales del préstamo hipotecario de la vivienda propiedad exclusiva de la esposa, y también se acreditó que aquella hizo el doble de ingresos a la cuenta que el esposo.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13ª, 25 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 145318) estableció que, el posible derecho de reintegro por el abono de las cuotas del préstamo hipotecario del inmueble propiedad de uno solo de los cónyuges queda compensado por la utilidad del piso que le ha reportado al esposo, al haber residido en ella con sus hijos de un anterior matrimonio.

⁵³ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1ª, 27 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 202227); y de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, 7 de febrero de 2018 (*JUR* 2018, 178213).

⁵⁴ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 5 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 446) procede la acción de reembolso por la mitad de las cantidades empleadas para la amortización de las cuotas de los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de los materiales precisos para levantar las construcciones privativas de la esposa durante la vigencia del matrimonio. Por su parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 1ª, 5 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 241455) no se acredita la realidad de la ejecución de las obras y su pago; y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 3ª, 30 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 222055) no consta quien fue el cónyuge que las abonó.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3ª, 18 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 94256) consideró que, las obras de rehabilitación deben considerarse incluidas en el sostenimiento de las cargas del matrimonio; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14ª, 11 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 110482) entiende que, no puede obligarse a un copropietario a realizar obras de mejora, sino solo obras de conservación. Y, respecto de obras realizadas tras la ruptura de la pareja la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 5ª, 1 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 175444) considera procedente el derecho de reintegro por las edificaciones llevadas a cabo tras el cese de la convivencia y abonadas por uno de los cónyuges «con el fin de evitar un enriquecimiento injusto y se beneficiara del notable incremento del valor del condominio, cuando la construcción conforme a lo declarado probado, se llevó a cabo sin su oposición y de buena fe por el demandado». Lo que exige que se compense al otro cotitular al proceder a la liquidación del inmueble común.

⁵⁵ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7 de julio de 2020 (*RJ* 2020, 2300).

⁵⁶ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 2ª, 31 de mayo de 2019 (*JUR* 2019, 205541).

⁵⁷ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7ª, 12 de mayo de 2017 (*JUR* 2018, 67633).

⁵⁸ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 5ª, 10 de diciembre de 2007 (*JUR* 2008, 91708).

⁵⁹ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2ª, 24 de septiembre de 2013 (*JUR* 2013, 331585) a la liquidación del régimen de separación de bienes se declaró que el saldo de la cuenta era propiedad de ambos cónyuges en un 50% al no haberse acreditado la procedencia exclusiva de las cantidades ingresadas por el INEM a favor de la esposa; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13ª, 19 de febrero de 2018 (*JUR* 2018, 119070); y de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8ª, 15 de julio de 2019 (*AC* 2019, 1764) se presume que las disposiciones en la cuenta común fueron consentidas por ambos cónyuges, por lo que no procede la reclamación de cantidad.

⁶⁰ *Vid.*, CUENA CASAS, M. (2020). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, T. I, 2ª ed., Madrid: La Ley, 1012; MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (2021). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal. En: A. B. Veiga Copo (dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, T. I, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 1136.

⁶¹ CUENA CASAS, M. (2020). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal, *op. cit.*, 1013; MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (2021). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal, *op. cit.*, 1137-1138.

⁶² CUENA CASAS, M. (2020). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal, *op. cit.*, 1013-1015; MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (2021). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal, *op. cit.*, 1137-1139.

⁶³ CUENA CASAS, M. (2020). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal, *op. cit.*, 1015.

⁶⁴ CUENA CASAS, M. (2020). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal, *op. cit.*, 1016 alude al préstamo o al pago de una deuda preexistente.

⁶⁵ Esta representa la doctrina jurisprudencial reiterada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, así, entre otras, las Sentencias 29 de septiembre de 1997 (*RJ* 1997, 6825); de 5 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 5966); de 14 de junio de 2000 (LA LEY 244446, 2000) a lo que añaden es que se tiene frente a la entidad financiera plenas facultades de disposición del saldo que, vendrá determinado por las relaciones internas de los titulares bancarios conjuntos y más en concreto, por la originaria pertenencia de los fondos; de manera que, el hecho de abrir una cuenta en forma conjunta e indistinta no produce el efecto de atribuir en partes igualitarias los depósitos; y, de 15 de febrero de 2012 (*RJ* 2013, 2014). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, 28 de octubre de 2004 (*RJ* 2004, 7462) precisó que la titularidad indistinta de una cuenta corriente, solo se compadece con una titularidad formal, lo que no prejuzga ni las relaciones internas de los cuentacorrentistas, la propiedad del dinero, ni las cuotas de participación en la cuenta.

⁶⁶ Para MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (2021). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal, *op. cit.*, 1144 «se otorga un privilegio sobredimensionado al concurso y perjudica claramente los intereses de los demás cotitulares, quienes “perderán” sus derechos económicos y habrán de impugnar el inventario y demostrar el origen de los fondos para salvar todo o parte».

⁶⁷ DE LOS MOZOS, J.L., Comentario al artículo 1318 del Código civil, *op. cit.*, 103, quien observa al respecto que «situación distinta es la que se plantea en la separación de hecho, al menos por lo que se refiere a la sociedad legal de gananciales, en vista de lo dispuesto por el artículo 1368 del Código civil, pero no es aplicable por analogía la solución que ofrece el artículo citado fuera de los regímenes de comunidad por faltar un acervo común. Criterios distintos se establecen también por el Código, para regular la contribución a las cargas en los casos de separación, nulidad y divorcio y que cuenta también con normas de efectividad especiales por medio de la intervención judicial».

⁶⁸ PASTOR ÁLVAREZ, M^a. del C. (1998). *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 95-96.

⁶⁹ PASTOR ÁLVAREZ, M^a. del C. (1998). *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Murcia: Universidad de Murcia, 103-104; PÉREZ SANZ, A. (1985). Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXVI, 24.

Aunque para cierto sector doctrinal es posible un convenio de exoneración del deber de contribución a las cargas por alguno de los cónyuges, siempre y cuando exista una causa que lo justifique, esto es, responda a una distribución de responsabilidades respecto del grupo familiar y conforme a las circunstancias concretas del mismo. En cambio, no se considera válido un pacto mediante el cual se pretenda eludir cargas de cumplimiento imperativo dentro de la familia, o, implique una derogación del principio de contribución a las cargas por ambos cónyuges. Así, DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1974). *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid: Tecnos, Madrid, 267; REBOLLEDO VARELA, A.L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, Madrid: Montecorvo, 416-417.

⁷⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L. (1965). Capítulos matrimoniales y estipulación capitular, *Centenario de la Ley del Notariado, sección 3^a, vol. II*, Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 119-120; GARRIDO DE PALMA, V.M. (1982). El matrimonio y su régimen económico, *El nuevo Derecho de Familia español*, Madrid: Reus, 426.

⁷¹ ÁLVAREZ OLALLA, M^a.P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Navarra: Aranzadi, 88

⁷² GARCÍA GARCÍA, M.A. (1984). El deber de actuar en interés de la familia, *Revista de Derecho Privado*, 243-244; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1989). Notas sobre el deber de contribución a las cargas de la familia, *Libro Homenaje a Juan Roca Juan*, Murcia, 693; GARCÍA CANTERO, G. (1982). Notas sobre el régimen matrimonial primario, *Documentación Jurídica 1982-1, números 33-36*, 304.

⁷³ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10110; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes. En: J. Rams Albesa (dir.), *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid: Dykinson, 244.

⁷⁴ MORENO MOZO, F. (2008). *Cargas del matrimonio y alimentos*, Granada: Comares, 39-40. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1^a, 23 de octubre de 1998 (AC 1998, 8095), considera cargas familiares «el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar y están regulados en nuestro Código civil, con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (arts. 1318, 1362 y 1438 del CC), y expresamente como un deber de los cónyuges en algunas legislaciones extranjeras». Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1^a, de 23 de noviembre de 2005 (JUR 2006, 9151), señala que, pueden considerarse las cargas del matrimonio como «el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, reguladas en nuestro Código civil con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (arts. 1318, 1362, y 1438 del CC), gastos que se produzcan durante el matrimonio en beneficio de la sociedad conyugal, a los que el artículo 1318 del Código civil afecta a los bienes de las

mismas, al expresar que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.

⁷⁵ HERRERO GARCÍA, M^a.J. (1991) Comentario al artículo 1318 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Coderch, *Comentario del Código civil, T. II*, Madrid: Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 581.

⁷⁶ COSTAS RODAL, L. (2009) Comentario al artículo 1318 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3^a ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 1563.

⁷⁷ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10110; MORALEJO IMBERNÓN, N. (2013). Comentario al artículo 1318 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. VII*, Valencia: Tirant lo Blanch, 9309.

⁷⁸ MONFORT FERRERO, M^a.J. (2011) Comentario al artículo 1318 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil Comentado*, vol. III, Madrid: Civitas Thomson Reuters, 829.

⁷⁹ RJ 2006/3502. Y añade que «no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes de matrimonio, pues, precisamente, el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que, excluye cualquier idea de patrimonio común» (*Fundamento de Derecho tercero*). Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1^a, 6 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 97634) señala que, las cargas familiares debe entenderse como el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, lo que incluye el sustento y la educación de los hijos, la manutención del otro cónyuge y las deudas familiares; lo que comprende los gastos que exige la conservación de los bienes del matrimonio. No se consideran, por tanto, cargas del matrimonio los gastos generados por bienes que aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, al tratarse de un régimen de separación en el que no hay patrimonio común familiar.

⁸⁰ MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 864.

⁸¹ MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.*, 364.

⁸² REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, *op. cit.*, 370; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 864; DE LOS MOZOS, J.L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 373.

⁸³ ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 1654; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 864. Por su parte, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 250 señala que, al no existir en el Código civil disposición similar a lo que se regula en se de gananciales en el artículo 1362 del Código civil, resulta aconsejable la existencia de un acuerdo entre los esposos o la posible previsión capitular al respecto. En contra, REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, *op. cit.*, 374 y; DE LOS MOZOS, J.L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 373 que, estiman que debe seguirse el mismo criterio que establece el artículo 1362 del Código civil para el régimen de gananciales.

⁸⁴ ASÚA GONZÁLEZ, C.I. (2011). El régimen de separación de bienes. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. IV, Navarra: Thomson-Reuters, 68 y 71; ÁLVAREZ OLALLA P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 58.

⁸⁵ ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 58 precisa, al respecto, que «en el régimen de separación de bienes, o bien se excluirán las cantidades que deba satisfacer el progenitor a su hijo, del cómputo de sus recursos; o bien, si de hecho se va a producir el consumo en común de todos los miembros de la familia, el progenitor deberá aportar al fondo común, destinado a satisfacer

los gastos familiares, una cantidad mayor que la que le corresponde teniendo en cuenta el criterio de la proporcionalidad».

⁸⁶ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 4936); de 17 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 918); de 25 de abril de y de 21 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 1612; *RJ* 2016, 4451); de 24 de abril de 2018 (*RJ* 2018, 1599); y, de 5 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 4466). Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, 25 de abril de 2017 (*JUR* 2017, 1 83425).

⁸⁷ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3ª, 14 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010, 43099) precisamente, se indica que la obligación de pago de las cuotas hipotecarias a cargo de D. Jorge se configuró como claramente temporal y se estableció para afrontar las necesidades inmediatas de la familia en un momento dado en que había falta de liquidez porque todavía no se había vendido el piso de Ribadesella. Por lo que, esa liquidación final debe hacerse de modo que la cantidad definitivamente pagada por cada uno de los cónyuges sea la misma, pues, de otro modo resultaría que D. Jorge habría abonado una cantidad superior al porcentaje de titularidad que le corresponde sobre la vivienda.

⁸⁸ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 14ª, 5 de junio de 2018 (*JUR* 2018, 181051) hubo un pacto en que el demandado solo abonaría una parte de la cuota del préstamo hipotecario, por lo que se desestima la reclamación de un reintegro.

⁸⁹ *RJ* 2006/3502. Asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31 de mayo de 2006 (*RJ* 2006, 3502) indica que los impuestos sobre bienes inmuebles no forman parte de las cargas del matrimonio y corresponde al titular del inmueble; y, de 24 de abril de 2018 (Roj. STS 1479/2018; ECLI:ES:TS:2018:1479) que, asimismo, no se consideran cargas del matrimonio la satisfacción de los préstamos hipotecarios que, gravan la vivienda, o los gastos o impuestos vinculados a la propiedad. En esta línea, la Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, 21 de febrero de 2008 (*JUR* 2008, 90471) considera que el IBI es un impuesto a cargo de manos copropietarios; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, 20 de julio de 2012 (*JUR* 2012, 361238) se condenó al pago del IBI y a los intereses y recargos a uno de los cónyuges; y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2ª, 5 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 241455) al tratarse el IBI de un impuesto directa que grava la propiedad de bienes inmuebles, debe ser objeto de reembolso o reintegro en el 50% correspondiente al cotitular dominical.

⁹⁰ Roj. STS 2474/2018; ECLI:ES:TS:2018:2474.

⁹¹ Como acertadamente, precisa MORENO FLÓREZ, R.Mª. (2018). El trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes ¿Exclusivo, o compatible con una actividad remunerada?, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4, octubre-diciembre, 239-240 el mandato del artículo 1318 del Código civil tiene carácter imperativo y esa imperatividad alcanza también al artículo 1438 del citado cuerpo legal con el enunciado de su primer inciso “los cónyuges contribuirán”.

⁹² RIBERA PLANES, B. (2004). *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 51 señala que, al legislador español debemos aplaudirle el haber sabido concentrar en un precepto lo que el legislador francés ha dispuesto en dos normas distintas; si bien, al primero le recriminamos la ubicación de esta norma.

⁹³ ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil», *op. cit.*, 1672 quien, asimismo, dentro del concepto de cargas del matrimonio, incluye «los gastos destinados a satisfacer las necesidades primarias (art. 142) de la familia, conforme al nivel de vida de la misma, determinado por sus medios económicos, salvo que los cónyuges acuerden la elevación o disminución del nivel de vida, acuerdo que podrá ser denunciado por cualquier de ellos, en todo momento». Asimismo, añade, «son cargas del matrimonio los gastos destinados a satisfacer necesidades secundarias —hobbies, vacaciones, concertación de seguros— en tanto exista acuerdo de los cónyuges al respecto». En esta línea, ASÚA GONZÁLEZ, C.I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 63.

⁹⁴ MORENO FLÓREZ, R.Mª. (2018). El trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes ¿Exclusivo, o compatible con una actividad remunerada?, *op. cit.*, 243.

Por su parte, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 2657) considera válidos un pacto en previsión de crisis conyugal acordando

una renta mensual vitalicia para la esposa. Pacto atípico con perfecto encuadre en el artículo 1323 del Código civil. Si bien, no cabe aplicar la regla *rebus sic stantibus* si los cónyuges mantienen la misma situación financiera que la existente en el momento del pacto.

De todas formas, como analizaremos, en estos pactos en previsión de crisis o de ruptura matrimonial se puede fijar por los cónyuges la compensación por el trabajo para la casa y su cuantía; como, asimismo, o en capitulaciones matrimoniales. Aunque no existe regulación de los mismos en nuestro Código civil a diferencia del Código civil catalán que, contiene una previsión normativa relativa a los mismos en su artículo 231-20.

⁹⁵ MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 865; REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, *op. cit.*, 395.

⁹⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia*, *op. cit.*, 261.

⁹⁷ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10114.

⁹⁸ JUR 2016/97634. Para MORENO FLÓREZ, R.M.^a. (2018). El trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes ¿Exclusivo, o compatible con una actividad remunerada?, *op. cit.*, 242 cargas de la familia pueden considerarse «el sostenimiento de la familia, la alimentación, vestido, asistencia médica y educación de los hijos comunes y de los hijos de in solo de os cónyuges cuando convivan en el hogar familiar y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia; sus circunstancias han de acomodarse al nivel de vida de la familia».

⁹⁹ REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, *op. cit.*, 376 y 388-389; ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 156; de la misma autora, (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 1672; CUENA CASAS, M. (2013) Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10112; RIBERA BLANES, B. (2005) Del régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 872.

¹⁰⁰ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 248. *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 11^a, 30 de abril de 2007 (JUR 2007, 201067) contrato de suministro de gas: obligación contraída por un cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

¹⁰¹ RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 873.

¹⁰² ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 154-155; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 873.

¹⁰³ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 248.

¹⁰⁴ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10114.

¹⁰⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 247-248

¹⁰⁶ ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 1672; REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, *op. cit.*, 380.

¹⁰⁷ ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 1672.

¹⁰⁸ DE LOS MOZOS, J.L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 370; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 865.

¹⁰⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia*, *op. cit.*, 261.

¹¹⁰ MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 866; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los regímenes de separación y de participación, *op. cit.*, 300.

¹¹¹ DE LOS MOZOS, J.L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 369; RIBERA PLANES, B. (2004). *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 53-54; REBOLLEDO VARELA, A.L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, *op. cit.*, 414; MONTÉS PENADÉS V.L. (1984). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *Comentario a las reformas de Derecho de Familia, vol. II*, Madrid: Tecnos, 1937; JIMÉNEZ GALLEGU, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes, *op. cit.*, 733.

¹¹² REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, *op. cit.*, 413 alega que, el pacto supone una modificación del régimen económico matrimonial y, por tanto, debe constar en capitulaciones; no obstante, este mismo autor; reconoce también que los pactos no capitulares pueden funcionar por vía de hecho y los cónyuges modificar su contribución legal o convencional; ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 101 en relación con el pacto de exoneración —o de contribución no proporcional— si no consta en capitulaciones matrimoniales, considera, por su parte, excesivo el otorgamiento del carácter vinculante y derogatorio para el futuro de la regla de la proporcionalidad. Además, entiende que, más que ante un acuerdo, nos hallamos ante una declaración de voluntad unilateral, revocable en el momento en que el cónyuge que la realizó considere oportuno.

¹¹³ MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 864; del mismo autor (1984). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, vol. II*, Madrid. Tecnos, 1937; DE LOS MOZOS, J.L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 370; DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). Los regímenes de separación y de participación, *op. cit.*, 272; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 249; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero/abril, 153; JIMÉNEZ GALLEGU, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes, *op. cit.*, 734.

¹¹⁴ DE LOS MOZOS, J.L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 370; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 865; DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). Los regímenes de separación y de participación, *op. cit.*, 274; ASÚA GONZÁLEZ, C.I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 75; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 880. *Id.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3ª, 20 de junio de 2006 (*JUR* 2006/248627).

¹¹⁵ MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 865-866.

¹¹⁶ ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 1673; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 254; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes», *op. cit.*, 879, entiende que, el pacto conyugal no tiene que estar únicamente referido a la forma en que cada uno de los cónyuges va a ejecutar su deber de contribución, sino que también puede estar dirigida a determinar el criterio por el que se va a proceder al reparto de cargas entre ellos con la posibilidad de establecer una regla de reparto distinta a la de la proporcionalidad de los recursos económicos de cada cónyuge.

¹¹⁷ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10117; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *op. cit.*, 153.

¹¹⁸ MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 866; ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 68-69; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los regímenes de separación y de participación, *op. cit.*, 301; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 250; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 880-881 admite los acuerdos tácitos, de modo que, bastaría con el mero acuerdo verbal al que hubieran llegado los cónyuges sin que constase manifiestamente en ningún documento, o incluso implícito que pueda deducirse tácitamente de su comportamiento habitual, esto es, en función del modo en que cada cónyuge ha asumido su deber de contribuir a las cargas del matrimonio.

¹¹⁹ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10117.

¹²⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, 10ª ed., Madrid: Edisofer, 193; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *op. cit.*, 148; MONTÉS

PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 866; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 256 señala, al respecto, que los recursos no es solo sinónimo de ingresos o rentas, debiéndose identificar con la capacidad económica de los esposos, incluyendo, por tanto, los bienes que se encuentren improductivos e incluso, la posible capacidad teórica para realizar un trabajo remunerado. Por su parte, RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 888 precisa, al respecto que, «con el término recursos el legislador ha dado cabida no solamente al capital con que cuenta la persona, sino también cualquier tipo de ingresos o valor que puede ser atribuido a los cónyuges»; y, asimismo para MORENO FLÓREZ, R. (2018). El trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes ¿Exclusivo, o compatible con una actividad remunerada?, *op. cit.*, 244 en el término recursos económicos se comprende «todos los bienes, ingresos, rentas, plusvalías, etc., de los bienes de uno y otro cónyuge».

¹²¹ REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, *op. cit.*, 429-430.

¹²² JIMÉNEZ GALLEGO, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes, *op. cit.*, 737.

¹²³ ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 89.

¹²⁴ MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.*, 376.

¹²⁵ ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 1673; CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10115.

¹²⁶ MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.*, 376.

¹²⁷ Para la Sentencia de la Audiencia Provincia de Murcia, secc. 5ª, 5 de mayo de 2009 (*JUR* 2009, 339456) indica que el artículo 1438 «es un precepto lacónico en su redacción, pese a la trascendencia de la institución que regula e incongruente y anómalo con la separación de bienes, pues parece contradictorio que se otorgue una compensación a quien precisamente quiso acogerse a un régimen jurídico en el que cada uno de los partícipes aceptó que, todo aquello que adquiriese durante la vigencia, fuese exclusivo suyo. De ahí que, para una adecuada hermenéutica de la norma, insoslayable para concretar su requisito de viabilidad, su alcance y la forma de determinar y articular la compensación, devenga imprescindible examinar la razón de ser del precepto, que no es más que una nueva plasmación de dos principios esenciales en materia de familia, de una parte, el de corregir siempre los perjuicios que para cada uno de los convivientes ha supuesto la dedicación a la familia y otro el de igualdad de artículo 14 de la CE».

¹²⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *op. cit.*, 62.

¹²⁹ MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 868. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, 11 de noviembre de 2002 (*AC* 2002, 1767) que representa una corrección comunitaria.

¹³⁰ ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 105-106.

¹³¹ ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 1673; CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10121.

¹³² *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2ª, 30 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 265207); y, de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1ª, 6 de noviembre de 2018 (*JUR* 2019, 24235).

¹³³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *op. cit.*, 63.

¹³⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *op. cit.*, 152.

¹³⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 261-262; en esta línea, CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10121. Como fundamento de la compensación

por el trabajo en el hogar en la sobreaportación, *vid.*, las sentencias del Tribunal de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, 10 de febrero de 2004 (*RJ* 2004/2476); y, en las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4ª, 20 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/155745); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1ª, 20 de abril de 2006 (*JUR* 2006/159223); y de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2ª, 9 de diciembre de 2015 (*AC* 2015/1078).

¹³⁶ MORENO-TORRES HERRERA, Mª.L. (2011). La compensación por el trabajo doméstico en el Código civil español, *Revista Aranzadi Doctrinal*, diciembre, 114. *Vid.*, en esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de febrero de 2007 (LA LEY 2417, 2007); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 3ª, 23 de septiembre de 1999 (LA LEY 127291, 1999); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 18 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 61643), de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3ª, 1 de febrero de 2001 (*JUR* 2001, 133591); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1ª, 21 de diciembre de 2006 (*JUR* 2007, 221997); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3ª, 8 de abril de 2009 (*JUR* 2009, 304663); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, 5 de junio de 2009 (LA LEY 143321, 2009); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 7 de mayo de 2010 (LA LEY 119400, 2010).

¹³⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). *Curso de Derecho Civil*, *op. cit.*, 194.

¹³⁸ REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, *op. cit.*, 435-438.

¹³⁹ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 28 de febrero de 2005 (*JUR* 2005, 84650); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, 9 de febrero de 2010 (LA LEY 29351, 2010).

¹⁴⁰ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, 244.

¹⁴¹ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2ª, 24 de mayo de 2005 (*JUR* 2005, 155542); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24ª, 1 de febrero de 2006 (*JUR* 2006, 123531); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, 21 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 238845); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 3 de junio de 2009 (*JUR* 2010, 22438); y, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, 14 de octubre de 2014 (*AC* 2015, 1298) manifiesta, al respecto, que la finalidad no es otra que paliar en lo posible el principal inconveniente que, presenta el régimen de separación de bienes con respecto al cónyuge que, después de dedicarse plenamente a la atención de la casa, no participa de las ganancias que el otro obtiene con su actividad fuera del hogar. La prestación económica a que se refiere el artículo 1438 del Código civil tiene su fundamento en una previa contribución en especie a las cargas familiares específicamente reguladas en el régimen económico de separación de bienes, que parece destinada a corregir de forma equitativa los posibles desequilibrios que, puede determinar este régimen económico especialmente para el cónyuge carente de actividad laboral que, ha centrado su dedicación en el cuidado de los hijos y del hogar familiar, estimando esta aportación pasada como una prestación susceptible de cuantificación económica que, ostenta un valor estimable al tiempo de proceder a la liquidación del régimen económico de separación de bienes.

¹⁴² *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 3 de junio de 2009 (*JUR* 2009, 22438); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 11 de junio de 2009 (LA LEY 179446, 2006); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4ª, 26 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 279971).

En esta línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 5 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 107492) señala que «el presupuesto necesario para el reconocimiento de la compensación se centra en la prueba al respecto de la desigualdad peyorativa antes indicado, en lo que se refiere a un especial desempeño en los trabajos domésticos y a una significativa labor asistencial en favor de toda la familia, con exención de funciones, en este ámbito para el otro cónyuge, con lo que ello supone desde el punto de vista del sacrificio personal y material del primero. Desde la celebración del matrimonio y hasta de febrero de 2006 la demandante Doña Clara ha tenido una dedicación exclusiva al cuidado y atención de los hijos comunes y a la realización del trabajo doméstico en el hogar familiar; lo cual tiene un valor económico en sí mismo y ha permitido al demandado D. Javier tener la dedicación plena a la actividad laboral y obtener elevados ingresos. De ahí que, concurren los

requisitos de la compensación prevista en el artículo 1428 del Código civil y la pretensión supresora de la parte apelante no puede prosperar. A asistencia de empleada del hogar y la no duración prolongada del matrimonio son circunstancias que no determinan la exclusión de los requisitos de la indemnización reconocida en el artículo citado.

¹⁴³ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1ª, 21 de marzo de 2000 (LA LEY 63974, 2000); de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2ª, 31 de julio de 2007 (*JUR* 2007, 33912); y, de la Audiencia Provincial de Albacete, sec. 1ª, 23 de marzo de 2010 (LA LEY 41281, 2010).

¹⁴⁴ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5ª, 24 de enero de 2005 (*JUR* 2005, 44414); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5ª, de 28 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 303532) establece, al respecto que, lo que se debe compensar no solo el indudable valor económico del trabajo doméstico sin contraprestación alguna, sino la pérdida de oportunidades y expectativas de formación profesional, promoción profesional o laboral y en definitiva, la pérdida de oportunidades de incrementar, con el trabajo o actividad realizadas fuera del hogar, el patrimonio propio, al tiempo que se facilita la plena dedicación del otro cónyuge, liberándolo de tareas domésticas, a sus actividades profesionales o empresariales, permitiendo a este incrementar su patrimonio en el decurso de la convivencia matrimonial.

¹⁴⁵ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5ª, 17 de marzo de 2004 (AC 2004, 382); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1ª, 5 de abril de 2006 (*JUR* 2006, 140188); de la Audiencia provincial de Madrid, secc. 24ª, 1 de julio de 2013 (*JUR* 2013, 263637) no puede afirmarse que se dedicara de forma exclusiva al cuidado de los hijos, ni que se le impidiera desarrollar una faceta laboral o profesional, favoreciendo el éxito profesional; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2ª, 19 de diciembre de 2013 (*JUR* 2013, 120986); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14ª, 19 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 167678); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, 20 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 14469); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, 27 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 196684); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1ª, 12 de febrero de y 25 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 80720; *JUR* 2015, 175680). Por su parte, se indica como presupuestos para la compensación que, además que, el régimen económico que rija el matrimonio sea el de separación de bienes, que el trabajo para el hogar se realice de forma exclusiva o mayoritariamente por uno de ellos, así, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9ª, 7 de julio de 2001 (*JUR* 2001, 274492); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2ª, 24 de mayo de 2005 (*JUR* 2005, 15542); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 4ª, 12 de abril de 2006 (*JUR* 2007, 20510); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2ª, 19 de diciembre de 2013 (*JUR* 2013, 120986); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 2ª, 17 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 134800); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 13 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 72584).

¹⁴⁶ *RJ* 2011, 5122.

¹⁴⁷ En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31 de enero de 2014 (*RJ* 2014, 813) que, en su *Fundamento de Derecho segundo* manifiesta que, esta conclusión de la citada Sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2011, es consecuencia de la concurrencia de tres reglas coordinadas que, hay que tener en cuenta de forma conjunta para decidir: 1ª. Regla: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir; 2ª. Regla: puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del artículo 32 CE; 3ª. Regla: el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen. Por lo demás y en relación con los criterios para la interpretación del último inciso del artículo 1438 del Código civil, señala la resolución que «deben excluirse, por tanto, criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que, no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación

legal de contribuir con trabajo doméstico». Es decir concluye que «la regla de aplicación resulta de una forma objetiva por el hecho de que uno de los cónyuges haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa, por lo que es contrario a la doctrina de esta Sala el tener en cuenta otra circunstancia distinta a la objetiva, como es, no el beneficio económico, pero sí que todos los emolumentos se haya dedicado al levantamiento de las cargas familiares, lo que la Sentencia denomina la inexistencia de «desigualdad peyorativa» y, supone denegar la pensión cuando el 100% del salario se destina al levantamiento de las cargas familiares. Admitirlo implica reconocer lo que la doctrina de esta Sala niega como presupuesto necesario para la compensación, es decir que, el esposo se beneficie o no económicamente. Basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación. Cosa distinta será determinar su importe». A las tres reglas se refiere también, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, 29 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 207569). Asimismo, ratifica esta interpretación del artículo 1438 del Código civil, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 880).

¹⁴⁸ *RJ* 2015, 1170. En el caso, son hechos probados de la Sentencia que, doña Amparo la que esencialmente se ocupó de la casa familiar y de la atención de los hijos cuando eran pequeños, ayudada por una empleada, lo cual no fue óbice para que desarrollase una actividad laboral (apertura de una tienda de ropa de niños denominada tacatá) y que trabajara antes para la empresa del esposo Rioja Selección hasta que cerró, sin que se haya aclarado si tal empleo fue o no retribuido durante todo el tiempo que lo desempeñó o solo durante parte de ese tiempo (*Fundamento de Derecho segundo número 3*).

¹⁴⁹ *RJ* 2015, 1528. En el caso, son hechos probados de la Sentencia que, la esposa desde que pactara con su esposo el régimen de separación de bienes a través de capitulaciones, vino desarrollando un trabajo en alguna de las empresas de la que era administrador el esposo, y que por este trabajo fuera del hogar percibía una retribución, que oscilaba sobre los 800 euros, lo que es incompatible con el derecho a obtener la compensación económica, que establece el artículo 1438 del Código civil (*Fundamento de Derecho tercero*).

Al respecto, en su *Fundamento de Derecho segundo*: «Ya ante las posibles dudas interpretativas que esta doctrina ha podido suscitar en la decisión de algunas Audiencias Provinciales, ha señalado lo siguiente: “Por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente (solo con el trabajo realizado para la casa’), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiera compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa; y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento”».

¹⁵⁰ *RJ* 2015, 5322. Asimismo, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 673). Las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4ª, 7 de abril de 2011 (*JUR* 2011/302530) indica que «la dedicación a la casa no le impidió a la esposa desarrollar su actividad profesional de graduado social, habiendo generado recursos que le han permitido ser cotitular del domicilio familiar, de otras dos viviendas y de cuatro plazas de garaje, por lo que no se dan los requisitos para fijar la indemnización del artículo 1438 del Código civil; de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2ª, 30 de noviembre de 2012 (*JUR* 2013, 150040) “la esposa compaginó su trabajo persona para la casa y tareas del hogar con actividades laborales remuneradas, no siendo aquel trabajo ni exclusivo ni relevante a los efectos de la compensación del artículo 1438 del Código civil”; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 11 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 133599) indica que “no se dan los requisitos para fijar la compensación del artículo 1438 del Código civil, ya que la esposa trabajo durante el matrimonio aunque tuviese más disponibilidad horaria que su esposo, contó con los servicios de una empleada

interna y las hijas acudían al comedor escolar y la esposa en la medida de sus posibilidades también ha contribuido a la atención diaria de las hijas; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9ª, 11 de septiembre de 2015 (*JUR* 2015, 271171) precisa que, no se dan las condiciones para fijar la compensación por la extinción del régimen de separación de bienes, pues “la esposa ha trabajado durante todo el matrimonio y además tampoco consta que el esposo haya incrementado su patrimonio como consecuencia de la dedicación de la esposa a la familiar; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 14 de octubre de 2016 (*JUR* 2016, 256546) “no se dan los requisitos para la concesión de la compensación, pues no ha existido una dedicación exclusiva de la esposa a las tareas del hogar para las que ha contado con ayuda doméstica, ya que durante la convivencia matrimonial ha venido desarrollando una amplia actividad laboral remunerada en los negocios de su esposo o de su familia”; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, 9 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 64237) señala que “no se trata de indemnizar a uno de los cónyuges por haber desempeñado sin más tareas del hogar, sino más bien de compensar a que por razón de tan loables actividades en interés de la familia, compromete sus expectativas de futuro profesional, de tal modo que a la extinción del régimen de separación de bienes se encuentra que al no participar en las ganancias obtenidas de su consorte, nada obtiene por este concepto. En el presente caso, la esposa ha estado dada de alta como autónoma percibiendo sus ingresos, no pudiendo por tanto aducir que esa dedicación o trabajo para la osas, le haya ocasionado perjuicio alguno».

¹⁵¹ *RJ* 2015, 5414. *Fundamento de Derecho tercero*.

¹⁵² *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1ª, 11 de febrero de 2005 (*RJ* 2005, 1407) no puede hablarse de la producción de un desequilibrio merecedor de la compensación a que alude al artículo 1438 del Código civil por cuanto uno y otro cónyuge, tras la extinción del régimen de separación, conservan posiciones y posibilidades económicas análogas a aquellas que tenía durante la vigencia del régimen. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 17 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 314504) no concurre situación de desigualdad patrimonial por la consecuencia que las actividades de la esposa para la casa y en el desarrollo de los negocios del esposo, se entiende suficientemente compensado con las adjudicaciones del patrimonio; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 3 de junio de 2009 (*JUR* 2010/22438) dispuso de dos empleadas y trabajó durante el matrimonio como pintora; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4ª, 10 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 396982) tiene de ayuda de servicio doméstico interno para la realización de las labores del hogar y cuidado de los hijos, que no priva a la actora de tiempo necesario para completar sus estudios o desarrollar cualquier actividad laboral fuera del hogar familia; y, de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2ª, 16 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 189143) ambos cónyuges tiene trabajos remunerados, y ninguno de ellos se ha beneficiado del matrimonio en cuanto a la posible adquisición de un importante patrimonial en total detrimento del otro.

¹⁵³ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1ª, 17 de mayo de 2010 (*JUR* 2010, 215019).

¹⁵⁴ En esta línea de no exigir la dedicación en exclusiva a las tareas del hogar por el cónyuge acreedor, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, 31 de octubre de 2011 (*RJ* 2012, 2243); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 25 de febrero de 2005 (*JUR* 2005, 84650); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, 15 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 188408); de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1ª, 3 de octubre de 2012 (*JUR* 2012, 404433); y, de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2ª, 11 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 120596).

¹⁵⁵ *RJ* 2017, 673.

¹⁵⁶ *RJ* 2017, 880.

¹⁵⁷ *RJ* 2017, 1720. Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9ª, 21 de diciembre de 2019 (*JUR* 2019, 44609).

¹⁵⁸ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1ª, 3 de octubre de 2012 (*JUR* 2012, 404433). Asimismo, CUENA CASAS, M. (2016). Las «sorpresas» del régimen de separación de bienes: la compensación por el trabajo doméstico, *Blog Hay Derecho*, 5 enero, 1-3.

¹⁵⁹ En esta línea, MORENO FLÓREZ, R. (2018) El trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes ¿Exclusivo, o compatible con una actividad remunerada?, *op. cit.*, 271 señala acertadamente que «la distinción y el diferente criterio que maneja el Tribunal Supremo entre trabajo fuera del hogar por cuenta ajena y trabajo fuera del hogar en empresas o actividades del consorte es difícil de sostener».

¹⁶⁰ *RJ* 2020, 3770.

¹⁶¹ *RJ* 2014, 813. Añade en su *Fundamento de Derecho* 2º que resulta «contrario a la doctrina de esta Sala el tener en cuenta otra circunstancia distinta a la objetiva, como es, no el beneficio económico, pero sí todos los emolumentos se hayan dedicado al levantamiento de las cargas familiares, lo que la Sentencia denomina la inexistencia de “desigualdad peyorativa”, lo que supone denegar la pensión cuando el 100% del salario se destina al levantamiento de las cargas familiares».

¹⁶² *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, 5 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 70753) el 15% de la diferencia patrimonial entre los patrimonios de las partes; de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1ª, 1 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 134302); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, 29 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 213174); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, 8 de julio de 2016 (*JUR* 2016, 213986); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 27 de julio de 2016 (*JUR* 2016, 237227) dedicación de la esposa al cuidado de los hijos y a la atención del hogar sustancialmente más que el esposo e incremento patrimonial de este superior en el momento del cese de la convivencia: 61 250 euros; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 3 de noviembre de 2016 (*AC* 2017, 248).

En el artículo 232-6 del citado Código civil catalán dispone las reglas de cálculo de los incrementos de los patrimonios de los cónyuges.

¹⁶³ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 de febrero de 2005 (*RJ* 2005, 1407); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2ª, 2 de junio de 2004 (*JUR* 2004, 258769); y, de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 1ª, 22 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 231377).

¹⁶⁴ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 de febrero de 2005 (*RJ* 2005, 1407) no puede hablarse de la producción de un desequilibrio merecedor de la compensación a que alude al artículo 1438 del Código civil por cuanto uno y otro cónyuge, tras la extinción del régimen de separación, conservan posiciones y posibilidades económicas análogas a aquellas que tenía durante la vigencia del régimen. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 17 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 314504) no concurre situación de desigualdad patrimonial por la consecuencia que las actividades de la esposa para la casa y en el desarrollo de los negocios del esposo, se entiende suficientemente compensada con las adjudicaciones del patrimonio; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 3 de junio de 2009 (*JUR* 2010, 22438) dispuso de dos empleadas y trabajó durante el matrimonio como pintora; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4ª, 10 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 396982) también dispone de ayuda de servicio doméstico interno para la realización de las labores del hogar y cuidado de los hijos, que no priva a la actora de tiempo necesario para completar sus estudios o desarrollar cualquier actividad laboral fuera del hogar familia; y, de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2ª, 16 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 189143) ambos cónyuges tiene trabajos remunerados, y ninguno de ellos se ha beneficiado del matrimonio en cuanto a la posible adquisición de un importante patrimonial en total detrimento del otro.

¹⁶⁵ En esta línea de no exigir la dedicación en exclusiva a las tareas del hogar por el cónyuge acreedor, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, 31 de octubre de 2011 (*RJ* 2012, 2243); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 25 de febrero de 2005 (*JUR* 2005, 84650); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, 15 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 188408); de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1ª, 3 de octubre de 2012 (*JUR* 2012, 404433); y, de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2ª, 11 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 120596).

¹⁶⁶ *RJ* 2017, 673.

¹⁶⁷ *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 18 de julio de 2007 (*JUR* 2007, 284431).

¹⁶⁸ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10119; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 868; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). *Curso de Derecho Civil, op. cit.*, 194 dispone al respecto que «el trabajo para la casa no debe ser entendida solo pura actividad material encaminada a satisfacer necesidades de mantenimiento alimenticio (como ir a la compra, cocinar), de arreglo del hogar (como limpiar, hacer las camas, ordenar enseres), de atención a los componentes del grupo (como cuidar de los hijos, asearlos, etc.) y, así otras ocupaciones posibles, si son desempeñadas por un esposo. Diferentemente debe estimarse que también es trabajo para la casa la labor de dirección de la misma cuando de verdad ocupa (lo que ciertamente no consiste solo en dar órdenes)». *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4ª, 5 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001, 64637).

¹⁶⁹ *RJ* 2019/5090.

¹⁷⁰ En esta línea, PÉREZ MARTÍN, A.J. (2020). *Liquidación del régimen de separación de bienes, op. cit.*, 60.

¹⁷¹ *RJ* 2017/880.

¹⁷² *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2ª, 3 de noviembre de 2011 (*JUR* 2012, 75455) la esposa además de dedicarse voluntariamente a la casa, realizaba en ella productos artesanales que, posteriormente vendía; y, de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1ª, 21 de septiembre de 2018 (*JUR* 2019, 3810) con independencia de los breves periodos de tiempo en que se encontraba dada de alta es un hecho acreditado que, realiza en el hogar trabajos de confección de abalorios o regalos de comuniones, bodas etc.

¹⁷³ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 28 de septiembre de 2018 (*JUR* 2019, 13440).

¹⁷⁴ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1ª, 25 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008, 49766); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 18 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 49766). En contra, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 2 de octubre de 2012 (*JUR* 2012, 382267); y de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3ª, 16 de enero de 2020 (*JUR* 2020, 54462) en ambas se concretó el *quantum* compensatorio, teniendo tan solo en cuenta los periodos en los que se dedicó exclusivamente para la casa.

¹⁷⁵ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9ª, 28 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009, 498338); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2ª, 30 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 265207); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, 27 de junio de 2011 (*JUR* 2011, 325449); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 10ª, 4 de julio de 2013 (*JUR* 2013, 301250).

Por el contrario, se estima su procedencia en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 1ª, 12 de noviembre de 2019 (*JUR* 2020, 8791) a pesar de la escasa duración del matrimonio (2 años y diez meses).

¹⁷⁶ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, 25 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 232081); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, 19 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 61815).

¹⁷⁷ En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4ª, 26 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 167817) se concluye que resulta procedente la compensación, aunque el esposo figure como titular del negocio de maderas regentado por su esposo.

¹⁷⁸ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, 15 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 225640) el esposo decidió dejar de trabajar para acompañar a su esposa de profesión diplomática, dedicándose exclusivamente para la casa, aunque el esposo aparecía como propietario de una empresa.

¹⁷⁹ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3ª, 13 de febrero de 2020 (*JUR* 2020, 133475).

¹⁸⁰ En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1ª, 25 de abril de 2002 (*JUR* 2003, 231109) se suscribió en un acuerdo prematrimonial una cláusula en la que se comprometía y asumía el esposo abonar a la esposa la cantidad de treinta millones de pesetas, si el matrimonio se extinguía por causa de fallecimiento y, de quince millones de pesetas, en caso de extinción por causa distinta al fallecimiento; y, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, 23 de febrero de 2011 (*JUR* 2011, 192439) los cónyuges en su día convinieron «que las cantidades y derechos que recogía el apartado c)

referentes al derecho de habitación —el derecho de habitación vitalicio— lo era por las compensaciones que pudieran corresponder a la esposa al amparo del artículo 1438 del Código civil.

¹⁸¹ En esta línea, la Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona secc. 12^a, 17 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 239752); y de la misma Audiencia, secc. 18^a, 30 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 165235). Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3^a, 3 de noviembre de 1997 (*AC* 1997, 2235) se refiere como bases para cuantificar las que establece el artículo 97 del Código civil; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7^a, 11 de septiembre de 2009 (*LA LEY* 22891, 2009) fija como criterios la duración del matrimonio, la falta de cualificación profesional y vida laboral anterior por parte de la esposa.

¹⁸² La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5322) señala que, una de las opciones posibles es el equivalente al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el suelo que cobraría por llevar o a cabo una tercera persona. Al salario mínimo interprofesional como referente para cuantificar la compensación se refieren las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3^a, 20 de julio de 2006 (*JUR* 2006, 239825); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4^a, 15 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 225640); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2^a, 29 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 245011); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10^a, 12 de julio de 2019 (*JUR* 2019, 264678).

¹⁸³ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 5122) confirmó el criterio cuantificador utilizado por la Audiencia Provincial que aplicó el importe del coste de realización de trabajos para la casa por una tercera persona así manifestó al respecto que: «La sentencia recaída en primera instancia en este procedimiento señaló una cantidad a la que había llegado después de aplicar los criterios que se reproducen ahora: “en función del sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar”». Se opta también por este criterio en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2^a, 11 de octubre de 2012 (*JUR* 2012, 369666) atendiendo a lo dispuesto en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2011 y calcula el coste de una empleada de hogar a razones de 600 euros mensuales; y en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2^a, 20 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 286726); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2^a, 6 de octubre de 2017 (*JUR* 2018, 68459); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5^a, 20 de septiembre de 2018 (*JUR* 2018, 307045); de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1^a, 6 de noviembre de 2018 (*JUR* 2019, 24235); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1^a, 3 de diciembre de 2019 (*AC* 2020, 718).

¹⁸⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *op. cit.*, 152 en este sentido, señala la posibilidad de acudir al precio del mercado de dicho trabajo, es decir, acudiendo al precio de mercado de los empleados del hogar. Por su parte, VERDERA IZQUIERDO, B. (2013). Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correlativo de una desigualdad conyugal, *Derecho Privado y Constitución*, número 27, enero-diciembre, 244 atiende al salario mínimo interprofesional. *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2^a, 24 de mayo de 2004 (*JUR* 2005, 155542); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3^a, 20 de julio de 2006 (*JUR* 2006, 239825); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1^a, 6 de noviembre de 2006 (*JUR* 2006, 284978); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6^a, 16 de mayo de 2007 (*JUR* 2007, 295893); y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2^a, 16 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 283207); y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1^a, 30 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 241997).

¹⁸⁵ Lo considerado pertinente las Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2^a, 19 de julio de 2010 (*JUR* 2010, 345059); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24^a, 24 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 227448). Sin embargo, el Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación en Sentencia de 11 de diciembre de 2019 entendió que este criterio no podía aceptarse. Con posterioridad, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3^a, de 16 de enero de 2020 (Roj. SAP BA 100/2020; ECLI:ES:APBA: 2020:100)

ante un supuesto en que la esposa había solicitado también excedencia voluntaria estableció la cuantía de la compensación atendiendo a este criterio, estableciendo al respecto que «la cuantía puede obtenerse a tenor del sueldo que recibiría si en lugar de dicho trabajo doméstico hubiera trabajado fuera del hogar familiar; siendo que los criterios de la demandante son aceptables, equivaliendo a la mitad el sueldo que percibía en su último trabajo aplicados a los seis años y cuatro meses que se dedicó en exclusiva a trabajar en el hogar; en total 53 200 euros /1/2 de 1400 euros x 76 meses), siendo también equivalente aproximadamente al sueldo que recibiría una tercera persona que hubiera tenido que prestar dicho trabajo doméstico».

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 5 de mayo de 2016 (RJ 2016, 2219) se ofrece varias opciones: el equivalente al salario mínimo interprofesional, la equiparación con el sueldo que cobraría por llevarla a cabo una tercera persona —de modo que, se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar este servicio ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar—, u otras opciones que tengan en cuenta que uno de los cónyuges sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro, sin generar ingresos propios ni participar en los del otro.

¹⁸⁶ El artículo 232-6 del Código civil catalán fija como reglas de cálculo de los incrementos de los patrimonios entre cónyuges las siguientes: a) El patrimonio de cada uno de los cónyuges integrado por los bienes que tenga en el momento de la extinción del régimen o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, una vez deducidas las cargas que los afecten y las obligaciones; b) Deben añadirse al patrimonio de cada uno de los cónyuges el valor de los bienes que haya dispuesto a título gratuito, calculado en el momento de su transmisión, excluidas las donaciones hechas a los hijos comunes y las liberalidades de uso, así como el valor del detrimento producido por actos efectuado con la intención de perjudicar al otro cónyuge; y c) Debe descontarse del patrimonio de cada uno de los cónyuges el valor de los bienes que tenía al comenzar el régimen y que conserva en el momento en que se extingue, una vez deducidas las cargas que los afecten, así como el valor de los adquiridos a título gratuito durante la vigencia del régimen, y las indemnizaciones por daños personales, excluida la parte correspondiente al lucro cesante durante la vigencia del régimen se imputarán a la compensación por el valor que tienen en el momento de la extinción del régimen.

¹⁸⁷ MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L. (2011). La compensación por el trabajo doméstico en el Código civil español, *op. cit.*, 129.

¹⁸⁸ *Id.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 5322); y, de 5 de mayo de 2016 (RJ 2016, 2219) respecto a este último supuesto, precisa que, el juez habrá de tener en cuenta que, uno de los cónyuges sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro, sin generar ingresos propios ni participar en los del otro. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1^a, 29 de enero de 2016 (JUR 2016, 207569) la compensación no puede extenderse a la totalidad del importe que un tercero cobraría por realizar ese trabajo del hogar (y cuya cuantía no tiene por qué coincidir con el salario mínimo interprofesional, pues el trabajo del hogar no tienen horario fijo) ya que en este caso no se había contribuido en nada, sino que debe limitarse al exceso que correspondería a cada cónyuge.

Por su parte, hay Sentencias que tienen en cuenta la intensidad del trabajo para la casa, pues, no es lo mismo el trabajo en una familia sin hijos que, con hijos menores o mayores de edad, así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2^a, 27 de octubre de 2009 (JUR 2009, 9655) se tuvo en cuenta que los hijos ya estaban próximos a cumplir la mayoría de edad y al poco tiempo se independizaron; por su parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1^a, 6 de noviembre de 2018 (JUR 2019, 24235) tuvo en cuenta el Juez dos periodos en relación al trabajo para la casa, uno antes de haber nacido el hijo y después de su nacimiento. Asimismo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 5^a, 11 de julio de 2019 (JUR 2019, 262791) tuvo en cuenta que al pactar el régimen de separación de bienes ella tenía 54 años y el 60 años, además la esposa por incapacidad permanente total cobraba una pensión contributiva de 563,80 euros; y, en la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1^a, 18 de noviembre de 2019 (JUR 2020, 62211) que aunque el régimen de separación ha durado 16 años, no puede obviarse que durante este tiempo sus hijos ya eran mayores,

la hija tenía 21 años y el hijo 14 años y la propia apelante reconoció que tras el cierre de la empresa de bolsos de piel en que trabajaba, se incorporara al servicio de limpieza de casas particulares y edificios.

¹⁸⁹ *RJ* 2019/5090. *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, 15 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 225640); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, 6 de noviembre de 2019 (*JUR* 2020, 60209); y, de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1ª, 12 de noviembre de 2019 (*JUR* 2020, 25438). Por su parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, 8 de mayo de 2009 (*JUR* 2009, 372045) 1250 euros mensuales se calcula la cuantía de la compensación por coherencia con la cantidad que, percibía mensualmente en nómina por su ficticio trabajo en la empresa de su esposo.

¹⁹⁰ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7ª, 11 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009, 479216); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 4ª, 27 de septiembre de 2019 (*JUR* 2019, 305624).

¹⁹¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *op. cit.*, 151.

¹⁹² *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 26 de mayo de 2009 (*JUR* 2010, 31827).

¹⁹³ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2ª, 10 de enero de 2013 (*JUR* 2013, 205502) al constar su alta como autónoma en la Seguridad Social en el año 2004 y durante un importante tiempo de vigencia del matrimonio, este dato determina una moderación en la cuantía de la compensación por el trabajo en casa.

¹⁹⁴ Efectivamente, se pueden tener en cuenta el número de hijos, edad, haber tenido servicio doméstico, pérdida de las expectativas laborales por el cónyuge que se queda en casa, o que se dediquen todos los ingresos del cónyuge a atender las cargas del matrimonio. Así, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 5 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 107492) la duración del matrimonio ha sido escasa (2 años y 2 meses); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, 3 de mayo de 2019 (*JUR* 2019, 238596).

¹⁹⁵ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1ª, 6 de noviembre de 2006 (*JUR* 2006, 284978) cuantía que ha de fijarse mediante una suma específica y no como un porcentaje; de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2ª, 9 de febrero de 2009 (LA LEY 158069, 2009); y de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 11 de noviembre de 2019 (*JUR* 2020, 43129) se entendió que como el esposo dispuesto de la mitad del saldo existente en una cuenta común por importe de 16 120 euros, además de disponer de su dinero privativo, con ello se obtuvo la compensación.

¹⁹⁶ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 21 de diciembre de 2009 (LA LEY 302033, 2009).

¹⁹⁷ *Vid.*, la Resolución de la DGRN, 30 de noviembre de 2016 (*RJ* 2016, 5 933) en relación con la permuta de varias fincas entre los esposos de carácter privativo todas ellas, en compensación al trabajo doméstico de uno de ellos.

¹⁹⁸ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2ª, 18 de noviembre de 2013 (*JUR* 2014, 75487).

¹⁹⁹ RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 903; ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 107, salvo consentimiento del cónyuge deudor; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1ª, 9 de noviembre de 1999 (AC 1999/2379); y del Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5ª, 17 de enero de 2014 (*JUR* 2014/47686) se estima la indemnización ya percibida en forma de copropiedad de tres viviendas adquiridas en Portugal, con dinero procedentes del salario como médico del esposo y tiene a su disposición la cantidad de 22 000 euros que ha retirado de una cuenta común. Asimismo, el artículo 232-8 del Código civil catalán establece, por un lado, en su apartado 1 que «la compensación debe pagarse en dinero, salvo que las partes acuerden otra cosa. Sin embargo, por causa justificada y a petición de cualquiera de las partes o de los herederos del cónyuge deudor, a autoridad judicial puede ordenar su pago total o parcial con bienes», y añade en su apartado segundo la posibilidad de pagarlo a plazos o aplazar dicho pago, así dispone que «a petición de los cónyuges o de sus herederos, la autoridad judicial puede aplazar el pago de la compensación u ordenar que se haga a plazos, con un vencimiento máximo de tres años y el devengo de interés legal a

contar del reconocimiento. La autoridad judicial puede, en este caso, ordenar la constitución, si procede, de una hipoteca, de acuerdo con lo establecido por el artículo 569-36, o de otras garantías en favor del cónyuge acreedor». En contra, ASÚA GONZÁLEZ, C.I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 96; y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de febrero de 1989 (*RJ* 1989, 836).

²⁰⁰ Roj. STS 433/2014; ECLI:ES:TS:2014:433.

²⁰¹ *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7ª, de 1 de abril de 2011 (*JUR* 2011, 18734); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 11 de mayo de 2012 (Roj. SAP M 7309/2012; ECLI:ES:APM:2012:7309); de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 5ª, de 17 de enero de 2014 (Roj. SAP C 93/2014; ECLI:ES:APC:2014:93); y de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4ª, de 28 de noviembre de 2019 (Roj. SAP MU 2470/2019; ECLI:ES:APMU:2019:2470).

²⁰² *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5ª, 26 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 331706); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4ª, 14 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 35383) de la cantidad en que se fijó la compensación se descontó la mitad de los pagos de la hipoteca de la vivienda familiar cotitularidad de ambos que, asumió en exclusiva el esposo

²⁰³ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 11 de noviembre de 2019 (*JUR* 2020, 43129).

²⁰⁴ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 5ª, 29 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 71891); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13ª, 25 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 112738).

²⁰⁵ REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, *op. cit.*, 439; MONTÉS PENADÉS V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 869; ASÚA GONZÁLEZ C.I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 97. *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1ª, 29 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/71008). Asimismo, el artículo 232-7 del Código civil catalán que posibilita pactar el incremento, reducción o exclusión de la compensación económica por razón del trabajo de acuerdo con lo establecido en el artículo 231-30.

²⁰⁶ EGEA FERNÁNDEZ, J. (2003). Pensión compensatoria y pactos en previsión de ruptura. En: A. Cabanillas Sánchez (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, T. III, Madrid: Thomson- Reuters, 4571.

²⁰⁷ ROCA i TRÍAS, E. (2006). Autonomía, crisis matrimoniales con ocasión de la crisis. En: J.M. Abril Campoy y Mª.E. Amat Llari (coords.), *Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*, vol. II, Valencia: Tirant lo Blanch, 2132-2133.

²⁰⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *op. cit.*, 76.

²⁰⁹ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2ª, 31 de julio de 2003 (*JUR* 2003, 275635), y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, 3 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 188495).

²¹⁰ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, 26 de septiembre de 2006 (*RJ* 2007, 6177); las Sentencias de la Audiencia provincial de Madrid, secc. 24ª, 1 de febrero de 2006 (*JUR* 2006, 123531); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, 18 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 235256); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 5 de junio de 2009 (LA LEY 173960, 2009). Esta compatibilidad se contiene en el artículo 232-10 del Código civil catalán cuando señala que «el derecho a la compensación económica por razón del trabajo es compatible con los demás derechos de carácter económico que corresponden al cónyuge acreedor y deben tenerse en cuenta para fijar esos derechos y, si procede, para modificarlos». Y añade en cuanto a su reclamación el artículo 232-11 que: «1. En caso de nulidad del matrimonio, separación o divorcio, la compensación económica por razón del trabajo debe reclamarse en el proceso que causa la extinción del régimen y en caso de resoluciones o decisiones eclesíásticas, en el proceso dirigido a obtener su eficacia civil. Como cuestión previa, la Sentencia matrimonial puede pronunciarse sobre el régimen vigente si las partes hacen cuestión de él. 232. En caso de extinción del régimen de separación por muerte, la pretensión para reclamar la compensación económica por razón del trabajo prescribe a los tres años desde el fallecimiento del

cónyuge. Sin embargo, si el cónyuge superviviente interpone una demanda al amparo del artículo 233-14.2, debe reclamar la compensación en el mismo procedimiento». De todas formas, también se añade como novedad, que si haya bienes en proindiviso propiedad de ambos cónyuges, pueden solicitar su división. Así el artículo 232-12 señala que «en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad, y en los dirigidos a obtener la eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges puede ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto a los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. 2. Si existen varios bienes en comunidad ordinaria indivisa, y uno de los cónyuges lo solicita, la autoridad judicial puede considerarlos en conjunto a efectos de formar lotes y adjudicarlos».

²¹¹ En este sentido, ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 1673. *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12^a, 16 y 17 de marzo de 2009 (LA LEY 148577, 2009; y LA LEY 148576, 2009) su fijación ha de ser previa a la pensión compensatoria.

²¹² *RJ* 2019, 5090. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1^a, 5 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2219); y asimismo, en el seno de las Audiencias Provinciales, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10^a, 14 de julio de 2005 (*JUR* 2005, 202778); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22^a, 10 de enero de 2006 (*JUR* 2006, 55109); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2^a, 11 de octubre de 2012 (*JUR* 2012, 369666); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5^a, 5 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 33093); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2^a, 19 de septiembre de 2018 (*JUR* 2018, 304943); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10^a, 9 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 64237).

²¹³ *Roj.* STS 501/2018; *ECLI:* ES:TS:2018:501.

²¹⁴ *RJ* 2017/1720. A tales diferencias también se refiere la citada Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 de diciembre de 2019 (*RJ* 2019, 5090).

²¹⁵ Asimismo, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1^a, 27 de abril de 2000 (*RJ* 2000, 4125) tras señalar que «la fijación de la compensación es precia a la fijación de la pensión compensatoria, porque se trata, como se ha dicho, de una regla de liquidación de bienes por extinción del régimen económico matrimonial. Es decir, en el momento de la disolución del patrimonio conyugal debe observarse si se produce una injusta desigualdad en favor de uno de los cónyuges y en este caso —y en esos momentos— debe procederse a fijar la indemnización que restaure el equilibrio. Una vez formadas las masas patrimoniales es el momento de determinar, si procede, la pensión compensatoria, que procederá solo en el caso que el cónyuge menos favorecido persista en situación de desigualdad respecto a la que tenía en el matrimonio». Precisa que «aquí no se trata que el trabajo de la esposa haya representado un enriquecimiento para el marido y un empobrecimiento para ella, ni se trata de comparar la situación actual de los cónyuges; aquí se trata de ver si, en el momento de la disolución del patrimonio conyugal, se produjo una injustificada desigualdad patrimonial entre ellos, porque habiendo contribuido ambos al levantamiento de las cargas del matrimonio, nada motiva que, en palabras llanas, un quede rico y la otro reste pobre. Por lo que en el restablecimiento del equilibrio patrimonial se debe tener en cuenta: el patrimonio del marido que se cifra, en el momento de la crisis conyugal, en sesenta millones de pesetas y los cuarenta años de la esposa dedicada en exclusiva al cuidado del hogar, del esposo y de su único hijo, atendiendo a tales circunstancias, la indemnización compensatoria a que tienen derecho doña Trinidad N. ha de fijarse en quince millones de pesetas».

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1^a, 9 de noviembre de 1999 (*AC* 1999, 2379) después de poner de manifiesto la compatibilidad entre la pensión compensatoria y la compensación económica del artículo 1438 del Código civil, señala que, parten ambas de una premisa fáctica que, presenta una coincidencia esencial en cuanto a su naturaleza (la expresión «dedicación a la familia» es equivalente en términos esenciales a la de «trabajo para el hogar») el fundamento de una y otra es distinto en esencia. La pensión compensatoria no solo se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia (vigente el régimen económico matrimonial, cualquiera que fuera aquel) sino también en consideración a esa futura dedicación a la familia y se funda esencialmente en la apreciación de la existencia de un desequilibrio económico, sufrido por uno de los cónyuges en relación con la posición

económica que ocupa el otro como consecuencia de la crisis matrimonial, confrontando su posición actual y futura con la situación que disfrutaba vigente el matrimonio para sopesar el grado de deterioro experimentado en su posición económica. En este sentido, la pensión compensatoria se configura como un derecho independiente de las cargas y aportaciones al matrimonio y se concibe como un derecho personal del cónyuge que se encuentra en circunstancias que provocan su desequilibrio económico en relación con la situación que gozaba en el matrimonio y que en definitiva conecta con el deber de asistencia y socorro mutuo. En contraposición, la indemnización a la que hace referencia el artículo 1438 no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia ni a la situación de desequilibrio que la crisis matrimonial puede generar para uno de los cónyuges en relación con su situación precedente, sino exclusivamente en función objetiva de la dedicación pasada a la familia vigente el régimen económico de separación hasta la extinción del mismo.

²¹⁶ Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de septiembre de 2019 (*RJ* 2019, 3769) con respecto a la pensión compensatoria «(...) el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de julio de 2013; y de 18 de noviembre de 2014)».

²¹⁷ En este sentido, ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 1673. *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12^a, de 16 y 17 de marzo de 2009 (LA LEY 148577, 2009; y LA LEY 148576, 2009) su fijación ha de ser previa a la pensión compensatoria.

²¹⁸ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10^a, 23 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 101606).

²¹⁹ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4^a, 26 de mayo de 2009 (*JUR* 2009, 280710) indica que la pretensión del artículo 1438 del Código civil fue correctamente desestimada en la Sentencia de instancia, en primer lugar, por motivos procesales, ya que, infringiendo el claro mandato establecido en el artículo 29 de la LEC, que obliga a cuantificar el importe de lo reclamado, la actora se limitó a pedir en la demanda que se declarase su derecho a obtener tal compensación e la cuantía que «el juez señalara» sin ni siquiera indicar cuales fueran las bases de las que debiera partirse para cuantificar esa supuesta deuda. Y en segundo término, porque aunque se prescindiera de lo anterior y se entendiera que lo solicitado se encuentra amparo en el inciso final del apartado tercero del citado artículo 219, tal petición tampoco podrá prosperar; pues, para su viabilidad sería preciso que la demandante que, es a quien corresponde como hecho constitutivo de su pretensión de acuerdo con el sistema de la carga de la prueba establecida en el artículo 217 de la LEC, acreditase cumplidamente haber llevado a cabo ese trabajo para atender las necesidades de la familia y del hogar de forma exclusiva o claramente mayoritaria respecto del otro cónyuge, pues al no haber aportado similar esfuerzo en la realización de tales atenciones es claro que no procede compensación alguna

²²⁰ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22^a, 28 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 215543).

²²¹ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4^a, 26 de mayo de 2009 (*JUR* 2009, 280710); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22^a, 30 de junio de 2009 (*JUR* 2010, 22331); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10^a, 11 de enero de 2017 (*JUR* 2017, 39697); y de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1^a, 7 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 189226).

²²² *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 5414); y de 20 de febrero de 2018 (*RJ* 2018, 568); y, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4^a, 17 de julio de 2012 (*AC* 2012, 1207). En contra, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6^a, 4 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 291581) considera que excede del ámbito del procedimiento de divorcio y debe solicitarse en procedimiento declarativo posterior.

²²³ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22^a, 26 de mayo de 2009 (*JUR* 2010, 268857); y de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4^a, 17 de julio de 2012 (*AC* 2012, 1207).

²²⁴ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 10 de mayo de 2003 (LA LEY 84179, 2003) tras la separación matrimonial, ya no existe régimen económico matrimonial entre los cónyuges de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2ª, 10 de julio de 2003 (*JUR* 2003, 212975); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4ª, 20 de mayo de 2005 (*JUR* 2005, 128526) por su parte, entiende que no procede la compensación en el procedimiento de separación al no considerar que se hubiese extinguido el régimen de separación de bienes, pues solo puede tener lugar o por la disolución del matrimonio por divorcio; y de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, 4 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 291581).

²²⁵ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5ª, 28 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 303532).

²²⁶ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7ª, 11 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009, 479216) tiene presente en el cálculo de la compensación, el usufructo universal sobre todo el patrimonial relicto, además de la percepción de una pensión no contributiva por parte de la apelada.

1.3. Derechos Reales

La indirecta protección de los derechos habitacionales en el convenio europeo de derechos humanos

The indirect protection of housing rights in the european convention on human rights

por

ELENA FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA*
Abogada. Mediadora. Doctoranda UCM

RESUMEN: La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos protege los derechos habitacionales indirectamente a través de los *derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos frente a la actuación de los poderes públicos* en relación con el artículo 8, referido a la existencia de una vida familiar que se vería peligrar en el supuesto de la pérdida de la vivienda familiar debido a la expulsión de la misma por las autoridades. Derechos habitacionales que también se protegen a través del derecho a un proceso equitativo, del artículo 6 del Convenio. Orden de desalojo del domicilio que puede producir una vulneración por tratos inhumanos y denigrantes, o, simplemente por carecer la vivienda de las características mínimas, afectando con ello a la dignidad humana por humillación y degradación sufridas vulnerándose el derecho a la no discriminación. Derechos y jurisprudencia del TEDH que pueden delimitar al *derecho de propiedad*.

ABSTRACT: *The doctrine of the European Court of Human Rights protects housing rights indirectly through the rights recognized in the European Convention on Human Rights against the actions of public powers in relation to article 8, referring to the existence of a family life that It would be endangered in the event of the loss of the family home due to its expulsion by the authorities. Housing rights that are also protected through the right to a fair trial, in Article 6 of the Convention. Order to evict the home that may cause a violation due to inhuman and degrading treatment, or simply because the home lacks the minimum characteristics, thereby affecting human dignity due to the humiliation and degradation suffered, violating the right to non-discrimination. Rights and jurisprudence of the ECHR that can delimit the right to property.*

* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0003-0999-9044

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 cuyos equipos de investigación formo parte.

PALABRAS CLAVE: Derecho de propiedad. Derecho de arrendamiento. Derechos habitacionales. Derechos humanos. Derecho a la vida familiar. Derecho a un proceso equitativo. Derecho a la dignidad humana.

KEY WORDS: *Property rights. Leasing right. Housing rights. Human rights. Right to family life. Right to a fair trial. Right to human dignity.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DERECHOS HABITACIONALES Y EL RESPETO A LA VIDA PRIVADA FAMILIAR, AL DOMICILIO Y A LA CORRESPONDENCIA: A. INTRODUCCIÓN: EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS HABITACIONALES Y LA PROTECCIÓN A LA VIDA PRIVADA, AL DESARROLLO DE LA PERSONA Y A SU LIBERTAD INDIVIDUAL. B. EL ARTÍCULO 8 CEDH Y SU APLICACIÓN A LOS DERECHOS HABITACIONALES EN CASOS AMBIENTALES: GESTIÓN DE RESIDUOS, CONTAMINACIÓN... C. EL ARTÍCULO 8 CEDH Y SU APLICACIÓN A LOS DERECHOS HABITACIONALES TRAS LA AMENAZA DE UN DESALOJO. D. EL NECESARIO JUICIO DE PROPORCIONALIDAD QUE GARANTIZA LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO A LA VIVIENDA A TRAVÉS DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR Y A SU PRIVACIDAD.—III. LOS DERECHOS HABITACIONALES Y EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO.—IV. LOS DERECHOS HABITACIONALES Y LOS TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VII. LEGISLACIÓN CITADA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I.- INTRODUCCIÓN

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es vinculante para todos los Estados miembros de la Unión Europea, entre otros para nuestro ordenamiento jurídico, y, ello porque la Unión Europea se adhirió al Convenio Europeo de Derechos Humanos¹ de manera que sus derechos forman parte del derecho comunitario, y, además, tienen mucha importancia como principios generales (art. 6.2.º, 3.º TUE)².

Nuestra Constitución, en su artículo 10.2, establece que los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas en ella se interpretarán de acuerdo con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como los tratados y acuerdos internacionales. El Tribunal Constitucional reconoce que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *garantiza un contenido mínimo de los derechos fundamentales* que en ningún caso puede ser rebajado.

El CEDH se refiere fundamentalmente a los *derechos de la primera generación*, esto es, a *derechos destinados a proteger a las personas frente a la actuación de poderes públicos*, sin reconocer «derechos sociales», que incluyan prestaciones públicas o la garantía de un mínimo bienestar.

Por eso, el TEDH no tiene competencia para resolver conflictos entre particulares (art. 34 CEDH) sino que para que pueda actuar debe de existir una *injerencia justificada de los poderes públicos* en el ámbito de los derechos protegidos por el Convenio.

Sin embargo, en algunos casos el TEDH ha establecido *la obligación de los Estados de proteger un cierto nivel de condiciones materiales para preservar los derechos reconocidos en el Convenio*, como vamos a ver, eso es lo que ocurre en relación con el artículo 8, referido a la existencia de una vida familiar que se vería peligrar en el supuesto de la pérdida de la vivien-

da familiar debido a la expulsión de la misma por las autoridades (por ejemplo, en caso de desalojo)³.

Pues bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha protegido los *derechos habitacionales* por su conexión con *otros derechos civiles* regulados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como en el caso del derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes (art. 33), o, al debido proceso (art. 6), o a la vida privada familiar, al domicilio y la correspondencia (art. 8) o al respeto a los propios bienes y la propiedad, como vamos a ver en la jurisprudencia que vamos a analizar seguidamente. Derechos y jurisprudencia del TEDH que pueden delimitar al *derecho de propiedad*, pero también el *derecho de arrendamiento*, donde el TEDH ha reconocido que el control de la renta de los contratos de alquiler que acuerdan los Estados miembros no vulnera el derecho de propiedad de los arrendadores siempre que supere el juicio de *proporcionalidad*, pues los Estados tienen capacidad para regular el uso de la vivienda.

II. LOS DERECHOS HABITACIONALES Y EL RESPETO A LA VIDA PRIVADA FAMILIAR, AL DOMICILIO Y A LA CORRESPONDENCIA

A. INTRODUCCIÓN: EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS HABITACIONALES Y LA PROTECCIÓN A LA VIDA PRIVADA, AL DESARROLLO DE LA PERSONA Y A SU LIBERTAD INDIVIDUAL

El artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos regula el derecho a la vida privada familiar, al domicilio, y, a la correspondencia, todos aspectos y manifestaciones parciales de un derecho de contenido más amplio que protege *la vida privada, el desarrollo de la persona y su libertad individual*. La jurisprudencia del TEDH aplica estos derechos *como un todo*, de manera que se alega de forma genérica este artículo 8 ante el Tribunal⁴. La vida privada defendida por el artículo 8 del Convenio protege también, según el Tribunal, a las relaciones del individuo con los demás, pero también la protección de ese artículo se proyecta sobre lo que podrían denominarse círculos concéntricos, a partir de la persona individual, englobando espacios cada vez más amplios, relativos a la vida social: familia, relaciones laborales y medio ambiente, en una jurisprudencia evolutiva⁵.

Más allá de la persona individual, el siguiente círculo de protección del artículo 8 se refiere a la *familia*, por cuanto el Convenio consagra *el derecho al respeto a la vida privada y familiar*. Esta dimensión familiar ha tenido amplia repercusión en la jurisprudencia del Tribunal, ya que ha aplicado a ese derecho tanto la noción de obligaciones negativas del Estado como obligaciones positivas, en situaciones en que se han producido amenazas o ataques a las relaciones familiares, dificultándolas o poniéndolas en peligro, y ello aun cuando el nivel de daños producidos no se encuentre cubierto por las prohibiciones, por ejemplo del artículo 2 (referente a la protección del derecho a la vida), o al artículo 3 (trato inhumano o degradante).

B. EL ARTÍCULO 8 CEDH Y SU APLICACIÓN A LOS DERECHOS HABITACIONALES EN CASOS AMBIENTALES: GESTIÓN DE RESIDUOS, CONTAMINACIÓN...

La protección evolutiva en círculos concéntricos desde la persona individual y el matiz que queremos otorgar al contenido del derecho habitacional, se refleja en la STEDH de 7 de julio de 2009⁶ donde el demandante nacido en 1951 se

encuentra detenido en el establecimiento penitenciario de Arad tras su condena a diez años de prisión por fraude, sentencia establecida por las Sentencias de 14 de agosto de 2002 y 11 de noviembre de 2004 del Tribunal de Apelación de Timișoara. El derecho habitacional se encuentra en el lugar donde se encuentra su residencia, el centro penitenciario.

El demandante alega que, debido a la proximidad del antiguo vertedero y la pasividad de las autoridades para neutralizarlo, se ve obligado a respirar aire viciado y pestilente, y está expuesto a un riesgo real de contraer enfermedades. Además, denuncia la falta de confidencialidad de sus conversaciones telefónicas con el mundo exterior desde los teléfonos instalados en la prisión de Arad, debido a la obligación de indicar todos los números de teléfono a los que deseaba llamar. El demandante se basa sustancialmente en el artículo 8 del Convenio.

El Tribunal señala que las autoridades competentes sancionaron explícitamente al Ayuntamiento de Arad en julio de 2006 por la ausencia en el vertedero de cualquier medio para informar y advertir a la ciudadanía sobre los riesgos generados para el medio ambiente y para la salud de la población. Sobre dicho vertedero no se habían llevado a cabo las obras de cierre y reconstrucción ecológica ni el Gobierno había indicado qué medidas habían tomado las autoridades para garantizar que los detenidos en la prisión de Arad, y en particular el demandante, habían solicitado información a la administración y puedan tener acceso efectivo a la información que permita evaluar el riesgo para la salud al que estuvieron expuestos.

El Tribunal concluye que las obras de cierre del antiguo vertedero cerca de la prisión de Arad aún se encuentran pendientes y que el Gobierno no ha proporcionado información sobre el estado de avance, ni siquiera al inicio, de estas obras, para cubrir y rehabilitar el relleno sanitario, las obras debían estar terminadas en 2009, por lo que el Estado demandado ha incumplido sus obligaciones en virtud del artículo 8 de la Convención, se ha producido una violación del derecho del demandante al respeto de su vida privada.

Estos hechos fueron objeto de protección, pero ya en relación con el derecho a la vivienda en la STEDH de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994/3, López Ostra vs España)⁷ donde se protege indirectamente dicho derecho al considerar que se vulnera el derecho a la vida privada y familiar por la actuación no diligente de la administración en la instalación de una planta depuradora que provocaba molestias y trastornos de salud a los vecinos⁸. Donde el TEDH puso el acento en las obligaciones positivas y la responsabilidad de los poderes públicos al no haber actuado preventivamente para evitar las graves molestias sufridas por la recurrente, ni haber remediado la situación ya producida.

Esta línea jurisprudencial, basada en las molestias reales y efectivas sufridas como resultado de la degradación del medio ambiente por la contaminación del aire, tanto por la acción de autoridades públicas como de sujetos privados, ha sido la seguida desde entonces por el Tribunal al vulnerar el artículo 8 del convenio. Además de las dos sentencias señaladas exponemos a continuación otras dos por su importancia.

Así en STEDH de 26 de marzo de 2007, caso Giacomelli c. Italia⁹, se analiza el supuesto de hecho en el que la demandante nació en 1935 y vive desde 1950 en una casa en las afueras de Brescia, a 30 metros de una planta de almacenamiento y tratamiento de «residuos especiales» clasificados como peligrosos y no peligrosos. La demandante denunció que el ruido persistente y las emisiones nocivas de la planta, suponían una grave perturbación de su entorno y un riesgo permanente para su salud y su hogar, en violación del artículo 8 de la Convención.

En sus fundamentos el Tribunal señala que el artículo 8 puede aplicarse en casos ambientales si la contaminación es causada directamente por el Estado o si la responsabilidad del Estado surge de la falta de regulación adecuada de las actividades del sector privado. Si el caso se analiza en términos de un deber positivo del Estado de tomar medidas razonables y apropiadas para garantizar los derechos de los demandantes en virtud del párrafo 1 del artículo 8 o en términos de una injerencia de una autoridad pública que se justificará de conformidad con el párrafo 2. En ambos contextos debe tenerse en cuenta *el justo equilibrio que debe lograrse entre los intereses en competencia del individuo y de la comunidad* en su conjunto; donde el Estado goza de cierto margen de apreciación en la determinación de los pasos a seguir para asegurar el cumplimiento de la Convención. Además, incluso en relación con las obligaciones positivas que se derivan del primer párrafo del artículo 8, para lograr el equilibrio requerido, los objetivos mencionados en el segundo párrafo pueden tener cierta relevancia.

El Tribunal entiende que debe velar por que los intereses de la comunidad se equilibren con el derecho de la persona al respeto de su hogar y su vida privada. Reitera que ha sostenido sistemáticamente que, aunque el artículo 8 no contiene requisitos de procedimiento explícitos, el proceso de toma de decisiones que conduzca a medidas de injerencia debe ser justo y debe respetar debidamente los intereses salvaguardados para el individuo por el artículo 8. En la opinión de la Corte, aun suponiendo que, a raíz del decreto EIA de 28 de abril de 2004, las autoridades competentes hubieran implementado las medidas y requisitos indicados en el decreto y se hubieran tomado las medidas necesarias para proteger los derechos de la demandante, el hecho es que durante varios años su derecho al respeto de su hogar se vio seriamente afectado por las peligrosas actividades que se llevaban a cabo en la planta a 30 metros de distancia. Considera que el Estado no logró encontrar un justo equilibrio entre el interés de la comunidad por contar con una planta para el tratamiento de tóxicos industriales y el goce efectivo por parte de la demandante de su derecho al respeto de su hogar y de su vida privada y familiar. Por lo tanto, la Corte desestima la excepción preliminar del Gobierno y encuentra que se ha producido una violación del artículo 8 de la Convención.

En la STEDH de 10 de abril de 2012 caso Di Sarno y otros c. Italia¹⁰, trata también de los graves *problemas de eliminación de residuos sólidos urbanos*. Trece de los demandantes viven en el municipio de Somma Vesuviana, en Campania (Italia) y otros cinco trabajan allí, quienes alegaron que al no tomar las medidas necesarias para garantizar el buen funcionamiento del servicio público de eliminación de residuos y al aplicar una política legislativa y administrativa inadecuada, el Estado había causado graves daños al medio ambiente en su región y puso en peligro sus vidas y su salud y la de la población local en general. Sostuvieron además que las autoridades públicas se habían olvidado de informar a las personas afectadas de los riesgos de vivir en una zona contaminada. El Gobierno no estuvo de acuerdo.

El TEDH consideró que el presente caso no se refiere a la injerencia directa en el derecho de los demandantes al respeto a su hogar y a su vida privada, provocada por la acción de las autoridades públicas, sino más bien a la presunta falta de las autoridades de tomar las medidas adecuadas para garantizar el buen funcionamiento del servicio de recogida, tratamiento y disposición de residuos en el municipio de Somma Vesuviana.

En consecuencia, considera oportuno examinar el caso desde el punto de vista de las *obligaciones positivas del Estado en virtud del artículo 8 de la Convención*.

El Estado tenía la obligación positiva de tomar medidas razonables y adecuadas para proteger el derecho de las personas interesadas al respeto de su hogar y su vida privada y, de manera más general, a vivir en un entorno seguro y saludable. A juicio de la Corte, no se puede negar que la incapacidad prolongada de las autoridades italianas para garantizar el correcto funcionamiento del servicio de recogida, tratamiento y eliminación de residuos afectó negativamente al derecho de los solicitantes al respeto de su hogar y su vida privada, en violación del artículo 8 del Convenio en su aspecto sustantivo.

Sin embargo, en cuanto al aspecto procesal del artículo 8 y la denuncia por la supuesta falta de aportación de información que hubiera permitido a los demandantes valorar el riesgo que corrían, la Corte señala que los estudios encargados por el departamento de planificación de emergencias civiles se hizo público en 2005 y 2008. *En consecuencia, considera que las autoridades italianas cumplieron con su deber de informar a las personas afectadas, incluidos los solicitantes, de los riesgos potenciales a los que se exponían al seguir viviendo en Campania. Por lo tanto, no ha habido violación del artículo 8 de la Convención al respecto. Declara, por mayoría, admisibles las denuncias de los artículos 8 y 13 de la Convención e inadmisibles el resto de la demanda.*

C. EL ARTÍCULO 8 CEDH Y SU APLICACIÓN A LOS DERECHOS HABITACIONALES TRAS LA AMENAZA DE UN DESALOJO

La injerencia y vulneración del contenido del artículo 8 del CEDH puede tener su origen en otras cuestiones, por ejemplo, la amenaza previsible de un desalojo, pues puede considerarse que existe una intrusión por parte de las autoridades públicas. Generalmente suele originarse cuando existe una orden de desalojo, aunque no se haya ejecutado en un proceso de desahucio de arrendamientos urbanos. La misión del TEDH, en este caso, será determinar si existe injerencia o no, y si existiera si se considera justificada o no.

Según la jurisprudencia del Tribunal, el derecho a la vida familiar pudiera verse afectado adversamente por la *privación del domicilio familiar*, sobre todo cuando esa privación afecta a categorías vulnerables, como a minorías o a niños.

En algunas circunstancias, el Tribunal ha estimado que el derecho al domicilio familiar se ve protegido por el artículo 8 del Convenio, y, la sentencia más representativa en este aspecto sea la recaída en el caso *Yordanova c. Bulgaria*, del año 2012¹¹, cuyo supuesto de hecho se centra en que varias familias gitanas habían sido expulsadas de sus domicilios (construidos ilegalmente en su mayoría) frente a las alegaciones de los poderes públicos (CCAA de Madrid y Ayuntamiento) referidas a la necesidad de recuperar terrenos ocupados ilegalmente, y de emprender proyectos urbanísticos. Las familias afectadas consideraron que el desalojo les colocaba en una situación de absoluta precariedad y pobreza. En su sentencia, el Tribunal, si bien reconocía la necesidad de políticas de planificación urbana, tuvo también en cuenta que la expulsión de las familias residentes en terrenos ocupados ilegalmente, tras un largo periodo de tolerancia por las autoridades, daría lugar a grandes dificultades para que se mantuviera la vida familiar de los afectados. El TEDH entendió que la invocación de la legalidad por las autoridades no era razón suficiente para justificar la necesidad de la medida, afectando a colectivos especialmente vulnerables, resultando así una vulneración del artículo 8.

El derecho a la vida privada y familiar ha de considerarse de forma prioritaria, puesto que afecta a la *identidad del individuo, su autodeterminación e integridad*

física y moral. Han de tenerse en cuenta las relaciones con otras personas del entorno y la necesidad de mantener un lugar seguro y estable. La Administración debe tener en cuenta las circunstancias especiales en que se desenvuelve la familia, y todas estas cuestiones deben ser ponderadas¹².

El TEDH, en un principio, se mostró favorable a aplicar la legislación urbanística, si bien analizó la controversia a la luz del principio de proporcionalidad y necesidad de dicha legislación vigente en una sociedad democrática. Debe ser proporcional la ordenación adecuada del suelo con el derecho a la vida privada y familiar. Aunque también, en otras controversias se han tomado en consideración cuestiones vinculadas al arraigo que mantenía la persona desahuciada con el barrio o el ámbito en que residía, más allá de que la legislación sobre viviendas protegidas contemplase la obligatoriedad de abandonar las mismas. Siempre se requiere un análisis caso por caso de las circunstancias objetivas y subjetivas que rodean el desahucio.

Sentencia que fue referente para las siguientes como en la sentencia en el caso Winterstein c. Francia, de 2013, referida también al desahucio de familias gitanas (gens du voyage). Siguiendo la jurisprudencia anterior, en este caso el Tribunal constató que se trataba de una medida desproporcionada, teniendo en cuenta el daño a la vida familiar, la situación de vulnerabilidad de los afectados y la falta de medidas de reubicación que hicieran posible la continuación de la vida familiar¹³.

En la misma línea, en el caso Raji c. España¹⁴, finalizado por una decisión de archivo del año 2014, el Tribunal pidió al Gobierno español explicaciones respecto de la demolición prevista de la residencia familiar de los recurrentes, familia inmigrante con niños menores, residencia construida ilegalmente en propiedad pública (los terrenos de la denominada Cañada Real) en un régimen de tolerancia mantenido durante muchos años y que afectaba también a muchas otras familias. En este supuesto, el Gobierno español comunicó al Tribunal que las autoridades cancelarían el orden de demolición, y buscarían una solución negociada al problema. El Tribunal, en consecuencia, archivó la demanda.

D. EL NECESARIO JUICIO DE PROPORCIONALIDAD QUE GARANTIZA LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO A LA VIVIENDA A TRAVÉS DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR Y A SU PRIVACIDAD

A través del derecho a la vida familiar y a su privacidad contenido en el artículo 8 del Convenio, el derecho a la vivienda se conecta con él, como herramienta para asegurar la identidad y la autodeterminación de la persona. La vivienda y consiguientemente todos los derechos habitacionales, dotan de estabilidad a la persona y a su familia (a través de la integridad física y moral, preservando su intimidad, posibilitando la consideración moral de la vivienda que da sustento al concepto de hogar), y posibilita a la persona y a la familia una estabilidad y posición en la sociedad, al considerarse su vivienda como punto de referencia que otorga seguridad a la misma en la comunidad. La vivienda le otorga un punto de referencia en sus relaciones con los demás miembros de la comunidad. De ahí precisamente, y en el lado opuesto, la exclusión social que conlleva el sinhogarismo.

Por otro lado, la ratificación del Convenio en 1979, y su consiguiente introducción en nuestro ordenamiento jurídico, impone a los poderes públicos la obligación de asegurar el cumplimiento de los derechos en él contenidos, como la vida privada y familiar, exigiéndoles directamente la protección de las personas,

y de sus familias de posibles vulneraciones o injerencias arbitrarias de los poderes públicos, o también, de las originadas de las relaciones de los individuos entre sí.

De ahí precisamente que se exija de la propia jurisprudencia del TEDH, la necesidad de que los poderes públicos adopten las medidas oportunas para *garantizar los elementos esenciales que integran el derecho a la vivienda*, como son la habitabilidad, la adecuabilidad, o la accesibilidad. De modo que indirectamente lo que la jurisprudencia exige es que si la Administración no ha actuado con la diligencia debida para poner fin a la situación que lesiona los derechos habitacionales está vulnerando el derecho humano contenido en el artículo 8 del Convenio¹⁵.

Siempre que analizamos derechos fundamentales debemos realizar un *juicio de proporcionalidad* donde hay que tener en cuenta el *interés necesario de proteger*, (en nuestro caso el derecho a la vida privada y familiar), *la necesidad social imperiosa* que motiva la intervención de las autoridades y el *grado de intensidad de la injerencia*. Y esta es precisamente la labor del TEDH cuando analiza los casos expuestos¹⁶.

En el supuesto de ocupación ilegal de una vivienda, la situación es distinta. El TEDH exige a los poderes públicos que antes de proceder al desalojo de la familia, tengan prevista una solución habitacional para la misma. De esta forma, el TEDH reconoce a la administración la legitimidad para recuperar la posesión de las propiedades ocupadas pero para cumplir formalmente con el principio de proporcionalidad, y la consiguiente, garantía del respeto al derecho a la vida privada y familiar, el TEDH suspende el lanzamiento, hasta la existencia real de una solución alternativa de alojamiento para personas afectadas, teniendo en cuenta sus circunstancias sociales y las consecuencias del desahucio.

Otro factor que incide sensiblemente en estos casos es la posibilidad de que las autoridades públicas provoquen *la ruptura de la familia* como consecuencia del desalojo, y de la precaria situación económica de los padres, lo que puede originar que los servicios sociales deban encargarse de sus hijos. De ahí que indirectamente el Estado esté obligado a velar por que el vínculo familiar permanezca, y adopte las medidas necesarias para ello, (asistencia para encontrar empleo o solicitud de ayudas públicas).

Y, ¿cuál es el grado de exigibilidad? ¿es una obligación de resultado, o no? Pues según la jurisprudencia del TEDH la solución difiere según el supuesto planteado. Por ejemplo, en unos casos se ha exigido a la Administración que garantice un alojamiento efectivo (caso del bloque de Salt, no se levanta la medida cautelar hasta que son efectivamente realojados) y adecuado (caso Stankova, Cañada Real Galiana, denegándose el alojamiento en un albergue de 7 a 15 días como medida efectiva)

En otros casos ha sido suficiente que la Administración ofrezca asistencia para procurar un alojamiento temporalmente mientras se busca una medida definitiva (caso IVIMA, o Corrala Utopía).

LÓPEZ GUERRA insiste en que no todos los Estados disponen de los medios necesarios para garantizar la vivienda a todas las personas, por lo que se propone ponderar la viabilidad económica y presupuestaria, así como la organización y gestión de la vivienda pública, con el derecho a la vida privada y familiar. Lo cual pone en duda la expansión del derecho a la vida privada y familiar cuando alcanza a aspectos como el derecho a la vivienda. El apego, la protección de la familia, la autonomía o la dignidad, no pueden ser ignorados por los poderes públicos internos, a juicio y según la jurisprudencia del TEDH. Cabe preguntarse *si el Estado está obligado por las exigencias* recogidas en las sentencias, teniendo en cuenta la posible escasez de recursos en materia de vivienda de un Estado¹⁷.

Recordemos que, por ejemplo, España no dispone de vivienda social suficiente, ni de un parque de alquiler suficiente, y a precios adecuados para atender a los colectivos vulnerables.

Por último, señalar que el propio Convenio al proteger los derechos humanos y vincularlos con los derechos habitacionales, consigue delimitar otros derechos como ocurre con el derecho de propiedad. Así, el TEDH ha reconocido que el *control de renta de los contratos de alquiler* que establecen las legislaciones nacionales no vulnera el derecho de propiedad de los arrendadores siempre que supere el juicio de proporcionalidad por los Estados que tienen capacidad para regular el uso de la vivienda.

El TEDH equilibra el derecho de propiedad del arrendador y de los medios escogidos (tipo de *control de renta*) para conseguir la finalidad perseguida (que el alquiler sea asequible) y así lo ha puesto de manifiesto en la STEDH de 28 de enero de 2014¹⁸ y de 19 de diciembre de 1989¹⁹. Y también se delimita el derecho de propiedad del arrendador de una vivienda alquilada cuando por Ley se fijan *causas tasadas para que este pueda recuperar la vivienda*, como sucede en nuestra LAU, que el propietario puede recuperar la vivienda alquilada cuando tiene una necesidad para sí mismo o para un pariente en primer grado (art. 9.3 LAU)²⁰.

III. LOS DERECHOS HABITACIONALES Y EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO

El artículo 6 del CEDH regula el derecho a un proceso equitativo, en el sentido de que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil...».

El ámbito de protección del artículo 6 se extiende a todas las fases del proceso: desde las previas a las fases posteriores al fallo, como pudiera ser la fase de ejecución. Por otro lado, las garantías del artículo 6 se extienden a las actuaciones de todo órgano que quepa calificar de jurisdiccional, incluyendo a la jurisdicción constitucional. En cuanto a la intensidad del control del Tribunal, debe tenerse en cuenta que el artículo 6 protege la equidad del proceso en su conjunto, y no meramente la regularidad desde el punto de vista legal de alguno de sus momentos o fases.

El TEDH juzga sobre si el proceso, considerado en su totalidad ha cumplido con las garantías procedimentales establecidas por el Convenio, y no constituye una cuarta instancia para revisar los fallos o errores procesales de los tribunales de los Estados.

El artículo 6 del Convenio reconoce el derecho de toda persona a que su causa sea oída «equitativamente». La equidad implica la existencia de dos elementos estrechamente vinculados: la igualdad entre las partes y el carácter contradictorio del procedimiento. Un primer componente del principio de igualdad sería, evidentemente, la exigencia de la presencia en el proceso de las partes afectadas: la exclusión de alguna de las partes implica una vulneración del derecho del artículo 6 del Convenio.

STEDH de 27 de mayo de 2004²¹ consideró que el desalojo *no había cumplido las garantías del proceso* debido, a no ofrecer una justificación adecuada de la injerencia pública en el hogar y la vida familiar. El supuesto de hecho de esta sentencia se centra en una familia de etnia gitana que llevaban un estilo de

vida tradicional (asentándose en diferentes sitios) hasta que sufrieron un acoso cada vez mayor, lo que hizo que se asentaran definitivamente en el sitio gitano administrado por la autoridad local en Cottingley Springs. Vivieron allí de forma permanente durante unos trece años, hasta febrero de 1997. Afirmaron que se mudaron debido al comportamiento antisocial de otras personas (vehículos circulando por el lugar por la noche, violencia y disturbios tales que no podían dormir o que impedían jugar a los niños durante el día). Se mudaron a una casa alquilada pero no pudieron adaptarse a estas condiciones. Renunciaron a su arrendamiento cuando se les ofrecieron dos parcelas para la familia en Cottingley Springs. El demandante regresó al lugar con su familia en octubre de 1998. Durante 1999, el demandante y su familia estuvieron en disputa con el Consejo debido a su presunta falta de reparaciones en la Parcela 36 (no hubo suministro de electricidad u otras instalaciones durante algún tiempo), y al impago a las tarifas de electricidad o a la negativa frente al Ayuntamiento a aceptar el pago a plazos del depósito del sitio. Sus quejas fueron remitidas al Defensor del Pueblo de la Autoridad Local para que las investigara.

En el mismo sentido, la STEDH de 10 de enero de 2017²² cuyo supuesto de hecho se centra en que los demandantes adquirieron un apartamento en Sanxenxo, y el vecino interpuso un recurso contencioso-administrativo impugnando la legalidad de los trabajos de construcción del inmueble a la vez que solicitaba la paralización de la obra, el Tribunal concluye que ha habido vulneración del artículo 6.1 del Convenio (equivalente al 24 de la Constitución española). El Ayuntamiento solo informó del procedimiento al promotor de la urbanización, único titular de la licencia, no siendo informados los compradores ahora demandantes. El TEDH condenó al Estado al pago de 1000 euros a cada uno de los demandantes por daños morales, más al pago de 33 445,66 euros en concepto de gastos y de costas aunque entiende que no ha lugar a indemnización alguna en concepto de daño material.

En sentido parecido, en la STEDH de 8 de septiembre de 2020²³ el Tribunal consideró que se había vulnerado el artículo 6.1 del Convenio (derecho a un proceso equitativo), por cuanto observaba que el análisis efectuado por la Audiencia Nacional requería la audiencia del demandante. El demandante solicitó un permiso para construir un cobertizo para herramientas en una parcela agrícola de su propiedad en una localidad de Granada, que comenzó a construir sin esperar una respuesta de la administración. Según el demandante, el cobertizo debía utilizarse para fines agrícolas. No obstante, tenía el aspecto de un edificio residencial en el exterior y estaba provisto de agua, electricidad y una fosa séptica. No contaba con equipamiento para almacenar herramientas, y la puerta de entrada no era lo suficientemente ancha para permitir el paso de la maquinaria agrícola, sino que se parecía la entrada de una vivienda.

El Tribunal no condena al Estado a abonar cantidad alguna en concepto de daños, por cuanto considera que la forma más adecuada de reparación sería una revisión del procedimiento de conformidad con los requisitos del artículo 6.1 del Convenio según lo dispuesto en el artículo 954.3 del Código Penal. Por otro lado, observa que el demandante no ha presentado pruebas del abono de las sumas reclamadas en concepto de minutas.

La STEDH de 13 de mayo de 2008 caso *Mc Cann vs Reino Unido*²⁴ resuelve que no puede desalojarse al adjudicatario de una vivienda social sin intervención judicial, ya que su derecho de alojamiento debía considerarse como una Propiedad protegida en su aspecto sustantivo, de acuerdo al artículo 1 del Protocolo I, y en su aspecto procesal, de acuerdo al artículo 6.1.

IV. LOS DERECHOS HABITACIONALES Y LOS TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES

El artículo 3 del CEDH regula la prohibición de la tortura indicando, además, que «nadie podrá ser sometido... a tratos inhumanos o degradantes».

La STEDH de 12 de julio de 2005, caso *Modovan y otros vs. Rumanía*²⁵ consideró que las condiciones de vida de los demandantes afectaban a su dignidad humana por la humillación y degradación sufrida por las autoridades públicas, *vulnerando así sus derechos habitacionales y su derecho a no ser discriminado por motivos racionales*.

También se considera que ha sido vulnerado el artículo 3.1.º en la STEDH de 7 de julio de 2009 caso *Branduse c. Rumanía*²⁶ donde el demandante detenido en un establecimiento penitenciario de Arad se quejó en una carta de 6 de julio de 2004 de las condiciones de detención en las comisarías de policía de Arad y en las prisiones de Timișoara y Arad, en particular del hacinamiento en las cárceles, la mala calidad de la comida y las condiciones higiénicas. El Tribunal recuerda que en numerosos casos ya ha encontrado una violación del artículo 3 de la Convención principalmente debido a la falta de suficiente espacio individual y acepta que en el presente caso no hay indicios de que hubiera una intención genuina de humillar o menospreciar al demandante. Sin embargo, la ausencia de tal objetivo no puede excluir la constatación de una violación del artículo 3. Considera el TEDH que las condiciones de detención que el demandante tuvo que soportar durante varios años, no carecían de calidad habiéndose probado una intensidad que *excede el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención*. En consecuencia, se ha producido una violación del artículo 3 de la Convención.

Por último, la STEDH de 16 de diciembre de 2014²⁷ en donde se solicitaba al Tribunal la condena por vulneración del artículo 3 del Convenio (prohibición de la tortura y de tratos inhumanos y degradantes) por haber sido acordada una orden de desalojo del domicilio de los demandantes, y del derecho a su vida privada y familiar (art. 8) así como del artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) por sí solo y puesto en relación con los artículos 3 y 8. En este caso, el TEDH consideró que las Autoridades competentes han tomado las medidas oportunas para resolver el litigio en el respeto de los Derechos Humanos, tal y como se especifica en el Convenio y sus Protocolos, y que, por tanto, procede el archivo de las actuaciones, de acuerdo con el artículo 37.1 b) del Convenio.

VII. CONCLUSIONES

La expansión de los derechos fundamentales clásicos o de primera generación, a fin de reconocer otros derechos de contenido social, garantiza el derecho a la vivienda, y así debe ser tenido en cuenta por las autoridades internas quienes deben ponderar todos los derechos e intereses que resultan afectados por dicho reconocimiento y ejercicio de derechos en conexión, como la vida privada y familiar, el necesario proceso equitativo y justo y la posible vulneración de los tratos inhumanos o degradantes con el derecho a la vivienda.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STEDH de 8 de septiembre de 2020. TOL8.066.342. Romero García C. España.
- STEDH de 10 de enero de 2017. Número Recurso: 9433/2011. Ecli:CE:E CHR:2017:0110JUD003943311. Aparicio Navarro Reverter y García San Miguel y Orueta c. España.
- STEDH de 16 de diciembre de 2014. Recurso: 3537/2013. Ponente: F.J. Rubio Gil. Mohamed Raji y Otros c. España. TOL4.631.793.
- STEDH de 7 de octubre de 2013. Winterstein y otros c. Francia, (Application núm. 27013/07). <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-127539>
- STEDH de 24 de abril de 2012 (*JUR* 2012/142849, Yordanova y otros vs Bulgaria)
- STEDH de 10 de abril de 2012. Di Sarno y otros c. Italia, 2012. (Application núm. 30765/08) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108480>
- STEDH de 7 de julio de 2009. Branduse c. Rumanía, (Requête núm. 6586/03). <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92073>
- STEDH de 13 de mayo de 2008 (asunto 10999/04, Mc Cann vs Reino Unido)
- STEDH de 26 de marzo de 2007. Giacomelli c. Italia, (Application núm. 59909/00) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77785>
- STEDH de 12 de julio de 2005 (caso Modovan y otros vs. Rumanía)
- STEDH de 27 de mayo de 2004, (Connors vs. Reino Unido). TOL450.962
- STEDH de 9 de diciembre de 1994 (López Ostra vs. España). TOL120.072

IX. LEGISLACIÓN CITADA

- TUE. TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA. 30.3.2010 Diario Oficial de la Unión Europea C 83/13. <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>
- Convenio Europeo de Derechos Humanos. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>
- Constitución Española.
- Código civil
- LAU

X. BIBLIOGRAFÍA

- CUBERO MARCOS, José Ignacio: El reconocimiento de derechos sociales a través de la conexión con derechos fundamentales, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm 54, 2017.
- LÓPEZ GUERRA, Luis: Derecho a la vida privada (art. 8), en *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Luis López Guerra. 2021

NOTAS

¹ Convenio Europeo de Derechos Humanos. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>

Artículo 6.2º «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.»

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.»

² TUE. Tratado de la Unión Europea. 30.3.2010 Diario Oficial de la Unión Europea C 83/13. <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>

³ La exigibilidad de los derechos sociales por conexión con derechos fundamentales, ha sido mantenida también por el mismo TC, en pronunciamientos relativos a la conciliación del trabajo con la vida familiar; ha entendido aplicable directamente el artículo 39.1 de la CE, que obliga a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, articulando su contenido con la prohibición de discriminación.

⁴ «La concepción tradicional de vida privada, en su versión anglosajona de “privacy” ha consistido, en el derecho a estar resguardado de la atención del público, relacionándose así los conceptos de “privacidad” e “intimidad”. Ahora bien, el Tribunal ha interpretado más ampliamente y en forma sin duda innovadora el concepto de vida privada».

«Derecho a la vida privada (art. 8)», en *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Luis López Guerra. 2021

⁵ Según LÓPEZ GUERRA la mejor expresión de esa interpretación se encuentra en la sentencia Niemietz v. Alemania, de 1992: «El Tribunal no considera posible o necesario intentar una definición exhaustiva de la noción de vida privada. Sin embargo, sería demasiado restrictivo limitar esa noción a un círculo interno en que el individuo pueda vivir su propia vida personal como él decida, y excluir por ello enteramente el mundo exterior no incluido dentro de ese círculo. El respeto de la vida privada debe comprender también, hasta cierto punto, el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos». *Vid. Derecho a la vida privada (art. 8)*, en *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Luis López Guerra. 2021

⁶ STEDH de 7 de julio de 2009. Branduse c. Rumanía, (Requète núm. 6586/03).

⁷ STEDH de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994/3, López Ostra vs España). TOL120.072. Posibilidad de que los atentados graves al medio ambiente afecten al bienestar de una persona y la priven del disfrute de su domicilio atentando a su vida privada y familiar sin por eso poner en peligro su salud. El Tribunal entiende que debe buscarse un justo equilibrio entre los intereses del individuo y de la sociedad. Equilibrio que no logró encontrarse en este caso, pues la estación depuradora fue construida para resolver un problema de contaminación, y, sin embargo, dicha estación provocó graves molestias desde su entrada en servicio, que los problemas subsistieron a pesar de su cierre parcial, de modo que no les es posible al Consistorio de Lorca ignorarlos.

⁸ En López Ostra el Tribunal, en una interpretación novedosa del derecho a la vida privada y al domicilio, a juicio de López Guerra, (Derecho a la vida privada (art. 8), en *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Luis López Guerra. 2021) declaró que las molestias derivadas de los malos olores generados por un vertedero hacían imposible la vida en el domicilio de la recurrente y suponían por ello una violación del artículo 8 del Convenio. El Tribunal no distinguió entre los tres componentes del artículo 8 (vida privada, familiar, y respeto al domicilio) afectados por la violación, posiblemente por estar estrechamente vinculados.

⁹ STEDH de 26 de marzo de 2007. Giacomelli c. Italia, (Application no. 59909/00) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77785>

¹⁰ STEDH de 10 de abril de 2012. Di Sarno y otros c. Italia, 2012. (Application no. 30765/08)

¹¹ STEDH de 24 de abril de 2012 (*JUR* 2012, 142849, Yordanova y otros vs Bulgaria)

¹² Por ejemplo, en las privatizaciones operadas en los países del Este tras la transición hacia un régimen de libre mercado provocaron que muchas familias tuvieran que abandonar sus hogares. El Tribunal entendió que el apego a ese entorno impedía que primase el carácter a veces especulativo de las políticas públicas en materia de vivienda.

¹³ STEDH de 7 de octubre de 2013. Winterstein y otros c. Francia, (Application no. 27013/07). Los solicitantes individuales son en su mayoría viajeros (*gens du voyage*). El movimiento ATD Quart Monde (la asociación solicitante [conocida internacionalmente como ATD Cuarto Mundo]) es una asociación establecida bajo las leyes de Francia, con domicilio social en París. En virtud del artículo 2 de su constitución, «[e]l Movimiento ATD Quart Monde agrupa a personas, familias y grupos de población que rechazan la fatalidad de la pobreza en la que están condenados a vivir y, junto a ellos, hombres y mujeres, de todos los orígenes, que comparten el mismo rechazo...».

Más de 2000 viajeros viven en el municipio de Herblay (aproximadamente el 10% de su población), ocupando entre 400 y 500 caravanas, y la mayoría de ellos llevan muchos años allí. Según el Gobierno, alrededor de las cuatro quintas partes de esas casas móviles incumplen el plan de ordenación territorial.

En 2000 se inició un estudio urbanístico y social (*maîtrise d'œuvre urbaine et sociale*, MOUS) con el fin de proporcionar un alojamiento alternativo a los viajeros que se habían asentado en el municipio. El objetivo del estudio es promover el acceso a la vivienda para personas y familias en dificultad. De conformidad con el artículo 9 de la citada Ley de 5 de julio de 2000, el alcalde de Herblay emitió en julio de 2003, y nuevamente en enero de 2005, órdenes que prohibían el campamento de casas móviles de viajeros en todo el municipio.

La Corte concluye que, respecto de todos los demandantes, se ha producido una violación del artículo 8 de la Convención, ya que no tuvieron el beneficio, en el marco del proceso de desalojo, de un examen de la proporcionalidad de la injerencia de acuerdo con los requisitos de ese artículo. Además, considera que también se ha producido una violación del artículo 8 con respecto a las de los solicitantes que solicitaron la reubicación en parcelas familiares, debido a la falta de atención suficiente a sus necesidades.

¹⁴ STEDH de 16 de diciembre de 2014. Recurso: 3537/2013. Ponente: F.J. Rubio Gil. Mohamed Raji y Otros c. España. TOL4.631.793.

¹⁵ La protección por conexión, denominada también «doctrina Ricochet», ha permitido reconocer y otorgar protección a derechos sociales, como la vivienda, la asistencia sanitaria o el medioambiente, debido a que la jurisprudencia del TEDH ha extendido o desplegado el contenido de derechos reconocidos en el CEDH, como la vida privada y familiar o el derecho a no recibir tratos crueles, inhumanos o degradantes.

¹⁶ El TEDH establece que debe analizarse el cumplimiento de requisitos como si la medida está legitimada por la ley; si se cumple alguno de los fines legítimos previstos en el artículo 8.2 CEDH; que la medida sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y prevención del delito, y, la protección de la salud, de la moral, o, la protección de los derechos y las libertades de los demás (art. 8.2 CEDH); si existe una situación de imperiosa necesidad que justifica la injerencia; y, por último, si los perjuicios ocasionados son proporcionales al objetivo que se persigue.

¹⁷ Derecho a la vida privada (art. 8), en *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Luis López Guerra. 2021.

¹⁸ JUR 2014/22351, caso Bitto y otros vs Eslovaquia

¹⁹ STEDH 1989/23, apartado 57, caso Mellacher vs Austria.

²⁰ Así se constata en la STEDH de 21 de noviembre de 1995 al denegar al propietario la recuperación de la vivienda arrendada porque no quedó justificada la necesidad de la vivienda, ya que el arrendador disponía de otra vivienda donde se encontraba su domicilio. (STEDH de 1995/47 Veloso Barreto vs Portugal).

²¹ STEDH de 27 de mayo de 2004, (Connors vs. Reino Unido). TOL450.962. El Tribunal concluye que el desalojo del demandante y su familia del lugar de la autoridad

local no contó con las garantías procesales necesarias, a saber, el requisito de establecer una justificación adecuada de la grave injerencia en sus derechos y, en consecuencia, no puede considerarse justificado por una «necesidad social urgente» o proporcional al objetivo legítimo que se persigue. En consecuencia, ha habido una violación del artículo 8 de la Convención.

²² STEDH de 10 de enero de 2017. Núm Recurso: 9433/2011. Ecli:CE: ECHR: 2017:0110JUD003943311. Aparicio Navarro Reverter y García San Miguel y Orueta c. España

²³ STEDH de 8 de septiembre de 2020. TOL8.066.342 Romero García c. España.

²⁴ STEDH de 13 de mayo de 2008 (Mc Cann vs Reino Unido)

²⁵ STEDH de 12 de julio de 2005 (*JUR* 2005, 179423, caso Modovan y otros vs. Rumanía)

²⁶ STEDH de 7 de julio de 2009. Branduse c. Rumanía, (Requête núm. 6586/03).

²⁷ STEDH. Sección: Tercera. Sentencia de 16 de diciembre de 2014. Recurso: 3537/2013. Ponente: RUBIO GIL F.J. Mohamed Raji y Otros c. España. TOL4.631.793.

1.4. Sucesiones

Consideraciones en torno al alcance
y la interpretación de la nueva «capacidad
jurídica» de las personas con discapacidad
introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio,
por la que se reforma la legislación civil
y procesal para el apoyo a las personas
con discapacidad en el ejercicio
de su capacidad jurídica

*Considerations on the scope and interpretation
of the new «legal capacity» of persons with
disabilities introduced by Law 8/2021 of June 2,
which reforms civil and procedural legislation
to support persons with disabilities
in the exercise of their legal capacity.*

por

M^a TERESA DUPLÁ MARÍN
Catedrática de Universidad (ESADE.URL)

RESUMEN: La reciente publicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en vigor desde el pasado 3 de septiembre de 2021 culmina, sin duda, una de las modificaciones más importantes de los últimos tiempos al adaptar nuestro ordenamiento jurídico privado a las exigencias y directrices de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad. El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar el alcance y la interpretación que debe darse a los términos capacidad jurídica (legal capacity) y discapacidad (disability) utilizados en la nueva Ley, partiendo de la esencia de la reforma planteada, esto es, de los elementos clave del nuevo paradigma presentado en la citada Convención y la Observación General núm. 1 de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU. La finalidad última que se pretende no es otra más que la de proponer una adecuada integración de dichos términos en nuestro ordenamiento jurídico en general, y en la estructura del Derecho de la Persona, en particular, que facilite *in fine* cualquier interpretación y aplicación posterior del contenido de la nueva Ley.

ABSTRACT: *The recent publication of Law 8/2021, of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity, in force since September 3, 2021, culminates, without a doubt, one of the most important modifications of recent times by adapting our private legal system to the requirements and guidelines of the 2006 New York Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The main objective of this paper is to analyze the scope and interpretation that should be given to the terms legal capacity and disability used in the new Law, starting from the essence of the proposed reform, that is, from the key elements of the new paradigm presented in the aforementioned Convention and General Comment No. 1 of 2014 of the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities. The ultimate purpose intended is none other than to propose an adequate integration of said terms in our legal system in general, and in the structure of the Law of the Person, in particular, which facilitates in fine any subsequent interpretation and application of the content of the new Law.*

PALABRAS CLAVE: Discapacidad. Incapacidad. Derecho de la persona. Capacidad jurídica. Capacidad de obrar.

KEY WORDS: *Disability. Incapacity. Personal Law. Legal capacity. Juridical capacity. Capacity to act.*

SUMARIO: I. PUNTO DE PARTIDA: LA NECESIDAD DE INTEGRAR EL NUEVO PARADIGMA DE LA CONVENCIÓN EN EL ADN DEL DERECHO DE LA PERSONA.—II. ANÁLISIS DEL ALCANCE DE LOS CAMBIOS TERMINOLÓGICOS: UNA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN: 1. DE LA CLÁSICA «CAPACIDAD DE OBRAR» AL NUEVO «EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA». 2. DE LA PERSONA INCAPACITADA A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y CON CAPACIDAD JURÍDICA PLENA.—III. UNA BREVE REFERENCIA A LOS TIPOS DE DISCAPACIDAD Y LOS CRITERIOS PARA SU DETERMINACIÓN.—IV. A MODO DE CONCLUSIONES: LAS PRIMERAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y ALGUNAS DIFICULTADES EN LA APLICACIÓN DE LA NUEVA NORMATIVA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PUNTO DE PARTIDA: LA NECESIDAD DE INTEGRAR EL NUEVO PARADIGMA DE LA CONVENCIÓN EN EL ADN DEL DERECHO DE LA PERSONA

La reciente publicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021) culmina, sin duda, una de las reformas más importantes, controvertida pero, a la vez esperada, de los últimos tiempos en el ámbito del Derecho privado estatal, al adaptar nuestra normativa a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (a partir de este momento la Convención de 2006 o la Convención)¹.

La Ley 8/2021 conlleva, más allá de la supresión de la incapacitación y de la evidente ruptura con la clásica configuración de las instituciones tutelares², un cambio sustancial en nuestro Derecho de la persona ya advertido, e incluso

denunciado, a lo largo de su complejo proceso de elaboración por parte de la doctrina³. Un cambio que no puede dejar a nadie indiferente, al introducir una auténtica modificación de conceptos básicos y esenciales asentados históricamente en la doctrina y en la jurisprudencia y que, por ese carácter esencial indicado, afectan a todos los ámbitos jurídicos y a los diferentes Derechos civiles de nuestro país⁴. Me estoy refiriendo, en concreto, a la nueva configuración jurídica de la capacidad jurídica, calificada en la Convención como «legal capacity» (art. 12), y a la supuesta unificación en ella de la clásica distinción entre los conceptos de capacidad jurídica y de obrar que, como en su día anticipó parte de la doctrina⁵, por su calado y los relevantes efectos que pueden derivarse merecen, cuanto menos, de algunas reflexiones previas a su aplicación y desarrollo.

Además, este cambio de paradigma debe ponerse indefectiblemente en conexión con la propuesta subyacente de cambio terminológico, esto es, la supresión del término jurídico incapacitado y su sustitución por el de persona con discapacidad, cambio sobre el que también reflexionaré en estas páginas, y cuya efectiva implementación también va a precisar, si pretendemos cierta coherencia en su uso, de ciertas matizaciones.

En síntesis, una eficiente y real puesta en marcha en un futuro próximo de este nuevo escenario requiere, como paso previo y necesario, de una buena integración de la «nueva capacidad» y de la «nueva discapacidad». Y para ello me propongo analizar, desde los elementos clave de los orígenes de la reforma, no solo su mera traslación a los diferentes ámbitos del Derecho si no, a mi juicio, lo que es más importante teniendo en cuenta lo anterior, el nuevo significado y alcance jurídico que cabe otorgarles a partir de ahora. Todo ello, sin olvidar la relevancia de reflexionar en torno a la supresión del significado previo del término incapacidad, vinculado al estado civil de la persona, así como la concreción del nuevo significado en su futuro uso en el tráfico jurídico.

Y es que, como indicó CLAVERÍA⁶, es característica de algunos textos normativos actuales, entre ellos ciertos convenios de Naciones Unidas, un lenguaje más educativo, ideológico, filosófico, sociológico o psicológico antes que jurídico, que indica una mentalidad a fomentar, antes que establecer reglas y deberes definidos. Además, como concluye TORRES COSTAS⁷, no hay que perder de vista que la Convención es fruto de una intensa negociación en la que participaron Estados de todo el mundo, organizaciones no gubernamentales y un hecho sin precedentes que ha constituido un verdadero hito histórico: representantes de la sociedad civil y, de manera muy destacable, las propias personas con discapacidad, incluidas aquellas con discapacidad intelectual y psicosocial. Y, siendo esto así, la Convención acaba introduciendo lo que ha sido calificado como «modelo social de la discapacidad», siendo el artículo 12 el núcleo central sobre el que se sustenta este nuevo modelo y objeto del presente estudio.

En este sentido, en el contexto actual de puesta en marcha de un proceso de modificación sustancial de principios, de mentalidad y de enfoque respecto de las clásicas instituciones tutelares de protección y guarda de los incapacitados, ahora de apoyo a las personas con discapacidad, cualquier análisis que se pretenda hacer en torno a las novedades introducidas por la mencionada Ley 8/2021 considero que requiere, para una adecuada comprensión e interpretación de su sentido y alcance, de una breve remisión y contextualización de los principios y elementos inspiradores de la reforma en su origen. Puesto que, como en su

día apuntó CAPOGROSSI COLOGNESI⁸, al hilo del proceso de unificación del Derecho europeo, solo siendo conscientes de las complejas dimensiones de los fenómenos, podremos afrontar los problemas planteados por la profunda transformación que están sufriendo nuestros saberes.

Y para ello resulta necesario echar la vista atrás en el punto de partida de la misma, esto es, el proceso de elaboración de la Convención desde el año 2002 hasta el 2006⁹, cuyo preámbulo parte de la concepción de la discapacidad como un «concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». A partir de esta declaración, la citada Convención reconoce «la diversidad de las personas con discapacidad», y afirma que la discriminación contra estas «constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherente del ser humano» y reconoce, en consecuencia, «la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad», así como «la importancia que para estas personas reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones».

Como he anticipado, hay que tener en cuenta que la participación activa de las organizaciones de personas con discapacidad fue uno de los aspectos más novedosos y enriquecedores del proceso de elaboración de la Convención, inspirado desde el principio por el lema acuñado por dichas organizaciones: «nada para nosotras sin nosotras», que resumía a su vez el espíritu e ideología del nuevo modelo social de la discapacidad que, sin duda alguna y como veremos en las siguientes páginas, ha impregnado toda la reforma. Es, por tanto fundamental, como apunta TORRES COSTAS, conocer la importancia y magnitud de la participación de las personas con discapacidad en el diseño y espíritu de esta Convención, para saber interpretar las normas en curso o implementar nuevas políticas o normativa relativa al tratamiento de la discapacidad¹⁰.

Se trata, en definitiva, de una reforma estrechamente vinculada a la protección de los derechos fundamentales. Y en este sentido, el artículo 1 recoge como propósito de la Convención «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente» indicando que «las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo». A continuación, y a lo largo de todo el redactado, se establece una protección integral que va desde el ámbito jurídico a la libertad de desplazamiento, pasando por el derecho a vivir de forma independiente, la libertad de expresión, la educación, la salud, el trabajo y el derecho a participar en la vida política y pública, por citar algunos de ellos.

Hasta aquí, en mi opinión, y como no podía ser de otro modo, se trata de una gran declaración, coherente y oportuna, que ha generado unos cambios muy necesarios en diversos ámbitos de la vida de las personas con discapacidad¹¹ pero que, en términos de capacidad ante el Derecho, encierra un profundo cambio de escenario, antes nunca visto, con consecuencias nada desdeñables y que merece, cuanto menos, de algunas breves reflexiones sobre el alcance, la integración en nuestro sistema jurídico y los límites¹².

Esta es la razón última del presente estudio que partiendo de la inevitable preocupación, en mi doble vertiente docente y profesional, por la necesidad de una normativa clara y coherente que ofrezca garantías de protección y seguridad

jurídica, y fruto de mi debilidad por el estudio de la historia de las instituciones jurídicas y la dogmática jurídica, no tiene mayor pretensión que la de ofrecer una visión interpretativa de los cambios, en el contexto de la razón de ser y de la utilidad que siempre debe caracterizar al Derecho en general. Un Derecho que, hoy más que nunca necesita, fruto, entre otras circunstancias, de la globalización, de unas sólidas y consistentes instituciones jurídicas, y de una terminología precisa al servicio de estas¹³.

Ya que no cabe olvidar, parafraseando a CAPOGROSSI COLOGNESI, que es función de nuestra tradición científica que un conocimiento histórico esté en grado de dar sentido a la construcción de los grandes sistemas y categorías generales, explicando cuanto haya de erróneo y de peligroso. Y, en este sentido, resulta inútil, como en su día apuntó TALAMANCA¹⁴, pretender una armonización del Derecho que no implique una unificación de los modos de pensar el Derecho, y estos se armonizan o unifican sobre todo con la intervención de la ciencia del Derecho.

Sirvan, en definitiva, las siguientes páginas simplemente como primeras reflexiones en un proceso de cambio esencial de nuestro ordenamiento jurídico y, en consecuencia, de nuestra sociedad.

II. ANÁLISIS DEL ALCANCE DE LOS CAMBIOS TERMINOLÓGICOS: UNA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN

Como en su día advirtió el Consejo de Estado, hay que tener muy presente como punto de partida de cualquier reflexión, y de ahí los problemas de interpretación que pueden plantearse que «la persona con discapacidad tiene en la Convención un alcance general que va más allá del sector específico que trata de protegerse en el citado artículo 12. La Convención no opera con las categorías específicas que conoce nuestra legislación en otras leyes»¹⁵.

Dicho esto, a partir de la premisa por todos conocida, de que el lenguaje jurídico, como lenguaje de especialidad de las ciencias sociales, está formado por una parte importante del lenguaje común, y siendo una muestra de ello la normativa que estamos analizando, en mi opinión se hace imprescindible, antes de nada, concretar el nuevo significado y alcance de algunos términos que resultan esenciales en el conjunto de este nuevo escenario. Me estoy refiriendo, en concreto, a la capacidad ante el derecho, en su doble vertiente clásica de capacidad jurídica y de obrar, y a sensu contrario, a la incapacidad jurídica.

Además, cabe también recordar que, en el ámbito jurídico, el significado de los términos adquiere una importancia mayor que la que pueda tener en otros, ya que las consecuencias que pueden derivarse de una determinada interpretación pueden afectar a la vida de una persona o de una familia. Así, a mayor concreción del significado, menor margen de interpretación y mayor seguridad jurídica, si bien es cierto que, como ha apuntado la doctrina, ahora más que nunca resulta necesario encontrar el equilibrio entre el rigor científico de la terminología jurídica, y la cercanía de esta respecto de la sociedad a la que sirve¹⁶.

Y finalmente, como vamos a ver a continuación, no podemos olvidar que la globalización también tiene su incidencia en el lenguaje jurídico, generando la tensión de adecuar la terminología internacional a los caracteres propios del derecho estatal. Y este ha sido, en el pasado, y sigue siendo, en la actualidad y en un futuro próximo, el gran reto al que nos enfrentamos como juristas.

1. DE LA CLÁSICA «CAPACIDAD DE OBRAR» AL NUEVO «EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA»

Como he anticipado, una buena comprensión del espíritu de la reforma obliga a contextualizar cualquier reflexión en sus orígenes. En este sentido, el artículo 12 de la Convención de 2006, bajo el título «Igual reconocimiento como persona ante la ley», resulta fundamental en lo que aquí estamos analizando y, más concretamente, el contenido de los párrafos 1.º y 2.º, en cuyo redactado, aunque de una simple lectura no se deduzca, subyacen novedades y matices esenciales en el sentido y significado de la clásica distinción entre la capacidad jurídica y de obrar.

En la redacción final del artículo 12, partiendo de la reafirmación por los Estados parte del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, la denominada «legal personality» (art. 12.1), se solicita el reconocimiento por dichos Estados parte de la capacidad jurídica, «legal capacity», de las personas con discapacidad «en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de su vida» (art. 12.2).

Esto es, en primer lugar, se afirma la personalidad jurídica (legal personality) y, a continuación, la capacidad jurídica (legal capacity). Dicho lo cual, y de una lectura rápida podría deducirse que esto, tal y como aparece en la redacción de la Convención, no hubiese merecido, a priori, modificación alguna de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que por todos es sabido que la personalidad jurídica de todas las personas físicas se vincula a la capacidad jurídica y se reconoce por nuestro Código civil, en los artículos 29 y 30, adquiriéndose por nacimiento, así como también la protección al concebido no nacido en atención a su futura personalidad¹⁷.

No obstante esto, hay que tener en cuenta que, como hemos anticipado, la Convención y, en consecuencia, la Ley 8/2021 acogen un cambio de significado del término capacidad jurídica, un cambio que por algunos autores debe interpretarse como una unificación de los previos conceptos de capacidad jurídica y de obrar en uno solo, capacidad jurídica. Así, como en su día advirtió el Consejo de Estado¹⁸, esa interpretación «abandona la tradicional diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en relación con las personas con discapacidad». Siendo esto así, y desde esta nueva perspectiva, lo que realmente subyace en el artículo 12.2 de la Convención, como veremos a continuación, no es solo lo que ya sabemos, esto es el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas en general, con independencia de que tenga o no una discapacidad, sino lo anteriormente nunca afirmado, esto es, la plena capacidad de obrar de las personas con discapacidad.

A partir de esta declaración inicial, se generaliza el uso de la expresión «ejercicio de la capacidad jurídica» (exercise of legal capacity) en los siguientes párrafos del artículo 12 de la Convención de 2006, que debe interpretarse en sustitución a lo que venía siendo la clásica capacidad de obrar, introduciendo las líneas generales del nuevo sistema de apoyo, así como señalando que los Estados partes deben adoptar «las medidas pertinentes para proporcionar acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica» (art. 12.3), proporcionando respecto de dichas medidas salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos en materia de derechos humanos (art. 12.4). Y finalmente, se afirma que dichas salvaguardias deben asegurar que las medidas adoptadas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica «respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona¹⁹» (art. 12.4), que se apliquen en el plazo más corto posible, con exámenes periódicos por la autoridad u órgano judicial competente²⁰.

En definitiva, como acertadamente apuntó DE AMUNÁTEGUI²¹ respecto del alcance de la Convención de 2006, más allá de buscar la protección de las personas con discapacidad, «pretende el reconocimiento pleno y total de los derechos que asisten a estas personas» en igualdad de condiciones con cualquier otro sujeto.

Es objetivo de este apartado concretar el alcance y los límites del significado del término «legal capacity» utilizado en la Convención, traducido en nuestro país, como he apuntado, por capacidad jurídica, en su transferencia no solo a la Ley 8/2021, sino a nuestro ordenamiento jurídico privado, y para ello es necesario hacer una breve remisión al proceso de elaboración de dicho artículo 12. Su embrión, como señala TORRES COSTAS²², se gesta en la reunión de Expertos mantenida en México del 11 al 14 de julio de 2002, reunión que deja indicadas una serie de directrices para la redacción de la futura Convención. Una de ellas, continua la autora, se refería a los derechos que debían estar contenidos en ella y, entre estos, recogía expresamente el «derecho a una capacidad jurídica de actuar especialmente con respecto a la toma de decisiones en todas las materias que conciernen al individuo»; pero también que, «en casos excepcionales donde se requiera representación jurídica, esta deberá estar limitada por claras garantías que protejan los derechos de la persona y ser revisada periódicamente por las autoridades judiciales para verificar la necesidad de la representación y el buen ejercicio de la función valorando los derechos humanos del representado». Esto es, *ab initio*, si bien ya se planteó una restricción de la representación de la capacidad jurídica, reducida a supuestos absolutamente excepcionales y limitados en el tiempo, sin posibilidad de que se pudiese acordar con carácter definitivo, la misma, y esto es sumamente relevante, no se eliminó.

En enero de 2004 se presenta el primer borrador en el que ya se incluye el texto inicial que va a servir de base para las negociaciones posteriores y cuyo contenido es el siguiente: «Artículo 9. Igual reconocimiento como persona ante la ley. Los Estados parte: a) Reconocerán a las personas con discapacidad como sujetos de derechos ante la ley iguales a los de todas las demás personas. b) Aceptarán que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica en pie de igualdad con los demás, incluso en el ámbito económico. c) Se asegurarán de que, cuando el ejercicio de dicha capacidad jurídica requiera asistencia: i) Esta sea proporcional al grado de asistencia que necesite el interesado y se adapte a sus circunstancias, sin interferir con su capacidad jurídica, ni con sus derechos y libertades; ii) Las decisiones del caso sean adoptadas exclusivamente de conformidad con un procedimiento establecido por la ley y con las salvaguardas jurídicas que correspondan; d) Se asegurarán de que las personas con discapacidad que experimenten dificultades para hacer valer sus derechos, entender información y comunicarse tengan acceso a la asistencia necesaria para entender la información que les es presentada y para expresar sus decisiones, opciones y preferencias, así como para concertar acuerdos vinculantes o contratos, firmar documentos y actuar como testigos; e) Tomarán todas las medidas que sean adecuadas y efectivas para garantizar la igualdad de derechos de las personas con discapacidad para ser propietarios y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en condiciones de igualdad a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero; f) Se asegurarán de que las personas con discapacidad no se vean privadas de su propiedad de modo arbitrario».

Interesa especialmente, respecto de esta primera redacción, la nota que se realiza al apartado b) y en la que expresamente se indica que se excluye de dicho contenido a los menores y a los menores discapacitados. Es decir, y esto resulta relevante, cabe deducir de ello que no hubo ninguna intención inicial

de promulgar la plena capacidad jurídica en el caso de los menores. Así como también, y esta vez respecto del apartado c), se evidencia la complejidad en los casos extremos en que la persona, textualmente, no pueda ejercer su capacidad jurídica. En definitiva, y respecto de lo que aquí me interesa, no solo queda patente que dichos casos existen, sino que se subraya la complejidad de los mismos.

Y es que uno de los problemas con los que se encontró la comisión *ad hoc* fue justamente, no solo el consenso en la elección del término «legal capacity» sino, una vez conseguido esto, la determinación del significado del mismo, teniendo en cuenta las diferencias de este en los distintos ordenamientos jurídicos de los países y que fueron puestas de manifiesto, entre otros, por Canadá²³. Así, como apunta BOOTH GLEN, K.²⁴, «*During the drafting process, a controversy arose as to the meaning of legal capacity in subsection two. Representatives from Russia, China, and some Arab states argued, in a proposed footnote to the Convention, that in their languages legal capacity meant only the ability to bear rights ("capacity for rights"), but not to act based on those rights. That limiting view was rejected, and the footnote removed, with an understanding that legal capacity is "the 'capacity to act', intended as the capacity and power to engage in a particular undertaking or transaction, to maintain a particular status... with another individual, and more in general to create, modify or extinguish legal relationships"*».

Planteado el problema del diferente significado del término *legal capacity*, y para alcanzar tal decisión ante el desacuerdo previo, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU elaboró un interesante estudio²⁵, esencial en mi opinión, en el que, por un lado, se estudiaron los precedentes usados como modelo para la confección de este artículo y, por otro, se presentó un análisis comparativo del uso de los términos *legal personality*, *legal capacity* y *capacity to act* en los sistemas legales de algunos países del civil y del common law, en concreto Francia, España y Reino Unido.

Del contenido del mismo a mi juicio resulta fundamental, a los efectos del presente estudio, las dos conclusiones alcanzadas, a saber: en primer lugar, del análisis de los precedentes, en concreto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 16)²⁶, y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 15.2)²⁷, se afirma que el reconocimiento de la personalidad jurídica (*recognition as a person before the law*)²⁸ y la capacidad jurídica (*legal capacity*) son cuestiones diferentes, siendo la primera un pre requisito de los demás derechos y la segunda, «*is a wider concept that logically presupposes the capability to be a potential holder of rights and obligations, but also entails the capacity to exercise these rights and to undertake these duties by way of one's own conduct. Thus, legal capacity includes the capacity of act, intended as the capacity and power to engage in a particular undertaking or transaction, to maintain a particular status or relationship with another individual, and more in general to create, modify or extinguish legal relationships*». Dicho lo cual se postula la necesidad de imponer un criterio de uniformidad en el uso y significado de los términos incluidos en acuerdos internacionales²⁹ lo que, en definitiva, justifica tanto la asunción de este término en la nueva Convención de 2006, como de su significado.

En segundo lugar, se afirma que la capacidad para ser persona ante el derecho la tenemos desde nuestro nacimiento, sin que quepa limitación alguna; que el ejercicio de la capacidad jurídica (*exercise of legal capacity*) depende de la tenencia de requisitos adicionales como un mínimo de edad y la capacidad para entender el sentido de las acciones y sus consecuencias; que se adquiere habitualmente por la mayoría de edad y puede requerir, según el acto a realizar,

requerimientos adicionales. Hasta aquí todo confirma la clásica configuración de la capacidad de obrar, señalando, en concreto, que esta, que se presume en las personas adultas, «*can be limited or restricted when individuals are or become unable to act independently to protect their own interests. In these cases, the person remains the holder of substantive rights (...) but cannot exercise them (...) without the assistance of a third party appointed in accordance with the procedural safeguards established by law*».

En síntesis, el mencionado estudio sobre la elección, y lo que resulta más importante, el significado y alcance del término *legal capacity*, si bien considera a este como un concepto amplio que incluye la capacidad de obrar (también calificada de ejercicio de la capacidad jurídica), sin duda alguna y por lo allí indicado, respeta las características, los requisitos legales y las limitaciones propias de este último concepto. De lo cual podemos concluir, por un lado, que se elige dicho término a partir de un criterio lógico y objetivo de uniformidad en el uso de la terminología de las convenciones y, por otro, que siendo un concepto amplio que abarca tanto la titularidad como el ejercicio de la capacidad, se remarca la necesidad de tener en cuenta los condicionantes y limitaciones: la mínima edad y la capacidad para entender tanto lo que se hace, como las consecuencias jurídicas de los actos.

Una vez publicada y ratificada la Convención de 2006, en los términos que acabamos de ver, el contenido del mencionado artículo 12 dio un giro, en mi opinión y la de parte de la doctrina³⁰, quizás algo extremo e inesperado, a raíz de la publicación de la Observación general Número 1 del 2014 elaborada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (en adelante, la Observación)³¹. Dicho Comité consideró que, tras unos años de vigencia de la Convención, era necesaria una nueva interpretación, como veremos sin duda más sistémica, teleológica e incluso quizás excesiva, al detectar que los países no habían entendido bien las obligaciones derivadas del contenido de dicho artículo, siendo en consecuencia necesario explicar más su redactado para conseguir que este se cumpliera.

Así, si bien la Observación en su conjunto es sumamente interesante y de lectura obligatoria, voy a centrar mi atención en la introducción y en la interpretación que la misma hace de los párrafos 1 y 2 del artículo 12 de la Convención de 2006, puesto que son los que aquí me interesan a los efectos del alcance del concepto de capacidad jurídica. Dicho esto, y por todo lo ya afirmado, no cabe duda alguna que es la Observación³² la que arroja luz sobre el alcance de la reforma planteada en términos de capacidad ante la ley, recogiendo una serie de afirmaciones y obligaciones que son las que realmente han condicionado la nueva normativa objeto del presente análisis y que, en mi opinión presentan algunas contradicciones con el espíritu con el que se confeccionó y redactó en su día la Convención.

En este sentido, en la introducción de la Observación ya se sintetizan las líneas generales que van a conducir dicha interpretación, a saber: a) se remarca algo esencial y a tener en cuenta en el tema que estamos analizando y es que, «de todas las personas con discapacidad, las más discriminadas son las personas con discapacidad cognitiva», esto es, y aclarado en la propia Observación, la discapacidad intelectual, enfermedad mental y demencia; además b) se indica que la tutela y curatela son algunas de las medidas que discriminan a las personas con discapacidad, para afirmar a continuación «que las personas deben tomar sus propias decisiones para ser iguales ante la ley»; y por último, c) se señala que «los países deben dejar de usar la tutela y la curatela, y cambiar todas las

leyes que discriminan a las personas con discapacidad. Deben usar medidas de apoyo para tomar decisiones en vez de la tutela y la curatela».

A continuación, y respecto del artículo 12.1, se parte de la afirmación general de que «Las personas con discapacidad tienen derecho a la capacidad jurídica» para continuar realizando una explicación de lo que debe entenderse por capacidad jurídica en línea con lo consensuado en el proceso de elaboración de la Convención: «que tienes derechos y obligaciones ante la ley y que eres responsable de tus actos». Esto es, titularidad y responsabilidad, se entiende, derivada de su ejercicio.

Más adelante, en la interpretación del párrafo segundo del artículo 12, el Comité centra su atención en la explicación de los términos capacidad jurídica y capacidad mental, así como en su diferenciación. Dada la trascendencia de la misma, lo transcribo íntegramente: «Capacidad jurídica significa que tienes derechos y obligaciones y que puedes ejercer tus derechos y tus obligaciones por ti mismo, aunque necesites ayuda. Significa que tomas tus decisiones y eres responsable de las consecuencias. La capacidad jurídica es necesaria para participar en la sociedad. La capacidad mental es la habilidad para tomar decisiones. Capacidad mental es un concepto confuso. Los profesionales y los países lo entienden de manera distinta. No es un concepto objetivo y científico. Las personas tenemos capacidades mentales diferentes. Hay personas que necesitan más ayuda para tomar decisiones que otras. Nuestra capacidad mental puede variar según los criterios que la valoran. Todas las personas tenemos derecho a tener capacidad jurídica, aunque tengamos una capacidad mental diferente. La mayoría de los países confunden la capacidad jurídica y la capacidad mental como si fueran la misma cosa. Cuando una persona tiene dificultad para tomar una decisión se evalúa su capacidad mental. Esta forma de actuar es discriminatoria por dos motivos: se usa con personas con discapacidad solo porque tienen discapacidad; la valoración de la capacidad mental es subjetiva. Por eso, la capacidad mental no es un motivo adecuado para negar a una persona su capacidad jurídica»³³. Respecto de las obligaciones de los países sobre el artículo 12 me interesa destacar la siguiente afirmación de la Observación: «La evaluación de la capacidad mental no puede ser un motivo para recibir un apoyo. Hay que evaluar la necesidad de apoyo de otra manera que no discrimine a las personas con discapacidad».

Y aquí es cuando cabe apelar a la capacidad mental, o competencia mental que, como apunta PORXAS ROIG³⁴, es un concepto médico que está ligado en el ámbito jurídico con el de la «capacidad natural» y que hace referencia a las habilidades de decisión de la persona, que varían naturalmente de una a otra persona y que pueden ser diferentes de una persona a otra dependiendo de muchos factores, entre ellos factores sociales y ambientales. De donde, continua la autora, el modelo actual de la capacidad jurídica entiende que los déficits en la competencia mental justifican una restricción de la capacidad de obrar de la persona. En el caso de la enfermedad mental, a menudo el propio diagnóstico se considera determinante de la falta de competencia mental requerida para el ejercicio de la capacidad.

En este sentido considero que no podemos obviar la conexión directa entre la capacidad natural o mental de una persona y su capacidad de obrar, o si se prefiere, el ejercicio de su capacidad jurídica. Ya que conviene recordar que, como indicó en su día BETTI, la voluntad es el elemento principal dentro de los esenciales de cualquier negocio jurídico³⁵; que la voluntad interna precisa de dos caracteres necesarios, conocimiento de lo que se está haciendo y libertad para hacerlo, y que la falta de alguno de ellos puede derivar en ineficacia del negocio.

Dicho esto, comparto la opinión de la doctrina³⁶ de que la voluntad consciente y libre depende directamente de la capacidad natural de la persona física, esto es, de su aptitud para entender lo que está haciendo. Y, siendo esto así, y apelando al espíritu de la Convención, es evidente que reduciendo, o eliminado posibles barreras, jurídicas incluidas, la discapacidad se va a ir reduciendo dando a la persona más posibilidades de participar. Pero, por todo lo dicho, a mi juicio la participación debe tener unos límites que se asienten en las posibilidades reales de entender los efectos jurídicos de lo que se pretende realizar. Y esto, nos guste o no, también es acorde *in fine* con la voluntad de cualquier persona, con discapacidad o no, de participar y actuar en sociedad.

Llegados a este punto y volviendo a nuestro ordenamiento jurídico, en él, la capacidad de obrar no es más que una construcción jurídica que, sin pretender en ningún caso la violación de los derechos fundamentales, desde una perspectiva dogmática y legislativa, ha ido evolucionando y adaptándose a las nuevas necesidades y realidades sociales³⁷, y sin duda, ha sido esencial en la historia jurídica de nuestro Derecho de la persona³⁸. En dicha evolución cabe recordar a autores como DE CASTRO³⁹ que en su día insistieron en la idea de que el menor tiene tanto capacidad jurídica como de obrar, y que esta última se va ampliando y consolidando con la madurez hasta alcanzar los dieciocho años⁴⁰. Ello ha permitido diferenciar entre la titularidad jurídica, capacidad ante el derecho abstracta y universal desde el nacimiento, y el ejercicio de los derechos y obligaciones, capacidad concreta que depende de diferentes circunstancias como la edad y la capacidad cognitiva, y que debe analizarse en cada momento y para cada actuación⁴¹.

Así, recordando la interpretación que hemos visto que se realiza en el proceso de elaboración de la Convención respecto de la denominada *legal capacity*, en mi opinión la Observación en cierto modo se separa de esta, al entender a priori que la capacidad mental no debe considerarse, en estos casos, como una de esas circunstancias a tener en cuenta y que limitan dicho ejercicio.

Por todo ello, y en un intento de dar cabida a este nuevo paradigma considero importante remarcar, por un lado, que dicha unificación del concepto de capacidad, y por ende sus consecuencias, debe quedar, al menos por ahora, estrictamente limitada al ámbito de las personas con discapacidad; y, por otro, que resulta coherente con la estructura sobre la que se sustenta nuestro actual Derecho de la persona mantener, desde una perspectiva general, la distinción entre la capacidad jurídica adquirida por todas las personas desde su nacimiento y vinculada a la titularidad del patrimonio, y la capacidad de obrar, concreta y a determinar en cada caso y, eso sí, limitada a priori, por efecto de la Ley 8/2021, exclusivamente a los supuestos de minoría de edad, y a supuestos en que existan dificultades a la hora de entender los actos y sus consecuencias, teniendo siempre presente las llamadas capacidades especiales⁴². Es decir, la mencionada Ley, si bien establece la imposibilidad de incapacitar a cualquier persona física, tenga la edad que tenga, no debe entenderse que elimina el concepto de capacidad de obrar ni, en consecuencia, que generaliza la capacidad de obrar de los menores que sigue siendo, no lo olvidemos, una circunstancia que limita la misma⁴³.

Así, y para mantener la coherencia del sistema jurídico privado actual, resulta necesaria esta diferenciación conceptual con el fin de entender la edad como elemento que sigue limitando la capacidad de actuar ante el Derecho, justamente por la evolución natural de la propia persona y de la capacidad volitiva para comprender las consecuencias de lo que se está realizando, y la mayoría de edad, en la que se alcanza, no lo olvidemos, la plena capacidad de obrar⁴⁴.

Todo ello, como consecuencia de la diferente capacidad natural (cognitiva si se quiere), existente, y que también puede condicionar y va a condicionar, no lo olvidemos, el ahora llamado ejercicio de la capacidad jurídica en el supuesto de las personas con discapacidad, o la clásica capacidad de obrar de los menores⁴⁵.

En síntesis y para concluir, la incorporación del nuevo sistema de apoyos que elimina la incapacitación, el estado civil de incapacitado y la tutela, que introduce la protección de las preferencias y voluntad de la persona con discapacidad como elemento esencial del cambio⁴⁶, así como el nuevo concepto de capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en mi opinión precisa de una integración coherente y compatible, no solo con nuestro actual Derecho de la persona, sino también con el espíritu en que en su día se elaboró y acordó la Convención. Por todo ello, la publicación de la Ley 8/2021 no debe suponer su supresión total, si no que pasa por el mantenimiento del clásico concepto de capacidad de obrar, como concepto vinculado a la edad y consiguiente madurez cognitiva y, por tanto, al estado civil de la persona (minoría o mayoría de edad) y también la capacidad de entender lo que se hace y que, por tanto, por ahora, no debe desaparecer si pretendemos una coherente comprensión de la idea general de aptitud ante el derecho⁴⁷.

Y todo esto porque, como acabamos de ver, si no fue intención de la Convención eliminar la clásica distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, menos tiene que serlo la interpretación e integración de la misma en nuestro ordenamiento jurídico a través, entre otras, de la Ley 8/2021.

2. DE LA PERSONA INCAPACITADA A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y CON CAPACIDAD JURÍDICA PLENA

Uno de los pilares en los que se sustenta la reforma que estamos analizando es la eliminación del término incapacitación que, si bien parece que debiera quedar genéricamente sustituido por el de persona con discapacidad, esto último merece también de ciertas reflexiones y matizaciones. Recordemos que este último término ya había sido introducido por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria (en adelante Ley 41/2003) y por la Ley 26/2011, de 11 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, modificado posteriormente por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el Texto refundido de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social, si bien el mismo convive a nivel normativo con otros como el de «capacidad modificada judicialmente» o el de «personas que sufren limitaciones funcionales»⁴⁸ de reciente incorporación en la Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios.

Así, y más allá de compartir el gran avance que supone el ir descartando términos con ciertas connotaciones negativas tales como discapacitado o minusválido⁴⁹ (ambos por persona con discapacidad) que, a día de hoy, resultan totalmente inapropiados, considero que es interesante una breve aproximación al significado de los términos incapacitación y discapacidad que, en cualquier caso, puede arrojar algo de luz al respecto. Ya que, tal y como en su día apuntó PARNERO⁵⁰, recordando que el origen de la terminología jurídica es esencialmente

el lenguaje común, hay que tener presente que a pesar de haber logrado una palabra su plena lexicalización jurídica, incluso en el ámbito jurídico sigue a veces usándose con su primitivo significado común. Además, conocer el origen etimológico o procedencia puede ayudar a comprender los significados que llega a asumir un término.

Dicho lo cual, en la actualidad el diccionario de la Real Academia Española (en adelante RAE) define la discapacidad como «situación de la persona que, por sus condiciones físicas o mentales duraderas, se enfrenta con notables barreras de acceso a su participación social»⁵¹. En este caso, el prefijo «dis», procedente del latín *—dis—*, puede indicar negación o contrariedad, o, procedente del griego *—δυσ—* *dys-* dificultad o anomalía. Y el discapacitado, neologismo que, como se indica en el diccionario de la RAE, procede del término inglés *disabled* y que es, en consecuencia, «el que posee una discapacidad»⁵².

La incapacidad, por su parte, procede del latín *—incapacitas, —ātis—*⁵³ y se define en el diccionario de la RAE como «la falta de capacidad para hacer, recibir o aprender algo; la falta de entendimiento o inteligencia» o, desde un punto de vista jurídico, como «la carencia de aptitud legal para ejecutar válidamente determinados actos, o para ejercer determinados cargos públicos»⁵⁴. Y el incapacitado, en consecuencia, es «el falto de capacidad o aptitud para hacer algo»⁵⁵. Por último, curiosamente y hasta hace muy poco, en la definición que aparecía en el diccionario de la RAE del término discapacitar aparecía «incapacitar» como equivalente, y se definía como «privar de la capacidad o aptitud necesarias para algo y, jurídicamente, decretar la falta de capacidad civil de personas mayores de edad».

Todo ello, *in fine*, denota una sencilla realidad, esto es, la similitud de los significados de ambos términos, así como, en cierto modo, evidencia o pone de manifiesto también la similitud de los caracteres que configuran tanto la anterior incapacidad, como la actual discapacidad. Dejo aquí apuntadas estas breves reflexiones respecto del cambio terminológico de este nuevo escenario y que, en mi opinión, y por todo lo dicho, no me parece que se corresponda del todo con el objetivo último que se pretende con la reforma.

En síntesis, si bien es cierto que en términos generales la Convención incluye preceptos muy necesarios y positivos respecto de diferentes aspectos de la vida de una persona con discapacidad, en cuanto a la capacidad o aptitud ante el derecho y el correspondiente ejercicio de la capacidad jurídica resulta necesario realizar algunas matizaciones pues, a priori, puede considerarse algo contradictorio afirmar que una persona con discapacidad tiene la misma capacidad que una persona sin discapacidad. Y es que, en este sentido, se hace preciso a partir de ahora tener presente que la persona con discapacidad lo es desde el punto de vista físico/sensorial o psicológico/cognitivo, siendo a priori plenamente capaz desde el punto de vista jurídico. Esto es, *in fine*, en mi opinión se abre una nueva etapa en la que debemos empezar a disociar el actual término «discapacidad» del componente jurídico que podía tener hasta ahora y que lo vinculaba a la «incapacidad/incapacitación», para centrar la atención exclusivamente en su acepción social típica y, en definitiva, a cualquier deficiencia física o cognitiva permanente de una persona que puede traer como consecuencia la necesidad de algún apoyo. Sin embargo, si este es el sentido amplio que parece deducirse de la Convención y de la nueva Ley 8/2021, como veremos en el siguiente apartado, la misma norma reconduce a determinada normativa previa que concreta, para algunos casos, los requisitos que deben darse para poder hablar de persona con discapacidad⁵⁶.

Llegado este momento, la pregunta que cabe plantearse es ¿quién precisa de apoyo? Y como anticipó MARÍN VELARDE⁵⁷, hubiese sido conveniente que esta reforma hubiese clarificado quienes son los destinatarios de los apoyos, como se ha procurado hacer en legislaciones de nuestro entorno.

Además, no cabe olvidar que el término incapacidad o incapaz es habitual y parece obvio que se va a mantener en la praxis jurídica y legislativa, por lo que también se hace preciso concretar que, el actual significado que debemos dar a dicho término, con el fin de armonizar todo nuestro sistema, se corresponde con su sentido más genérico y ordinario, esto es, con la idea de falta de capacidad ante el derecho en un ámbito concreto (al que se esté haciendo alusión en cada caso), rehusando cualquier anterior vinculación con el estado civil de la persona⁵⁸.

III. UNA BREVE REFERENCIA A LOS TIPOS DE DISCAPACIDAD Y LOS CRITERIOS PARA SU DETERMINACIÓN

Partiendo de la idea de que no es sencillo proponer una única definición de discapacidad ya que, como ha apuntado la doctrina, se trata de un concepto complicado y multidimensional⁵⁹, la Convención indica de forma genérica y amplia que las personas con discapacidad incluyen las que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo.

Dicho lo cual, y a los efectos de lo que aquí nos interesa, la Ley 8/2021 introduce ciertas modificaciones de la disposición adicional cuarta del Código civil, remitiendo de nuevo a la normativa previa para concretar el sentido que hay que dar hoy al término discapacidad, y diferenciando, como novedad, dos posibles situaciones y/o grados de protección, a saber:

a) La discapacidad que podríamos calificar «en sentido estricto»: restringida a los supuestos contemplados en los artículos 96, 756.7, 782, 808, 822 y 1041 del Código civil⁶⁰, en los que la referencia a la discapacidad debe entenderse hecha:

a.1) al concepto definido en el artículo 2.2 de la Ley 41/2003, esto es, las personas que presenten una discapacidad⁶¹:

- psíquica igual o superior al 33 por ciento;
- física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

El grado de discapacidad se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.

La Ley 8/2021 introduce como novedades la inclusión del artículo 808 y la limitación al apartado 7 del artículo 756 del Código civil.

a.2) Y, como novedad de la Ley 8/2021, las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (a partir de este momento Ley 39/2006)⁶², esto es:

- las personas que necesitan ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quieren

- el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal (Grado II. Dependencia severa).
- las personas que necesitan ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesitan el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tienen necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal⁶³ (Grado III. Gran dependencia).

El Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006 señala que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2 de la mencionada Ley «la dependencia es el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal». El Baremo de Valoración de la Dependencia (en adelante, BVD) permite determinar las situaciones de dependencia moderada, dependencia severa y de gran dependencia, indicando que el grado II se corresponde a una puntuación final del BVD de 50 a 74 puntos, y el grado III a una puntuación final del BVD de 75 a 100 puntos⁶⁴. Durante el proceso de valoración deberá tenerse siempre en cuenta para establecer la distinción entre dependencia y otras situaciones lo siguiente: b. El carácter permanente de la situación de dependencia quedará establecido cuando en la condición de salud de la persona no haya posibilidad razonable de restitución o de mejoría en el funcionamiento. d. La edad, la enfermedad o la discapacidad son condiciones necesarias, pero no suficientes en sí mismas, para establecer la situación de dependencia y el alcance de su severidad a efectos del reconocimiento oficial.

b) La discapacidad que podríamos calificar «en sentido amplio»: la Ley 8/2021 incluye este nuevo párrafo: «A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica».

IV. A MODO DE CONCLUSIONES: LAS PRIMERAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y ALGUNAS DIFICULTADES EN LA APLICACIÓN DE LA NUEVA NORMATIVA

No quiero concluir el presente análisis sin antes hacer una breve referencia a la realidad inmediata tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021. Y para ello voy a tomar como referencia el contenido de las primeras resoluciones judiciales del mes de septiembre. La Sentencia del Tribunal Supremo de ocho de septiembre 2021⁶⁵, primera sentencia del Alto Tribunal sobre la aplicación de dicha norma tras su publicación, y en la que este resuelve sin declarar la modificación de la capacidad del demandado, puesto que no cabe por supresión de la incapacidad, pero ratificando la medida de apoyo que había sido previamente dispuesta. El

Tribunal, en lo que aquí nos interesa, sustenta su decisión en un hecho relevante a los efectos de lo que aquí estamos analizando: el trastorno de personalidad que afecta al interesado incide directamente en el ejercicio de su capacidad jurídica provocándole un deterioro personal que le impide el ejercicio de sus derechos. Por todo ello y, a pesar de que el deseo y preferencia del mismo es no tener dicha medida de apoyo, esto es, en contra de su voluntad como se indica en la resolución, se entiende que la medida adoptada es necesaria porque el trastorno que sufre impide que tenga una conciencia clara de su situación.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de quince de septiembre⁶⁶, en la que el Tribunal, apelando a la tradicional distinción entre actividades básicas, instrumentales y avanzadas de la vida diaria, recuerda que la capacidad es la medida de la voluntad y de la libertad y que las medidas de apoyo, en el caso de las actividades instrumentales y avanzadas, deberán respetar la voluntad y deseos de la persona, con el límite siempre de la protección del derecho a la dignidad de toda persona. Dicho lo cual, y habiendo analizado los informes médicos, concluye que «no hay duda alguna de la necesidad de apoyo en el ámbito personal y también en el patrimonial...No podemos hablar de “forzar su voluntad” cuando, como refiere el Dr. se invoca esa libertad como falacia de control. La limitación de su capacidad condiciona su voluntad y su libertad. Por ello, si en ejecución de sentencia lo insta de nuevo el organismo tutelar, se podrá estudiar de nuevo el ingreso en un centro de larga estancia aun en contra de la supuesta “voluntad” manifestada por la afectada».

Y por último, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander del veintitrés de septiembre de 2021⁶⁷ en la que el Tribunal resuelve teniendo en cuenta la nueva normativa, pero declarando la constitución de una curatela representativa, en favor de la madre de la persona con discapacidad, cumpliendo en esto la voluntad del interesado, y justificando dicha decisión en la discapacidad permanente que ostenta y que aparece descrita en el dictamen médico-forense, discapacidad que incide en su discernimiento, teniendo muy limitada su capacidad de decidir. Así, como se indica en la resolución, las limitaciones asociadas a su trastorno comprometen gravemente sus facultades y le impiden la adopción de decisiones responsables sobre su persona y bienes. Por todo ello procede declarar judicialmente la discapacidad plena.

Un breve apunte al respecto a modo de conclusión final. Si bien es cierto que esto ya se procuraba hacer en líneas generales a través de nuestro sistema previo de instituciones tutelares judiciales, el nuevo paradigma posibilita e impulsa la confección de lo que ha venido a denominarse «un traje a medida para cada caso»⁶⁸, lo cual, si bien resulta más costoso, puede ser positivo. Además, cabe subrayar el matiz, nada desdeñable, en el que se sustenta la reforma de la Convención y, consecuentemente, la Ley 8/2021, y que supone el respeto prioritario a la voluntad y a las preferencias de la persona, frente al sistema anterior de protección al interés⁶⁹.

Ante lo cual me planteo una reflexión final, esto es, si quizás, visto lo visto, hubiese sido suficiente, como había anticipado una parte de la doctrina⁷⁰, una adaptación más moderada y razonada, tal y como permite la propia Convención en su artículo 4.4⁷¹ y quizás más acorde con el espíritu inicial de esta y, en concreto, del significado del término *legal capacity*. Y anticipo esta reflexión porque, teniendo presente las bonanzas del nuevo paradigma, me preocupa la realidad de situaciones, como las que aparecen en las resoluciones citadas, de patologías mentales o de deficiencias severas cognitivas ocasionadas por la edad, en las que justamente el apoyo efectivo a esa persona consiste no en dejarle hacer, sino,

en no dejarle hacer lo que quiera por su propia voluntad afectada irremediablemente de alguna dolencia cognitiva que le impide conocer el acto y, por ende, las consecuencias de lo que pretende realizar. Esto es, queramos o no, y como acabamos de comprobar, parte importante de nuestra realidad.

Dicho esto, es evidente que una de las dificultades del nuevo sistema va a estar en delimitar, para cada uno de los casos, donde está el límite de la voluntad y libertad individual sin que quepa afirmar, como en su día señaló DE SALAS MURILLO, la existencia de un derecho a no recibir apoyos⁷². Ya que, si se apuesta por un sistema de apoyo que, partiendo de declaración de la capacidad jurídica general, pretende no tener en cuenta los efectos de las posibles carencias de capacidad mental o cognitiva de determinadas personas⁷³, la consecuencia real va a ser que, en la mayoría de ellas, como acabamos de ver, dichas personas van a ser mucho más vulnerables a la influencia indebida y a los engaños. Desde esta perspectiva es desde la que la reforma en su conjunto me plantea dudas e interrogantes en su aplicación práctica. Y si a esto sumamos la existencia en nuestro país de una pirámide de la población regresiva⁷⁴, cualquier relajación en dichos apoyos puede convertirse en un arma de doble filo y, en consecuencia, no solo desproteger a dichas personas, sino también puede permitir la vía libre a declaraciones de voluntad, en negocios jurídicos relevantes, que carezcan de la necesaria libertad y conocimiento del acto que va a realizarse y las consecuencias del mismo.

En palabras de CUADRADO PÉREZ⁷⁵ que suscribo en su totalidad: «tan inadecuado resulta incapacitar a personas que conservan su capacidad de auto-gobierno como, en sentido contrario, fingir que dicha capacidad está presente en quienes, realmente, carecen de ella».

La magnitud de la reforma es enorme y, por ello, cabe apelar hoy más que nunca a la prudencia, tanto en la aplicación de la norma, como en su compleja interpretación e integración en todo nuestro ordenamiento jurídico. Baste recordar, en este sentido, la máxima del jurista CELSO recogida en la Compilación de JUSTINIANO (s. VI): «Conocer las leyes no es recordar sus palabras, sino su esencia y su significado»⁷⁶.

V. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

- STS 589/2021, Sala Primera, de 8 de setiembre 2021. Roj: STS 3276/2021.
- SAP Barcelona 550/2021, sección 18, de 15 de setiembre de 2021. Roj: SAP B 9511/2021.
- SAP Santander 375/2021, sección 2^a, de 23 de setiembre de 2021. Roj: SAP S 1083/2021.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO AMAYUELAS, E. (2019). El deterioro cognitivo en la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad. *Revista de Bioética y Derecho*, número 45, 127-147.
- BARRETO SOUZA, R. (2015). Capacidad jurídica: un nuevo paradigma desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad, *American University International Law review*, Vol.30 (2), Washington (EEUU): American University ed., 177-212.

- BETTI, E. (1943). *Teoría general del Negocio jurídico*. Trad. y concordancias de Martín Pérez. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado.
- BOOTH GLEN, K. (2020). «Not just guardianship: uncovering the invisible taxonomy of laws, regulations and decisions that limit or deny the right of legal capacity for persons with intellectual and develop mental disabilities». *Albany Government Law Review*, vol. 13, 25-93.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2019). *Discapacidad y Derecho Romano. Condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas, sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua*. Madrid: Reus Editorial.
- (2020). Prejuicios, lenguaje y discapacidad: notas en torno a la terminología antigua y moderna relativa a las personas con discapacidad. *Cultura, Lenguaje y Representación*, vol. XXIII, 47-63.
- CUADRADO PÉREZ, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 13-90.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. (2020). *Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- DE SALAS MURILLO, S. (2020). ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, 2227 a 2268.
- DUPLÁ MARÍN, M.T. y BARDAJÍ GÁLVEZ, M.D. (2007). El fundamento último de la protección al menor consumidor: la inexperiencia en el ámbito patrimonial, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Número 11, 211-230.
- DUPLÁ MARÍN, M.T., PANERO ORIA, P., GARCÍA CUETO, E. (2021). La protección a menores y adolescentes en negocios mercantiles precedentes romanos y su proyección en el Derecho actual. En García Sánchez (dir.) *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol.9. Madrid: BOE, 977-1000.
- MARÍN VELARDE, A. (2021). La familia, piedra angular de las instituciones de apoyo en el Proyecto de reforma en materia de discapacidad. En A. Marín Velarde, F. Moreno Mozo, A.L. Cabezuelo Arenas (dir.). *Familia y Derecho en la España del s.XXI, Homenaje al Prof. Luis Humberto Clavería Gosálbez*. Madrid: Reus.
- MAYOR DEL HOYO, M.V. (2021). La incidencia de la reforma estatal del Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales. *Diario La Ley*, núm. 9859, 5619/2021, 1-10.
- MUÑIZ ESPADA, E. (2020). Análisis de la seguridad jurídica en la proyectada reforma de la discapacidad, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 111, 277-325.
- MUÑIZ ESPADA, E. y DE CASTRO VITORES, G. (2021). Divergencias para una futura reforma legislativa de la discapacidad. En A. Marín Velarde, F. Moreno Mozo, A. L. Cabezuelo Arenas (dir.). *Familia y Derecho en la España del s.XXI, Homenaje al Prof. Luis Humberto Clavería Gosálbez*. Madrid: Reus, 113-144.
- PANERO GUTIÉRREZ, R. (2006). *Formación de los conceptos jurídicos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PETIT SÁNCHEZ, M. (2020). La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5, 265-313.
- PORXAS ROIG, M.A. (2018). Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: la capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista de Derecho Político*, núm. 103, 355-379.

- ROGEL VIDE, C. (2021). ¿Capacidad de los discapaces? Notas en torno al proyecto de Ley 121/21. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 7-19.
- SALOMÓN, L. (2007). Una aproximación a la terminología jurídica actual desde la perspectiva romanística. *En Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 11, 885-898.
- TORRENT, A. (2007). *Fundamentos del Derecho Europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*. Madrid: Edisofer SL.
- TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad* (CNUDPD), tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela. [En línea], disponible en <http://hdl.handle.net/10347/23196>
- (2020). *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: BOE. [En línea] https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2020-168
- VIVAS TESÓN, I. (2021). Nuevos horizontes para la discapacidad en el Derecho civil español. En A. Marín Velarde, F. Moreno Mozo, A. L. Cabezuelo Arenas (dir.). *Familia y Derecho en la España del s.XXI, Homenaje al Prof. Luís Humberto Clavería Gosálbez*. Madrid: Reus.

NOTAS

¹ Convención que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde el 3 de mayo de 2008 tras la publicación en el BOE del Instrumento de Ratificación de la misma (número 96, 21 de abril de 2008), tal y como se dispone en el artículo 96 de la Constitución, prevaleciendo sobre el derecho interno, como reconoce la Ley 25/2014 de 27 de noviembre de Tratados y otros Acuerdos internacionales (art. 31: Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional) y considerándose norma de interpretación de los derechos fundamentales, tal y como se dispone en la Constitución (art. 10.2: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España). Dicho lo cual, la complejidad de los principios que establece y la amplitud de los efectos que conlleva han sido las principales causas del retraso en la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico, generándose en la última década múltiples y confrontadas reacciones de la doctrina, una vasta bibliografía en torno a ella, y siendo a día de hoy, una vez publicada la Ley 8/2021, uno de los temas que sin duda alguna va a seguir centrando la atención de la profesión jurídica y la académica.

² En este sentido, la Ley 8/2021 responde en términos generales, como se indica en el preámbulo, a la necesaria adecuación de nuestro Código civil a los principios de la Convención de 2006, cuyo artículo 12, esencial en el conjunto de la norma, como hemos indicado, proclama la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás y en todos los aspectos de la vida. En síntesis, el nuevo sistema creado debe sustanciarse sobre el respeto y la preferencia, siempre que sea posible, a la libre voluntad de la persona con discapacidad, antes que la sustitución en la toma de decisiones. Además, se parte de una nueva idea de capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. La idea central es la de apoyo a la persona en sentido amplio que abarca diferentes posibilidades, desde

el acompañamiento amistoso a la representación en la toma de decisiones, y que podrá beneficiarse de medidas de apoyo cualquier persona que las precise, con independencia de que su situación de discapacidad haya obtenido algún reconocimiento administrativo. La idea fundamental es que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones y, dicho derecho, debe ser respetado pues se trata de una cuestión de derechos humanos. Muchas barreras vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella sino de barreras cognitivas, actitudinales y jurídicas. Los agentes implicados deben prestar sus funciones partiendo de los nuevos principios allí expuestos.

A la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias que puede tomar la propia persona con discapacidad, partiendo siempre de la idea de un sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad: poderes y mandatos preventivos y auto curatela. Se refuerza también la figura de la guarda de hecho que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, dejando de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para salvaguardar los derechos de las personas con discapacidad (generalmente un familiar ya que la familia sigue siendo el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que lo componen), sin que precise de investidura judicial formal. Si tiene que hacer una tarea representativa, se prevé que sea necesario que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, previo examen de las circunstancias.

La principal medida de apoyo judicial es la curatela que será principalmente de naturaleza asistencial. En casos excepcionales puede ser curador con funciones representativas. Se eliminan la tutela, la patria potestad prorrogada y la rehabilitada. Se regula también la figura del defensor judicial, para los casos de conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la figura de apoyo o cuando no sea posible que esta coyunturalmente lo ejerza.

Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente deberán ser revisadas periódicamente y en un plazo máximo de tres años o, excepcionalmente, hasta seis años y siempre ante cualquier cambio que precise modificación. La resolución judicial no puede hacer declaración de incapacidad ni privación de derechos personales, patrimoniales o políticos. Se suprime la prodigalidad como figura autónoma porque puede encajar en cualquier medida de apoyo. La tutela, con su tradicional componente representativo, queda reservada a los menores que no estén protegidos por la patria potestad. El complemento de capacidad requerido para los emancipados para ciertos actos jurídicos será atendido por un defensor judicial.

El Registro Civil se convierte en pieza central del nuevo sistema pues hará efectiva la preferencia que este atribuye a las medidas voluntarias previstas por una persona respecto de sí misma o sus bienes. Por respeto a sus derechos fundamentales, en concreto intimidad y protección de datos personales, las medidas de apoyo accederán al Registro como datos sometidos al régimen de publicidad restringida.

³ MUÑIZ ESPADA, E. y DE CASTRO VITORES, G. (2021), Divergencias para una futura reforma legislativa de la discapacidad. En A. Marín Velarde, F. Moreno Mozo, A. L. Cabezuelo Arenas (dir.). *Familia y Derecho en la España del s.XXI, Homenaje al Prof. Luis Humberto Clavería Gosálbez*. Madrid: Reus, 113-144, confeccionado antes de la aprobación de la Ley 8/2021.

⁴ Con la consecuente necesidad de modificar lo antes posible, y en lo que sea necesario para su adaptación, la normativa de los distintos derechos forales, como ha ocurrido, por vía de ejemplo, en la comunidad autónoma catalana con la publicación del Real Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad, que si bien tiene carácter provisional, supone la eliminación de las figuras tutelares y su sustitución por la actual figura de la asistencia, con asunción del compromiso de elaborar una normativa *ad hoc* a lo largo de los próximos meses. *Vid.* al respecto, MAYOR DEL HOYO, M.V. (2021). La incidencia de la reforma estatal del Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales. *Diario La Ley*, núm.9859, 5619/2021, 1-10.

⁵ En relación al precedente proyecto 121/27 cuyo período de enmiendas tuvo que ser prorrogado. *Vid.* ROGEL VIDE, C. (2021). ¿Capacidad de los discapaces? Notas en torno al proyecto de Ley 121/21. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 14-15.

⁶ Citado por MUÑIZ ESPADA, E. y DE CASTRO VITORES, G. (2021). Divergencias para una futura reforma legislativa de la discapacidad, *cit.*, 115. *Vid.* también reflexiones de MUÑIZ ESPADA, E. (2020). Análisis de la seguridad jurídica en la proyectada reforma de la discapacidad, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 111, 277 y sigs.

⁷ TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar a la luz del artículo 12 de la convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad* (CNU-DPD), tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, 374 [En línea], disponible en <http://hdl.handle.net/10347/23196>; TORRES COSTAS, M.E. (2020). *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: BOE [En línea] https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2020-168.

⁸ Citado por TORRENT, A. (2007). *Fundamentos del Derecho Europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*. Madrid: Edisofer SL. (p. 350).

⁹ *Vid.* al respecto TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar...cit.*, 12 n.44.

¹⁰ TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar... cit.*, 10-11.

¹¹ Siendo más de 1000 millones las personas en el mundo que, según datos de la Organización Mundial de la Salud 2020, presentan alguna forma de discapacidad. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health> (última visita 16.11.2021). Al respecto, MARÍN VELARDE, A. (2021) La familia, piedra angular de las instituciones de apoyo en el Proyecto de reforma en materia de discapacidad. En A. Marín Velarde, F. Moreno Mozo, A. L. Cabezuelo Arenas (dir.). *Familia y Derecho en la España del s.XXI, Homenaje al Prof. Luis Humberto Claveria Gosálbez*. Madrid: Reus (170-171 y n. 1). *Vid.* interesante resumen de lo que queda todavía por hacer en nuestro país en VIVAS TESÓN, I. (2021). Nuevos horizontes para la discapacidad en el Derecho civil español. En A. Marín Velarde, F. Moreno Mozo, A. L. Cabezuelo Arenas (dir.). *Familia y Derecho en la España del s.XXI, Homenaje al Prof. Luis Humberto Claveria Gosálbez*. Madrid: Reus (161-166).

¹² Dificultades de integración que ya han sido anunciadas por la doctrina. *Vid.* por todos, MUÑIZ ESPADA, E. y DE CASTRO VITORES, G., (2021). Divergencias para una futura reforma legislativa de la discapacidad, *cit.*, 115.

¹³ La fijación de unas unidades terminológicas genera una comunicación más precisa, moderna y unívoca, haciendo posible la transmisión de conocimientos de forma segura, evitando errores y optimizando la transmisión de la información entre los profesionales. SALOMÓN, L. (2007). Una aproximación a la terminología jurídica actual desde la perspectiva romanística. *En Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 11, 891-892.

¹⁴ Ambos autores citados por TORRENT, A. (2007). *Fundamentos del Derecho Europeo, cit.*, 347 y 352 respectivamente.

¹⁵ Dictamen 34/2019 emitido al Anteproyecto de Ley el 11 de abril de 2019. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>

¹⁶ La llamada paradoja del lenguaje de especialidad. SALOMÓN, L. (2007). Una aproximación a la terminología jurídica actual desde la perspectiva romanística, *cit.*, 895.

¹⁷ Protección, no lo olvidemos, que se inicia en el Derecho romano. En el mismo sentido *vid.* ROGEL VIDE, C. (2021). ¿Capacidad de los discapaces?, *cit.*, 12.

¹⁸ *Vid.* Dictamen 34/2019 emitido al Anteproyecto de Ley el 11 de abril de 2019. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>

¹⁹ Además, se señala en concreto que «los Estados parte tomarán todas las medidas pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de estas personas, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes», así como controlar sus propios asuntos económicos y velar porque no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria. Por su parte, el artículo 17 dispone el «derecho a que se respete la integridad física y mental en igualdad de condiciones con los demás».

²⁰ *Vid.* por todos CUADRADO PÉREZ, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 31-45.

²¹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. (2020). *Derecho de sucesiones y discapacidades: retos y cuestiones problemáticas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo (p.19).

²² TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar...cit.*, 11-13.

²³ También países árabes, China y Rusia. Canadá propuso el siguiente texto: 1. Los Estados parte reconocerán que, en asuntos civiles, los adultos con discapacidad tienen una capacidad jurídica idéntica a la de los demás adultos y les otorgarán las mismas oportunidades para ejercer esa capacidad. En particular, reconocerán que los adultos con discapacidad tienen los mismos derechos para celebrar contratos y administrar propiedades y los tratarán por igual en todas las etapas del procedimiento ante los tribunales. 2. Los Estados parte garantizarán que cuando los adultos con discapacidad necesiten apoyo para ejercer su capacidad jurídica, incluida la asistencia para comprender la información y expresar sus decisiones, elecciones y deseos, la asistencia sea proporcional al grado de apoyo requerido y adaptado a las necesidades del adulto. 3. Solo una autoridad competente, independiente e imparcial, de conformidad con una norma y un procedimiento establecidos por la ley, puede considerar que un adulto no tiene capacidad jurídica. Los Estados parte deberán establecer por ley un procedimiento con las salvaguardias adecuadas para el nombramiento de un representante personal para ejercer su capacidad legal en nombre del adulto. Dicha designación debe guiarse por principios consistentes con esta Convención y el derecho internacional de los derechos humanos, que incluyen: (a) garantizar que el nombramiento sea proporcional al grado de incapacidad jurídica del adulto y adaptado a las circunstancias individuales del adulto; (b) asegurando que los representantes personales tomen en cuenta, en la medida de lo posible, las decisiones, elecciones y deseos de los adultos mayores. En síntesis, esta nueva propuesta al borrador y en lo que aquí nos interesa, partiendo del reconocimiento de la capacidad jurídica plena y en condiciones de igualdad, introduce la regulación de la posibilidad de carencia de capacidad jurídica y el subsiguiente nombramiento judicial de un representante para el discapacitado. *Id.* resumen sobre los principales argumentos traídos a colación en los debates posteriores de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales a lo largo del tercer periodo de sesiones del Comité Especial (24 de mayo a 4 de junio de 2004) realizado por TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar...cit.*, 15-20.

²⁴ BOOTH GLEN, K. (2020). «Not just guardianship: uncovering the invisible taxonomy of laws, regulations and decisions that limit or deny the right of legal capacity for persons with intellectual and develop mental disabilities». *Albany Government Law Review*, vol. 13, 29-30.

²⁵ NACIONES UNIDAS. 2005. A/AC.265/2005/CRP.5 Legal capacity: documento preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6documents.htm>. A partir del debate que en torno al significado del mismo (en ese momento era el art. 9), se mantuvo en la quinta sesión de la comisión *ad hoc* celebrada en Nueva York desde el 24 de enero al 4 de febrero de 2005.

²⁶ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Artículo 16: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

²⁷ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Artículo 15.2: Los Estados parte reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.

²⁸ Sobre el mismo *vid.* TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar...cit.*, 23 nn. 73 y 75.

²⁹ Respecto de la primera cuestión, el mismo documento indica que no se puede deducir del lenguaje usado por el artículo 16 que la capacidad incluya también la de obrar, ni tan siquiera apelando a los criterios interpretativos del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, esto es, el principio de buena fe y el sentido habitual de los términos del tratado en el contexto de este, incluyendo en el contexto tanto el preámbulo como los anexos. No obstante esto, sí que cabe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 32 que reconoce como recurso complementario de interpretación los trabajos preparatorios del

tratado, concluyendo en otorgar el significado del artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: «Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.»

³⁰ Vid. resumen de las principales voces en contra de la Observación en TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar...*cit., 50-68.

³¹ Documento elaborado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad entre el 31 de marzo y el 11 de abril de 2014. <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>

³² A este respecto resulta interesante recordar el contenido del informe oficial del Comité de Derechos Humanos de la Asamblea General quien en su sesión número 36, Suplemento número 40 (A/36/40), de fecha 29 de septiembre de 1981, en su anexo VII, señala lo siguiente: «El Comité quiere reiterar su deseo de ayudar a los Estados parte a cumplir las obligaciones que les incumben en lo tocante a la presentación de informes. En estas observaciones generales se ponen de relieve algunos extremos de la cuestión, pero no se debe considerar que tienen carácter limitativo ni entrañan la atribución de ninguna prioridad a los diferentes aspectos de la aplicación de Pacto... La finalidad de estas observaciones es transmitir esa experiencia para que redunde en beneficio de todos los Estados parte, a fin de promover la aplicación ulterior del Pacto por ellos; señalar a su atención las deficiencias puestas de manifiesto por un gran número de informes; sugerir mejoras del procedimiento de presentación de informes, y estimular las actividades de esos Estados y de las organizaciones internacionales en lo concerniente a la promoción y a la protección de los derechos humanos». La propia Organización de Naciones Unidas describe de esta manera lo que son las Observaciones Generales: «*Each of the treaty bodies publishes its interpretation of the provisions of its respective human rights treaty in the form of "general comments" or "general recommendations". These cover a wide range of subjects, from the comprehensive interpretation of substantive provisions, such as the right to life or the right to adequate food, to general guidance on the information that should be submitted in State reports relating to specific articles of the treaties. General comments have also dealt with wider, cross-cutting issues, such as the role of national human rights institutions, the rights of persons with disabilities, violence against women and the rights of minorities*». <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TBGeneralComments.aspx>

Como apunta la doctrina, existen divergencias doctrinales a la hora de concretar el alcance de los efectos jurídicos de la misma, si como interpretación auténtica de la Convención o, por el contrario, sin que exista una obligación de cumplir con las recomendaciones y opiniones del Comité de expertos. Vid. al respecto DE AMUNÁTEGUI, C. (2020). *Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas*, cit., 21 n. 8. Si bien, en palabras de MAYOR DEL HOYO, M.V. (2021). La incidencia de la reforma estatal del Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales, cit., 2, parece que la comunidad internacional entiende que los Estados no están obligados por dichas interpretaciones, que pueden cuestionarlas e incluso rechazarlas y es por ello que parte de la doctrina española entiende que se hubiesen podido rechazar sus interpretaciones si se hubiese encontrado argumentos para ello.

³³ En cuanto a las obligaciones de los países que han ratificado la Convención se señala en la Observación la de evitar medidas que discriminan a estas personas, examinar las leyes sobre la tutela y hacer otras que garanticen apoyos para ejercer derechos, evitar que otras personas o entidades impidan ejercer los derechos a estas personas, dar apoyos a estas personas para que puedan ejercer y disfrutar sus derechos, ayudarles a que tengan más confianza y desarrollen sus capacidades, así necesitarán menos apoyos y sabrán reconocer los apoyos que necesitan.

³⁴ PORXAS ROIG, M.A. (2018). Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: la capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista de Derecho Político*, número 103, 369.

³⁵ BETTI, E. (1943). *Teoría general del Negocio jurídico*. Trad. y concordancias de MARTÍN PEREZ. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado. 119-130.

³⁶ *Vid.* al respecto las interesantes opiniones en este sentido vertidas por Martínez de Aguirre y Alía Robres entre otros, citados por PETIT SÁNCHEZ, M. (2020). La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés, *Revista de Derecho Civil*. vol. VII. Núm. 5, 278-279.

³⁷ *Vid.* sucinta síntesis de dicha evolución realizado por ROGEL VIDE, C. (2021) ¿Capacidad de los discapaces?, *cit.*, 7-19.

³⁸ Prueba de ello es, entre otras, la eliminación de cualquier limitación previa de la capacidad de obrar de la mujer y por cuestión de género, por ejemplo, las denominadas licencias maritales, y la del artículo 1263 del Código civil respecto de la contratación de menores.

³⁹ Citado por MUÑIZ ESPADA, E. y DE CASTRO VITORES, G. (2021), *cit.*, 119.

⁴⁰ *Vid.* ejemplos sobre la evolución jurisprudencial en este mismo sentido analizados por GARCÍA RUBIO, citada por TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar...* *cit.*, 29 n.94.

⁴¹ Baste para ello recordar, por un lado, la necesidad de actuar en el mundo jurídico a través de términos concretos que facilitan las operaciones y reducen la conflictividad y, por otro, la evolución que ha sufrido el Derecho en este sentido a lo largo de la historia, partiendo de un Derecho romano en el que la ausencia, en el ámbito de la capacidad, de una terminología concreta y precisa, dificultó en muchas ocasiones la resolución de los problemas y evidenció la necesidad de operar con términos mucho más precisos.

⁴² Y en este sentido un informe del Consejo General de la Abogacía Española ya sugirió en su día que se incorporase en el anteproyecto de ley el término «capacidad de obrar» y que se aclarase quien y como una persona es considerada «persona con discapacidad». *Vid.* al respecto, Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de 11 de abril de 2019, 7.

⁴³ En el límite comparto la opinión de algunos que llegan a afirmar que la autosuficiencia y la plena autonomía realmente son mitos en nuestra sociedad actual ya que hay pocas etapas de la vida de la persona en la que se pueda afirmar que esta vive de forma efectiva y realmente autónoma. *Vid.*, al respecto, BARRETO SOUZA, R. (2015). Capacidad jurídica: un nuevo paradigma desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad, *American University International Law review*, Vol. 30 (2), Washington (EEUU): American University ed., 184.

⁴⁴ Todo esto debe conectarse indefectiblemente con una visión histórica del tema. Es decir, apelando a la máxima de que el Derecho es un producto histórico, un análisis en este sentido lleva a la confirmación de la idea de la evolución constante respecto de la concreción de una edad concreta vinculada a la plena capacidad de obrar. Y, es más, no solo esto, sino que esto puede incluso conducir a confirmar la fragilidad del uso de una edad para determinar la madurez cognitiva general. Baste como ejemplo la denominada *cura minorum* romana que, creada con el firme convencimiento de la inmadurez negocial de las personas hasta la edad de 25 años, se convierte en instrumento de protección de estos ante los engaños habituales en el comercio. DUPLÁ MARÍN, M.T. y BARDAJÍ GÁLVEZ, M.D. (2007). El fundamento último de la protección al menor consumidor: la inexperiencia en el ámbito patrimonial, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Número 11, 211-230. DUPLÁ MARÍN, M.T., PANERO ORIA, P., GARCÍA CUETO, E. (2021) La protección a menores y adolescentes en negocios mercantiles precedentes romanos y su proyección en el Derecho actual. En García Sánchez (dir.) *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. 9. Madrid: BOE,977-1000.

Así, y teniendo presente la evolución de la edad fijada *ab initio* en relación a la llamada capacidad de obrar plena desde los 25 años hasta los 18, así como las múltiples excepciones que, a día de hoy, existen en nuestro ordenamiento jurídico respecto de las denominadas capacidades especiales y que posibilitan la actuación de los menores de edad en determinados ámbitos de la vida, en mi opinión, resulta complicado desconectar la madurez cognitiva que la persona física va adquiriendo con el paso del tiempo con la capacidad de obrar ante el Derecho.

⁴⁵ Y cuyo origen se encuentra, como hemos visto, en la regulación jurídica romana y que parece, según DE CASTRO Y BRAVO, citado por TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar...* *cit.*, 29, n. 95, fue difundida por la escuela protestante de Derecho natural y más adelante por Savigny.

⁴⁶ *Vid.* por todos, MARÍN VELARDE, A. (2021). La familia, piedra angular de las instituciones de apoyo en el Proyecto de reforma en materia de discapacidad, *cit.*, 187-189.

⁴⁷ En el mismo sentido se manifiesta Sánchez-Ventura Morer, citado por TORRAS COSTAS M.E., (2019). *La capacidad de obrar...*, *cit.*, 31 n. 102.

⁴⁸ Que según lo dispuesto en el Considerando (4) son «personas que tienen alguna deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, alguna deficiencia relacionada con la edad o con otras causas vinculadas al funcionamiento del cuerpo humano, permanente o temporal, que, al interactuar con diversas barreras, limitan su acceso a productos y servicios a sus necesidades particulares.» *Vid.* interesante resumen de las líneas generales del contenido de dichas normas, así como anteriores y posteriores en materia de discapacidad, en MARÍN VELARDE, A. (2021). La familia, piedra angular de las instituciones de apoyo en el Proyecto de reforma en materia de discapacidad, *cit.*, 176-178.

⁴⁹ Como apunta, entre otros, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2020). Prejuicios, lenguaje y discapacidad: notas en torno a la terminología antigua y moderna relativa a las personas con discapacidad. *Cultura, Lenguaje y Representación*, vol. XXIII, 48-49, la Organización Mundial de la Salud ya había reconocido que los términos utilizados pueden estigmatizar y etiquetar, de donde derivó la decisión de dejar de utilizar el de minusvalía y similares por su connotación peyorativa y sustituirlo por el de discapacidad como término más general que incluye tanto déficits como limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Y, como continúa dicho autor, de la discapacidad se ha avanzado hacia la diversidad funcional, esto es, poniendo el acento en los diferentes modos de funcionar como la diferencia esencial, y hacia la expresión personas vulnerables en sustitución de incapaces o incapacitadas. *Vid.* por todos, VIVAS TESÓN I., (2021). Nuevos horizontes para la discapacidad en el Derecho civil español, *cit.*, 150.

⁵⁰ PANERO GUTIÉRREZ, R. (2006). *Formación de los conceptos jurídicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 44.

⁵¹ <https://dle.rae.es/discapacidad> (última visita 25.10.21).

⁵² <https://dle.rae.es/discapacitado?m=form> (última visita 25.10.21).

⁵³ Si bien, como señala CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2020). Prejuicios, lenguaje y discapacidad: notas en torno a la terminología antigua y moderna relativa a las personas con discapacidad, *cit.*, 52-58, el léxico latino se caracteriza por disponer de una pluralidad de términos que indican en muchas ocasiones caracteres físicos no habituales como, por vía de ejemplo, debilis, deformis, morbus o vitium, o a la discapacidad psicológica, como furiosus, demens o mente captus y que se encuentran tanto en el ámbito literario como en el jurídico, concluyendo dicho autor que no primaban, en el uso de dicho lenguaje, términos ofensivos o degradantes para la persona que estaba en dicha situación, si bien la discapacidad en sí misma sí era objeto de burla entre los romanos.

⁵⁴ <https://dle.rae.es/incapacidad?m=form> (última visita 25.10.21).

⁵⁵ <https://dle.rae.es/incapacitado?m=form> (última visita 25.10.21).

⁵⁶ Me refiero en concreto al concepto de persona con discapacidad introducido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y que, hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, propició la diferenciación en nuestro ordenamiento jurídico entre la persona incapacitada judicialmente y la declarada administrativamente persona con discapacidad.

⁵⁷ A modo de ejemplo el caso del Derecho irlandés, el francés, el belga y el suizo, destacando el primero de ellos por concretar que son las personas que requieran asistencia en el ejercicio de su capacidad para tomar decisiones concretas, especificando que la capacidad para tomar decisiones es la habilidad para entender la naturaleza y consecuencias de la decisión que se toma. *Vid.* MARÍN VELARDE, A. (2021). La familia, piedra angular de las instituciones de apoyo en el Proyecto de reforma en materia de discapacidad *cit.*, 186 y 187.

⁵⁸ La propia Ley 8/2021 mantiene el término incapaces, por ejemplo, en el artículo 756 del Código civil en sede de indignidad para suceder.

⁵⁹ *Vid.* al respecto ALTMAN, citado por CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2020). Prejuicios, lenguaje y discapacidad: notas en torno a la terminología antigua y moderna relativa a las personas con discapacidad, *cit.*, 49.

⁶⁰ Se debe tener en cuenta que también se debieran haber modificado los artículos 782,802 y 822 del Código civil no hablan de persona con discapacidad sino de «situación psíquica o

física que le impida desenvolverse de forma autónoma» lo cual genera evidente contradicción con lo indicado en la Ley 8/2021; asimismo el artículo 1041 del Código civil tampoco habla de discapacidad sino de los gastos requeridos por sus «circunstancias físicas o psíquicas».

⁶¹ Precepto que también ha sido modificado por Ley 8/2021 con la finalidad de adaptar la terminología. En la redacción anterior: las personas afectadas por una minusvalía.

⁶² Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

⁶³ Los intervalos para la determinación de los grados se establecerán en el baremo al que se refiere el artículo siguiente.

Artículo 27. Valoración de la situación de dependencia. 1. Las comunidades autónomas determinarán los órganos de valoración de la situación de dependencia, que emitirán un dictamen sobre el grado de dependencia con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir. El Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia deberá acordar unos criterios comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de las comunidades autónomas que, en todo caso, tendrán carácter público. 2. Los grados de dependencia, a efectos de su valoración, se determinarán mediante la aplicación del baremo que se acuerde en el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para su posterior aprobación por el Gobierno mediante real decreto. Dicho baremo tendrá entre sus referentes la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF) adoptada por la Organización Mundial de la Salud. No será posible determinar el grado de dependencia mediante otros procedimientos distintos a los establecidos por este baremo. 3. El baremo establecerá los criterios objetivos de valoración del grado de autonomía de la persona, de su capacidad para realizar las distintas actividades de la vida diaria, los intervalos de puntuación para cada uno de los grados de dependencia y el protocolo con los procedimientos y técnicas a seguir para la valoración de las aptitudes observadas, en su caso. 4. El baremo valorará la capacidad de la persona para llevar a cabo por sí misma las actividades básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión para su realización por personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental. 5. La valoración se realizará teniendo en cuenta los correspondientes informes sobre la salud de la persona y sobre el entorno en el que viva, y considerando, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescritas.

⁶⁴ Asimismo, el BVD permite identificar los dos niveles de cada grado en función de la autonomía personal y de la intensidad del cuidado que requiere de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. El BVD es aplicable en cualquier situación de discapacidad y en cualquier edad, a partir de los 3 años.

La determinación del grado y nivel oficial de dependencia se obtiene a partir de la puntuación final obtenida en el BVD de acuerdo con la siguiente escala: —De 0 a 24 puntos, sin grado reconocido. —De 25 a 39 puntos, Grado I nivel 1. —De 40 a 49 puntos, Grado I nivel 2. —De 50 a 64 puntos, Grado II nivel 1. —De 65 a 74 puntos, Grado II nivel 2. —De 75 a 89 puntos, Grado III nivel 1 —De 90 a 100 puntos, Grado III nivel 2.

La puntuación final del BVD se obtiene mediante la suma ponderada de los valores asignados a las tareas en que se ha establecido la situación de dependencia por el coeficiente del tipo de apoyo de otra u otras personas que se requiere en relación con cada una de ellas. Teniendo en cuenta que: a. El valor asignado a cada tarea resulta de la multiplicación del peso de la tarea en su actividad correspondiente por el peso de dicha actividad en el total de la escala que le es de aplicación a la persona valorada. b. Los pesos de las actividades y las tareas aparecen en la correspondiente tabla de la «escala general» (Anexo A). En el caso de personas con condiciones de salud que puedan afectar a sus funciones mentales, se emplearán además los pesos de la «escala específica» (Anexo B), seleccionando como puntuación final del BVD aquella que sea más elevada. c. Los coeficientes del tipo de apoyo de otra u otras personas aparecen en la «tabla de apoyos» (Anexo C). d. La puntuación final se redondea al entero más cercano.

Procedimientos generales de aplicación: La aplicación del BVD se realiza empleando cuatro procedimientos para obtener la información: —Los informes de salud y del entorno

de la persona a valorar. —La entrevista. —La observación y comprobación directa. —La aplicación de pruebas en un contexto estructurado.

⁶⁵ Roj: STS 3276/2021.

⁶⁶ Roj: SAP B 9511/2021.

⁶⁷ Roj: SAP S 1083/2021.

⁶⁸ ROGEL VIDE, C. (2021). ¿Capacidad de los discapaces?, *cit.*, 16-17, quien apunta las similitudes de ambos sistemas. *Vid.* interesante informe sobre la evolución de la tutela realizado 2015-19 por la Asociación española de fundaciones tutelares [en línea] en el que también se destaca (pag. 45) la evolución a la baja de la tutela frente a la curatela, lo que muestra la influencia previa del nuevo paradigma del Convenio en las resoluciones judiciales. <https://fundacionestutelares.org/wp-content/uploads/2020/06/ESTUDIO-SOBRE-LA-SITUACION-DE-LA-TUTELA-EN-ESPAÑA-DEFINITIVO.pdf>

⁶⁹ PETIT SÁNCHEZ, M. (2020). La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés, *cit.*, 265-313.

⁷⁰ Ya que incluso, como recuerda CUADRADO PÉREZ, y por todo lo visto, cabe apelar a la *ratio legis* que goza de preeminencia, incluso, sobre la propia letra de la norma. CUADRADO PÉREZ, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad, *cit.*, 62-63.

⁷¹ «Nada de lo dispuesto en la Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte, o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado».

⁷² DE SALAS MURILLO, S. (2020). ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, 2227 a 2268.

⁷³ En el mismo sentido concluye CUADRADO PÉREZ al señalar lo siguiente: «Mantener las medidas representativas en el caso de los menores de edad y suprimirlas en las hipótesis más graves e incapacitantes de discapacidad, adolece, a nuestro juicio, de incongruencia, pues puede haber evidentes similitudes entre ambas situaciones: limitación o plena carencia de la capacidad natural de autogobierno». CUADRADO PÉREZ, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad, *cit.*, 67.

⁷⁴ Los datos provisionales del INE publicados recientemente arrojan como titular que la edad media de la población inscrita en el padrón tras la pandemia es de 43,8 —la de los españoles 44,7 y la de los extranjeros 36,36— y en lo que va de s. XXI ha aumentado cuatro años, siendo la de los ciudadanos de países pertenecientes a la UE de 38,9. Se mantiene por tanto una pirámide de población regresiva propia de países desarrollados con clara tendencia hacia el envejecimiento (poca natalidad y mortandad, gran concentración en el centro) pues la esperanza de vida es muy alta, a pesar de que en el año 2020, evidentemente como consecuencia del Covid-19, tuvo el mayor descenso de la UE y pasó de 84 a 82,4 (cifra similar a la del 2012). https://www.elconfidencial.com/espana/2021-04-20/poblacion-espana-un-ano-pandemia-coronavirus_3042247/. ARROYO AMAYUELAS, E. (2019). El deterioro cognitivo en la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad. *Revista de Bioética y Derecho*, número 45, 127-147.

⁷⁵ CUADRADO PÉREZ, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad, *cit.*, 67.

⁷⁶ «Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem» (D. 1,3,17 Celsus lib. XXVI Dig).

1.5. Obligaciones y contratos

A vueltas con la interrupción de la prescripción vía reclamación extrajudicial en las acciones personales

Interruption of the prescription for out-of-court claims in personal actions

por

JOSÉ MARÍA GARCÍA RODRÍGUEZ

*Abogado y profesor doctor de Mediación Civil y Mercantil
en la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR).*

RESUMEN: El pasado 7 de octubre de 2015 entró en vigor la Ley 42/2015, la cual modificó el artículo 1964.2 del Código civil, reduciendo el plazo general de prescripción de las acciones personales de quince a cinco años. Esta modificación legal no debería tener mayor trascendencia jurídica, si no fuera porque la misma es aplicable aquellas obligaciones contractuales que, aun habiendo sido constituidas durante el régimen anterior de quince años, no se ha ejercitado ninguna acción por las mismas en los cinco años desde la entrada en vigor de la Ley 42/2015, es decir, antes del 7 de octubre de 2020, salvo que se haya interrumpido la prescripción en alguna de las formas establecidas en el artículo 1973 del Código civil. El presente artículo realiza una revisión jurisprudencial actualizada de los requisitos exigidos para que la reclamación extrajudicial del acreedor se considere un instrumento válido para interrumpir la prescripción de una acción personal.

ABSTRACT: *On 7 October 2015 Law 42/2015 entered into force, amending article 1964 section 2 of the Civil Code and reducing the general prescription term for personal actions from fifteen to five years. This legal amendment should not have great legal relevance except because it is applicable to contractual obligations, which despite being originated during the previous 15 year regulation, have not been exercised during the 5 years following Law 42/2015 entry into force. That is, before 7 October 2020, unless prescription was interrupted by way of any of the means established by article 1973 of the Civil Code. This paper makes a fresh review of court decisions so that a creditor's out-of-court claim can be considered a valid instrument to interrupt personal actions prescription term.*

PALABRAS CLAVES: Acción personal. Interrupción. Prescripción extintiva. Requerimiento extrajudicial.

KEY WORDS: *Extinctive prescription. Interruption. Out-of-court claims. Personal action.*

SUMARIO: I. IDEAS PRELIMINARES.—II. ÁMBITO DE APLICACIÓN.—III. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA.—IV. CUESTIONES FORMALES DEL REQUERIMIENTO EXTRAJUDICIAL.—V. CUESTIONES DE CONTENIDO DEL REQUERIMIENTO EXTRAJUDICIAL.—VI. *DIES AD QUEM* Y ESTADO DE ALARMA.—VII. UN CASO PARTICULAR: LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO EXTRAJUDICIAL DE INTERRUPTIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. IDEAS PRELIMINARES

El pasado 6 de octubre de 2015, se publicó en el BOE la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La disposición final primera de dicha ley reformó el artículo 1964.2 del Código civil, reduciendo el plazo para la prescripción de las acciones personales que no tengan un plazo especial de quince a cinco años.

Esta reforma ha provocado que el ejercicio de millones de derechos civiles pueda verse comprometido al haber prescrito el plazo para interponer las acciones correspondientes, ya que el artículo 1939 del mismo texto civil establece la regla de derecho transitorio para aquellas obligaciones civiles que nacieron con el anterior plazo prescriptivo, pero que son ejercitadas durante el nuevo régimen de cinco años.

La jurisprudencia ha sido clara (entre otras, cabe citar la STS de 20 de enero de 2020) al indicar que la prescripción se regirá por la Ley que estuviese vigente en el momento que se constituyó el derecho (es decir, quince años), salvo que hayan transcurrido los cinco años desde la entrada en vigor de la Ley 42/2015 sin haber interrumpido la acción, momento en el que se entenderá que la misma ha prescrito.

En otras palabras, y a partir del 7 de octubre de 2020 (plazo que ha sido ampliado hasta el 28 de diciembre de 2020, a causa de las normas aprobadas durante el estado de alarma, tal y como se explicará posteriormente), aquellas acciones personales que nacieron con el anterior régimen prescriptivo y que no han sido ejercitadas durante todo ese tiempo, estarán abocadas al fracaso procesal debido a que se entenderán las mismas prescritas.

Sin embargo, existe la posibilidad de que dicha prescripción haya quedado interrumpida y que el cómputo del plazo se haya vuelto a reanudar, si el acreedor utilizó, durante ese plazo de cinco años, alguno de los mecanismos previstos en el artículo 1973 del Código civil, que son: el ejercicio de la acción ante los Tribunales, la reclamación extrajudicial realizada al deudor y cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.

En el presente artículo, nos vamos a centrar, únicamente, en el análisis de los requisitos jurisprudenciales exigidos para que se entienda interrumpida la prescripción cuando el acreedor ha utilizado el mecanismo de la reclamación extrajudicial realizada al deudor.

Por tanto, la utilidad de este artículo es proporcionar argumentos, tanto para justificar la interrupción de la prescripción, como para oponer la misma, en las reclamaciones extrajudiciales realizadas por el acreedor.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Antes de proseguir con el estudio objeto del presente artículo, cabe recordar que la interrupción de la prescripción prevista en el artículo 1973 del Código civil vía requerimiento extrajudicial es posible tanto en las relaciones civiles como en las mercantiles.

De esta manera, la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal es una unánime al considerar que la prescripción en los contratos mercantiles puede ser interrumpida vía requerimiento extrajudicial, a pesar de que expresamente no se indique en el párrafo primero del artículo 944 del Código de Comercio.

El razonamiento al que llega el Tribunal Supremo (y que se puede apreciar en diferentes Resoluciones como la STS de 20 de febrero de 2020, la STS de 7 de febrero de 2019, y la STS de 8 de octubre de 2009) es que el contenido del artículo 1973 del Código civil prevalece al haber derogado el contenido del párrafo primero del artículo 944 de la ley mercantil. Una derogación tácita y consistente, únicamente, en permitir la posibilidad de interrumpir también la prescripción extintiva de las acciones en las relaciones mercantiles a través del mecanismo de la reclamación extrajudicial, ya que el resto del contenido del artículo 944 de la ley mercantil sigue plenamente vigente, con las diferencias que ello conlleva respecto de las reclamaciones civiles (la no interrupción en caso de desistimiento de la acción judicial interpuesta, por caducidad de instancia, etc.).

Por tanto, ya sea en las relaciones civiles, ya sea en el ámbito mercantil, las acciones objeto de interposición pueden ser interrumpidas por medio del requerimiento extrajudicial realizado al deudor.

III. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA PRESCRIPCIÓN EX-TINTIVA

La doctrina del Tribunal Supremo es unánime al considerar que la prescripción de las acciones tiene su origen en razones de seguridad jurídica, y no de estricta justicia, que, a su vez, viene justificada en la extinción de un derecho provocada por el abandono o inactividad de su titular (entre otras, la STS 2 de marzo de 2020).

Debido a que la institución de la prescripción extintiva supone la pérdida de un derecho, su aplicación por los tribunales debe ser cautelosa y restrictiva, no siendo apreciable de oficio —al contrario de lo que ocurre con la caducidad—, sino que puede ser alegada por el deudor, siempre que se den dos requisitos: el transcurso del plazo sin interrupciones y la oposición en legal forma (STS de 17 de julio de 2008). Y decimos puede, ya que cabe la renuncia a la prescripción por parte del deudor.

Es por ello que los tribunales deberán valorar la voluntad del acreedor afectado en orden a conservar su derecho objeto de extinción, para lo que se le exigirá que demuestre que manifestó su «animus conservandi» de forma clara, fehaciente y en tiempo. Asimismo, los tribunales también analizarán si la excepción de la prescripción planteada por el deudor ha sido opuesta en tiempo y forma, y no existe ningún acto por el que se deba entender que ha renunciado, expresa o tácitamente, a la misma.

Por último, solo añadir que es reiterada la jurisprudencia que considera que la interrupción de la prescripción es una cuestión de hecho, y como tal, su existencia o inexistencia solo es competencia de los juzgados de instancia (STS de

21 de julio de 2008), debiendo ser analizada como una excepción de fondo que se deberá esclarecer a lo largo del proceso (PÁRAMO, 2017, 154).

IV. CUESTIONES FORMALES DEL REQUERIMIENTO EXTRAJUDICIAL

Partiendo de estas consideraciones acerca de la institución de la prescripción extintiva, se debe señalar que la doctrina jurisprudencial es unánime al considerar que el artículo 1973 del Código civil no exige ningún requisito formal para la reclamación extrajudicial, como mecanismo para interrumpir la prescripción.

Por tanto, y en líneas generales, se puede afirmar que hay libertad de forma a la hora de realizar la reclamación extrajudicial.

Sin embargo, esta aparente libertad se puede tornar en un auténtico quebradero de cabeza, tanto para el acreedor como para el deudor, ya que puede plantear problemas de prueba —de la existencia o no de la reclamación y de su fecha— en un procedimiento judicial, debiéndose resolver dichas cuestiones fácticas, como ya se ha dicho, en las salas de instancia —lo que procesalmente puede plantear problemas de cara a ulteriores recursos—.

Para resolver las cuestiones probatorias de la validez del requerimiento efectuado por el acreedor, se pueden señalar una serie de presupuestos que, a lo largo de la historia jurisprudencial, han sido exigidos por el Tribunal Supremo para considerar si procede o no la interrupción de la prescripción.

Entre ellos, cabe recordar (STS de 10 de enero de 2011) que la exteriorización del «*animus conservandi*» del derecho del acreedor debe:

- Consistir en una manifestación inequívoca de reclamar el derecho.
- Realizarse a través de un medio hábil y de forma adecuada.
- Transcender del propio titular del derecho.
- Identificar claramente el derecho que se pretende conservar (no valdría, pues, una manifestación genérica).
- Identificar claramente la persona frente a la que se pretende hacer valer ese derecho.
- Llegar a conocimiento del deudor.

A partir de estos presupuestos mencionados, y centrándonos más en los medios utilizados que en la propia manifestación exteriorizada, la casuística es prolífica y variopinta, habiéndose admitido jurisprudencialmente, multitud de medios para interrumpir la prescripción.

A título ilustrativo, cabría señalar los siguientes instrumentos que fueron admitidos por nuestros tribunales como medios hábiles:

- Telegramas (STS de 2 de marzo de 2020).
- Carta certificada sin acuse de recibo y sin acreditación de su contenido (STS de 5 de febrero de 2019 —se admite este medio porque previamente constaban acreditadas la recepción de otras cartas con acuse de recibo y justificante de texto, las cuales fueron admitidas por el deudor, salvo la última que no tenía acuse de recibo, pero la cual no constaba devuelta).
- Meras cartas reclamando daños (STS de 11 de marzo de 2004).
- Conversaciones reconocidas entre los abogados de los litigantes en búsqueda de un acuerdo entre las partes (STS de 10 de marzo de 1983 y STS de 21 de julio de 2008).

- Reclamaciones efectuadas a través de un tercero, ya sea mandatario verbal (STS de 18 de enero de 1968 —abogado que realiza reclamación «en nombre de mis clientes»—) o con poder (STS de 27 de junio de 1969).
- Reclamación efectuada a un deudor y por este llegan a los otros deudores (STS de 22 de junio de 2020 —la reclamación solo se efectúa al promotor, pero este la pone en conocimiento del arquitecto y aparejador, quienes se dan por enterados de la misma personándose en la vivienda para observar los desperfectos denunciados por los propietarios del inmueble—).
- Intercambio de correspondencia de cartas (STS de 2 de noviembre de 2005).
- Burofax (STS de 1 de abril de 2015).

La admisión jurisprudencial de esta variedad de medios, como mecanismos para interrumpir la prescripción, vendría justificada porque no solo es necesaria la actuación del acreedor tendente a la exteriorización del «animus conservadi», sino que también es necesario probar que el deudor ha conocido la voluntad del acreedor de querer conservar el derecho concreto que le ha reclamado.

Por tanto, la acreditación de la recepción del medio utilizado por parte del deudor importa tanto como el medio en sí mismo considerado. O, dicho de otra manera, da igual el medio que se utilice siempre que se pruebe que la manifestación del acreedor de conservar su derecho ha llegado a conocimiento del deudor.

Es por ello que la doctrina del Tribunal Supremo ha admitido, por ejemplo, las simples cartas, en las que no existía fehaciencia de su contenido ni de su recepción, porque las mismas habían sido reconocidas por los deudores.

O, incluso, cuando estas comunicaciones se han hecho indirectamente, como ocurrió en la STS de 22 de junio de 2020, en la que el burofax es dirigido al promotor-responsable de la construcción, pero este se lo comunica al aparejador y al arquitecto, los cuales se personan en el inmueble para subsanar el problema constructivo. Estos actos dan muestra de que tenían conocimiento de la reclamación realizada por los propietarios, interrumpiendo la prescripción de su responsabilidad por los daños de la obra realizada.

Pero que la reclamación extrajudicial tenga naturaleza receptiva no implica que sea necesario que el deudor llegue a tener efectivamente conocimiento de la reclamación, siendo suficiente, para interrumpir la prescripción extintiva, su simple recepción.

Por esta razón, el Tribunal Supremo ha considerado probada la interrupción de la prescripción en aquellos casos en los que el requerimiento se ha dirigido al domicilio del destinatario, pero este no los ha recogido (STS de 2 de marzo de 2020).

Por último, y los efectos del cómputo del plazo, cabe recordar que la interrupción se produce desde la fecha de emisión de la reclamación y no desde la fecha de su recepción (STS 2 de marzo de 2020), y que en las acciones personales, rige la teoría de la insatisfacción o de la pretensión insatisfecha (BELTRÁ, 2017, 43), por lo que el tiempo de la prescripción debe computarse desde el momento en que el crédito reclamado quedó insatisfecho (STS de 26 de mayo de 2014).

V. CUESTIONES DE CONTENIDO DEL REQUERIMIENTO EXTRAJUDICIAL

Al margen de la casuística señalada en cuanto a los medios hábiles admitidos jurisprudencialmente, el acreedor que realice el requerimiento extrajudicial deberá atender a unos requisitos de contenido a la hora de identificar claramente el derecho que se pretende conservar, no valiendo la simple exteriorización de

la existencia de un derecho, sino que es necesario manifestar la intención de reclamar ese derecho a la persona obligada (STS de 6 de diciembre de 1969).

De esta manera, el acreedor que pretenda conservar su derecho por la vía analizada deberá, con claridad: a) precisar el derecho que está reclamando, identificando el origen del mismo, y; b) dirigirse a los deudores contra quienes reclama su derecho (STS de 10 de marzo de 1983 y STS de 1 de abril de 2015).

Es por ello que si el acreedor no puede acreditar que concretó el derecho que reclamaba en el contenido de su reclamación, lo más probable, es que los tribunales consideren que la prescripción no ha quedado interrumpida (STS de 27 de septiembre de 2007).

Un ejemplo ilustrativo de la necesidad de concreción y claridad a la hora de reclamar extrajudicialmente un derecho es la STS de 6 de febrero de 2007, en la que el tribunal rechazó la interrupción de la prescripción porque en la carta dirigida por el acreedor al deudor únicamente manifestó su deseo de llegar a un acuerdo que estimaba en una cifra global, pero sin precisar a qué derechos concretos hacía referencia (*i.e.* el reintegro de dos letras de cambio indebidamente cargadas en su cuenta corriente).

VI. *DIES AD QUEM* Y ESTADO DE ALARMA

Inicialmente, el plazo final en el cómputo del plazo prescriptivo era el 7 de octubre de 2020, es decir, cinco años después desde la entrada en vigor de la Ley 42/2015.

No obstante, y en opinión de algunos autores (ANDRADES, 2021, 1629), este plazo se habría visto ampliado en 82 días naturales debido a dos normas aprobadas durante los estados de alarma.

En concreto, se está haciendo referencia a: a) la disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, la cual declaró la suspensión de los plazos de prescripción de cualquier acción y derecho mientras que el estado de alarma, o sus sucesivas prórrogas, estuviesen vigentes, y; b) el artículo 10 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, en el que se estableció alzar la suspensión de los plazos de prescripción desde el 4 de junio de 2020.

De esta manera, la mencionada doctrina (ANDRADES, 2021, 1629) considera que, tras el alzamiento de la suspensión de los plazos prescriptivos, deben sumarse todos los días naturales que duró la suspensión (desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 3 de junio de 2020) al plazo final del cómputo de la prescripción inicialmente fijado.

A los efectos de este artículo, habría que contar 82 días naturales más al plazo final del 7 de octubre de 2020, lo que daría un nuevo *dies ad quem* prescriptivo fijado en el 28 de diciembre de 2020 (MARTÍN, 2020).

Por tanto, las acciones personales que nacieron con el anterior régimen prescriptivo de 15 años deberán haber sido ejercitadas (o interrumpidas) antes del 28 de diciembre de 2020 para no considerarse prescritas.

VII. UN CASO PARTICULAR: LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO EXTRAJUDICIAL DE INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

Desde la entrada en vigor de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, es posible interrumpir extrajudicialmente la prescripción de las acciones con la solicitud de inicio de la mediación.

Para ello, el acreedor deberá solicitar el inicio de la mediación, quedando interrumpida la prescripción desde la fecha de recepción de la misma por el mediador.

Asimismo, los plazos volverán a reanudarse si transcurridos quince días naturales a contar desde la recepción de dicha solicitud no se firmara el acta de la sesión constitutiva o, si se desiste de la mediación (*e.g.* en caso de inasistencia injustificada por uno de los mediadores —habitualmente el que ha sido llamado por la parte solicitante, que lo lógico es que sea el deudor—).

Planteada en estos términos la mediación, se puede considerar la misma como un nuevo medio hábil para interrumpir extrajudicialmente la prescripción.

Ahora bien, este nuevo mecanismo al servicio del acreedor debe ser sometido a los mismos requisitos que los tribunales han exigido para otros medios de requerimiento.

Formalmente, la mediación no plantea ningún inconveniente como medio hábil para interrumpir extrajudicialmente la prescripción, ya que se cumpliría con los requisitos exigidos, como es la constancia de que el deudor ha recibido la reclamación del acreedor en forma de intento de mediación.

Sin embargo, y en mi opinión, considero que podría surgir algún problema con el contenido de la reclamación a la hora de identificar clara y concretamente el derecho que el acreedor-solicitante quiere conservar, siendo el problema más de índole práctico que teórico, ya que tanto en la solicitud como en la convocatoria a la mediación, acreedor y mediador deberán reflejar, con meridiana claridad, a qué derecho se está haciendo referencia y qué se quiere solucionar a través de este mecanismo de resolución de conflicto, ya que en caso contrario, los tribunales podrían cuestionar la validez de la interrupción de prescripción a través de la mediación.

De esta manera, y teniendo presente lo sucedido en la STS de 6 de febrero de 2007, si en la solicitud de inicio de la mediación o en la convocatoria, se indicase alguna frase de tipo genérico «acuerdo sobre deudas pendientes» o algo similar, y posteriormente el deudor convocado, no acudiese a la mediación, podría defenderse, en sede judicial, que la solicitud de mediación no habría interrumpido la prescripción extintiva al no haberse identificado claramente el derecho que se pretendía conservar.

Es por ello que para evitar este tipo de problemas, tanto la solicitud de inicio de mediación como la convocatoria a la misma deberán cumplir los requisitos de contenido que se han mencionado en el epígrafe V.

Por otro lado, y si la solicitud de inicio de la mediación fuese realizada por el deudor —para reclamar el cumplimiento del derecho objeto de conservación— o si el deudor asistiese a la mediación convocada por el acreedor, estos actos podrían ser interpretados en un procedimiento judicial como la renuncia a la prescripción, no pudiendo ser opuesta esta excepción por el deudor, lo que a la postre, supondría la interrupción de la misma.

Para llegar a esta conclusión, bastaría con aplicar, vía analogía, el mismo criterio que tuvo la STS de 17 de julio de 2008 en la que fue desestimada la prescripción alegada por el deudor, ya que este había requerido notarialmente al acreedor para comunicarle la resolución del contrato. Este requerimiento fue interpretado por el Tribunal Supremo como el reconocimiento implícito del derecho del acreedor y, por ende, la renuncia tácita a la prescripción, lo que podría ocurrir en caso que el deudor solicitase el inicio de una mediación sobre el mismo derecho del que luego alegase estar prescrito.

VIII. CONCLUSIONES

I. Después de la revisión jurisprudencial realizada, se puede apreciar que la interrupción de la prescripción vía requerimiento extrajudicial puede ser realizada por innumerables medios, los cuales pueden ser admitidos en sede judicial siempre que se demuestre que el deudor recibió el requerimiento.

Por lo que más que un problema de forma será de prueba, ya que dependiendo del medio utilizado, será más fácil —o menos— demostrar la constancia de su recepción por parte del deudor; la fecha de su recepción y el contenido de la reclamación.

II. Pero, además, de importar el medio elegido para realizar dicha reclamación, es importante el contenido de la misma, ya que el acreedor deberá ser claro a la hora de identificar el derecho concreto que está reclamando de cara a conservar el mismo y que no se entienda prescrita la acción.

Por tanto, un requerimiento extrajudicial deberá reunir una serie de requisitos formales y de contenido para poder interrumpir la prescripción, ya que en caso contrario, se entenderá extinguido el derecho.

III. Al hilo de estas cuestiones, se ha analizado la solicitud de inicio de la mediación como mecanismo de reclamación extrajudicial para interrumpir la prescripción, concluyendo que, si bien es cierto que formalmente no presenta ningún problema, su contenido puede plantear algún inconveniente, debido a que no se exprese con claridad el derecho objeto de conservación por parte del deudor.

Por lo que si se quiere utilizar la mediación para interrumpir la prescripción, tanto el acreedor como el mediador —como potencial responsable de una posible reclamación por parte del acreedor por no haber convocado correctamente al deudor y haber sido estimada la prescripción— deberán ser meticulosos a la hora de definir el objeto del conflicto que se deberá indicar en la solicitud y/o en la convocatoria.

IV. Como se puede apreciar, la reclamación extrajudicial como instrumento para interrumpir la prescripción es un mecanismo válido pero no exento de suspicacias, que en un proceso judicial podrán ser alegadas, tanto por la parte actora como la demandada, con el fin de hacer valer o no la prescripción.

Parece sensato pensar que en los próximos meses, los tribunales tengan que pronunciarse sobre estas cuestiones aquí analizadas, a la vista de que muchos acreedores interpusieron reclamaciones extrajudiciales para interrumpir la prescripción y así seguir disponiendo del plazo de quince años del régimen anterior. La cuestión a esclarecer es si será válida o no dicha interrupción realizada.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS núm. 331/2020, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 22 de junio de 2020 (ROJ: STS 1999/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1999). Recuperado el 14 de junio de 2021.
- STS núm. 142/2020, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 2 de marzo de 2020 (Roj: STS 702/2020 - ECLI:ES:TS:2020:702). Recuperado el 14 de junio de 2021.
- STS núm. 119/2020, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 20 de febrero de 2020 (STS 502/2020 - ECLI:ES:TS:2020:502). Recuperado el 14 de junio de 2021.

- STS núm. 29/2020, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 20 de enero de 2020 (Roj: STS 21/2020 - ECLI:ES:TS:2020:21). Recuperado el 14 de junio de 2021.
- STS núm. 79/2019, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 7 de febrero de 2019 (STS 339/2019 - ECLI:ES:TS:2019:339). Recuperado el 14 de junio de 2021.
- STS núm. 74/2019, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 5 de febrero de 2019 (Roj: STS 342/2019 - ECLI:ES:TS:2019:342). Recuperado el 14 de junio de 2021.
- STS núm. 163/2015, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 1 de abril de 2015 (ROJ: STS 2212/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2212). Recuperado el 14 de junio de 2021.
- STS núm. 248/2014, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 26 de mayo de 2014 (Roj: STS 2036/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2036). Recuperado el 14 de junio de 2021.
- STS núm. 972/2011, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 10 de enero de 2012 (Roj: STS 608/2012 - ECLI:ES:TS:2012:608). Recuperado el 14 de junio de 2021.
- STS núm. 630/2009, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 8 de octubre de 2009 (STS 5972/2009 - ECLI:ES:TS:2009:5972). Recuperado el 14 de junio de 2021.
- STS núm. 746/2008, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 21 de julio de 2008 (Roj: STS 4332/2008 - ECLI:ES:TS:2008:4332). Recuperado el 14 de junio de 2021.
- STS núm. 728/2008, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 17 de julio de 2008 (Roj: STS 3954/2008 - ECLI:ES:TS:2008:3954). Recuperado el 14 de junio de 2021.
- STS núm. 1037/2007, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 27 de septiembre de 2007 (ROJ: STS 5988/2007 - ECLI:ES:TS:2007:5988). Recuperado el 14 de junio de 2021.
- STS núm. 136/2007, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 6 de febrero de 2007 (ROJ: STS 433/2007 - ECLI:ES:TS:2007:433). Recuperado el 14 de junio de 2021.
- STS núm. 877/2005, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 2 de noviembre de 2005 (ROJ: STS 6676/2005 - ECLI:ES:TS:2005:6676). Recuperado el 14 de junio de 2021.
- STS núm. 172/2004, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 11 de marzo de 2004 (Roj: STS 1684/2004 - ECLI:ES:TS:2004:1684). Recuperado el 14 de junio de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 10 de marzo de 1983 (Roj: STS 64/1983 - ECLI:ES:TS:1983:64). Recuperado el 14 de junio de 2021.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRADES, A. (2021): Suspensión de la prescripción adquisitiva durante la vigencia del estado de alarma. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 785, 1607-1640.
- BELTRÁ, C. (2017): Comentario a la STS de 25 de enero de 2017. *Revista CEFLEGAL, Revista práctica de derecho*, núm. 196, 41-46.
- MARTÍN, A. (2020): Cómputo de plazos de prescripción y caducidad del Código civil después del Covid-19. *Revista Notarios y Registradores* [En línea], disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/utilidades/computo-plazos-prescripcion-y-caducidad-codigo-civil-tras-covid-19/>
- PÁRAMO, C. (2017): Prescripción extintiva de acciones. Interrupción por ejercicio de la acción; nulidad por falta de competencia objetiva. *Revista CEFLEGAL, Revista práctica de derecho*, núm. 192, 151-158.

BOE:

- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627>. Recuperado el 14 de junio de 2021.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código civil. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&p=20210605&tn=1#art1973>. Recuperado el 14 de junio de 2021.
- Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-9112>. Recuperado el 14 de junio de 2021.
- Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-10727>. Recuperado el 14 de junio de 2021.
- Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-3692>. Recuperado el 14 de junio de 2021.
- Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5243>. Recuperado el 14 de junio de 2021.

1.5. Obligaciones y contratos

El valor del silencio como consentimiento contractual

The value of silence as contractual consent

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO

*Profesora Doctora de Derecho civil (acred. Prof. titular)
Universidad de La Rioja*

RESUMEN: En principio, el que calla nada dice ni ninguna voluntad manifiesta. Por ello, quien se mantiene en silencio ante una determinada propuesta contractual efectuada de contrario, *a priori*, no acepta esa propuesta. Sin embargo, partiendo de que no siempre la aceptación tiene que ser expresa, la jurisprudencia ha elaborado y consolidado una doctrina que, con la debida cautela, interpretando y valorando el caso concreto y siempre bajo determinadas circunstancias, presupuestos y condiciones, a ese silencio de una parte se le puede atribuir un valor de declaración de voluntad de aceptación de la propuesta de la otra parte. En este trabajo se analiza y comenta esta doctrina: su fundamento, requisitos y ciertas particularidades en supuestos como el de la renuncia de derechos.

ABSTRACT: *The one who is silent says nothing or any manifest will. Therefore, whoever remains silent in the face of a certain contractual proposal made to the contrary, a priori, does not accept that proposal. However, based on the fact that acceptance does not always have to be express, jurisprudence has developed and consolidated a doctrine that, with due caution, interpreting and evaluating the specific case and always under certain circumstances, assumptions and conditions, to that silence of one party can be attributed a declaration of willingness to accept the other party's proposal. This work analyzes and comments on this doctrine: its foundation, requirements and certain particularities in cases such as the waiver of rights.*

PALABRAS CLAVE: Consentimiento expreso. Consentimiento tácito. Contrato. Declaración de voluntad. Interpretación contractual. Silencio.

KEY WORDS: *Express consent. Tacit consent. Contract. Declaration of will. Contractual interpretation. Silence.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL Y PERFECCIÓN DEL CONTRATO: DECLARACIONES DE VOLUNTAD EXPRESAS Y TÁCITAS.—III. EL SILENCIO COMO CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL: 1. EL SILENCIO COMO ACEPTACIÓN: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. 2. EL SILENCIO EN

CASO DE RENUNCIA DE DERECHOS: LA STS NÚM. 471/2021, DE 29 DE JUNIO. 3. EL SILENCIO COMO ACEPTACIÓN EN CASOS PARTICULARES: BREVE REFERENCIA.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.

I. PLANTEAMIENTO

Una regla general básica y lógica es que el que nada dice, nada manifiesta y por lo tanto ninguna voluntad declara, a nada se compromete y nada asume. Esto es así con carácter general, pues de lo contrario, atribuir automáticamente al silencio o a la pasividad de una persona una consecuencia positiva (como sería la aceptación de la oferta contractual contraria) supondría una injerencia injustificada en el ámbito de la autonomía de la libertad privada, la libre decisión y la esfera personal de esa persona silente, y también generaría una grave inseguridad jurídica.

Sin embargo, en ocasiones, atendidas ciertas circunstancias, la doctrina y la jurisprudencia consideran que al silencio debe reconocérsele cierto valor jurídico, atribuyéndole en tales casos un efecto de aceptación y de consentimiento tácito respuesta a una oferta o acto emitido por la parte contraria de la relación jurídica existente o que se pretende establecer.

Para dotar al silencio de tal valor de aceptación o consentimiento tácito la jurisprudencia ha señalado ciertos requisitos, que serán analizados en este trabajo.

Ahora bien, con carácter previo se procederá a examinar los principios y normas que rigen con respecto al consentimiento contractual y las declaraciones de voluntad para así enmarcar oportunamente el contexto en que se puede desenvolver una posible calificación de un silencio como consentimiento tácito.

II. CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL Y PERFECCIÓN DEL CONTRATO: DECLARACIONES DE VOLUNTAD EXPRESAS Y TÁCITAS

Como ya advierte el artículo 1261 del Código civil el consentimiento es un elemento esencial del contrato. Y en relación con este consentimiento dos preceptos relevantes que marcan el punto de partida de su análisis jurídico son los artículos 1258 y 1262 del Código civil. Por un lado, el artículo 1262 del Código civil, en su primer inciso, señala: «El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato». Por otro lado, el artículo 1258 del Código civil advierte que «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

Por tanto, es a partir del consentimiento que el contrato se perfecciona y entonces obliga y vincula a las dos partes. Ese consentimiento para que pueda entenderse vinculante deberá ser emitido de forma libre, consciente y voluntaria por cada sujeto. En el ámbito contractual por su propia naturaleza el consentimiento surge de la pluralidad de sujetos concurrentes (uno o más) en cada una de las partes contractuales o de la relación jurídica obligatoria a constituir. Si no hay concurrencia de voluntades de ambas partes contratantes con relación al objeto y causa del contrato no puede hablarse de consentimiento, ni por tanto de vinculación entre las partes ni perfección del contrato; este no surtirá efectos obligatorios entre las partes.

Debe tenerse en cuenta que en nuestro ordenamiento rige, además del principio de autonomía de la libre voluntad contractual (con los límites marcados por la ley, la moral y el orden público: art. 1255 CC), el principio de libertad de forma (art. 1278 CC), por lo que, salvo determinados supuestos excepcionales configurados como solemnes por requerir la adopción de una forma concreta para reputarse válidos, perfeccionados y vinculantes (normalmente por escrito, y en algunas ocasiones también, en escritura o documento público), los contratos no exigen en general que se celebren bajo una forma determinada. Esta libertad de forma encuentra reflejo también en el consentimiento contractual, pues ese consentimiento, como declaración de voluntad de cada sujeto o parte contratante, puede ser emitido de forma expresa o tácita; esto determina que la aceptación de una oferta contractual podrá ser emitida de distintas formas a elección del aceptante, salvo que se trate de un contrato solemne, con exigencias formales para su validez, ya sean impuestas legalmente ya impuestas por las propias partes contratantes.

El artículo 1262 del Código civil a la hora de regular la perfección del contrato por el consentimiento (concurso de oferta y aceptación) en ningún momento exige que la aceptación sea expresa (STS núm. 507/2019, de 1 de octubre); ni siquiera cuando atiende a los supuestos de contratación entre partes ausentes o distantes, o en los casos de contratación por medios automáticos: «Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación».

El consentimiento expreso no plantea muchos problemas: implica la exteriorización directa por escrito o verbalmente de la voluntad de una de las partes aceptando la oferta contractual de la otra parte contratante (cfr. art. 1262 CC). Ciertamente pueden surgir problemas en cuanto a concurrencia de vicios de consentimiento (error, dolo, violencia e intimidación: cfr. art. 1265 CC) o alguna discordancia entre la voluntad declarada y manifestada (como los supuestos de simulación y error obstativo), pero no hay duda de que hay una respuesta clara ante la oferta de la otra parte: hay una declaración de voluntad manifestada, pues se ha exteriorizado expresamente (de modo directo, patente y claro).

Pero junto al consentimiento expreso también se ha reconocido la eficacia de la voluntad declarada, no por escrito ni verbalmente, sino a través de actos o hechos concluyentes (*facta concludentia*) de una de las partes; actos de los cuales se deduce que hay una voluntad efectiva de esa parte en relación con la oferta contractual de la otra parte. En este caso la exteriorización de esa voluntad se hace a través de esos hechos concluyentes (actos positivos, no simple inacción, en principio, a salvo lo que luego se señalará sobre el valor del silencio), y no por la vía de la palabra o por escrito, como sucede con las declaraciones de voluntad expresas.

Conforme señala la STS núm. 507/2019, de 1 de octubre, «consentimiento tácito es el que deriva de actos concluyentes que, sin consistir en una expresa manifestación de voluntad, permiten reconocerla indubitadamente. Así, la Sentencia 257/1986, de 28 de abril, indicó que: “[l]a declaración de voluntad generadora del negocio jurídico no es necesario que sea explícita y directa, pero es imprescindible que la tácita se derive de actos inequívocos que la revelen sin que quepa atribuirle otro significado, cuya valoración corresponde al arbitrio de los Tribunales según las circunstancias que concurren en cada caso”».

La aceptación tácita debe resultar de actos positivos inequívocos que permitan acreditar y demostrar de modo seguro que esa es la voluntad del sujeto, sin dudas de interpretación; del comportamiento del sujeto debe resultar implícito el consentimiento y aquiescencia hacia una determinada oferta, modificación o situación.

Ya la STS núm. 119/2008, de 21 de febrero, señaló: «La doctrina científica distingue las declaraciones de voluntad negociales que tienen lugar de forma expresa, y explícita (por signos verbales, escritos, o gestuales —*nutus*—, reconocidos apropiados a tal fin), de aquellas que se derivan, bien de situaciones en las que se realizaron actos no dirigidos directamente a expresar la voluntad, pero que la presuponen o cabe presumirla, dada la univocidad de los mismos, en cuyo caso se habla de declaraciones de voluntad “mediatas”, “indirectas” o por hechos concluyentes (*facta concludentia*), pudiendo consistir en manifestaciones o declaraciones que no expresan de modo inmediato una determinada voluntad de producir el efecto jurídico que se le atribuye, o en meros “actos reales”, o bien de una situación, única, de “no hacer”, es decir, una forma de omisión consistente en la postura totalmente pasiva de callar. Respecto de este supuesto, que es el que aquí nos interesa, aunque no hay unanimidad doctrinal, sin embargo, el criterio mayoritario estima que, frente a la regla de que el que calla no dice nada (*neque afirma, neque negat, neque utique fatetur*), cabe, en determinadas situaciones, atribuirle el carácter de declaración jurídico-negocial».

Y es que precisamente el problema se ha planteado cuando el sujeto al que se le hace una oferta contractual, o se le plantea una modificación de contrato ya vigente o algún tipo de propuesta con respecto a una relación jurídica existente o que se pretende constituir, pese a la comunicación de tal oferta y tener conocimiento de ella, permanece en silencio; un silencio que puede prolongarse durante cierto tiempo de modo que surjan dudas sobre la efectiva aceptación de la situación o no, siendo por ello oportuno marcar unos criterios que permitan poner fin a esa incertidumbre. A este respecto la doctrina y la jurisprudencia han planteado la posible eficacia y valor del silencio como consentimiento y aceptación de la propuesta efectuada de contrario, pero siempre que concurren ciertos requisitos y bajo el estudio e interpretación de cada caso por los tribunales. Valoración de los tribunales que debe realizarse con la debida cautela pues tampoco podría tolerarse, por seguridad jurídica, injerencias indiscriminadas en la esfera y autonomía personal de las personas de decidir sobre sus relaciones jurídicas, atribuyendo automáticamente al silencio el valor de aceptación.

Veamos a continuación cuáles son esos requisitos o presupuestos y cómo se articularía jurídicamente esa eficacia del silencio en el marco de la perfección del contrato, de la modificación contractual o de la consolidación de una situación o relación jurídica.

III. EL SILENCIO COMO CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL

1. EL SILENCIO COMO ACEPTACIÓN: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La inactividad del sujeto o su silencio no permite *a priori* y por su propia naturaleza deducir una voluntad, porque no se ha manifestado ni declarado nada.

El Tribunal Supremo ha incidido en muchas ocasiones en esa especial y excepcional caracterización del silencio en el marco de la perfección del contrato o la modificación de un negocio jurídico. Como ya ha advertido en muchas resolu-

ciones (entre otras, SSTS núm. 135/2012, de 29 de febrero, núm. 171/2013, de 6 de marzo, y núm. 540/2016, de 14 de septiembre), el conocimiento no equivale a consentimiento como exteriorización de una voluntad, ni el silencio supone una declaración genérica en la que se pueda encontrar justificación para no obtener los consentimientos legalmente exigidos, de modo que debe distinguirse oportunamente el consentimiento tácito del silencio con efectos de consentimiento. Señala nuestro Alto Tribunal que «aunque [el silencio] no puede ser indiferente para el Derecho, corresponde estar a los hechos concretos para decidir si cabe ser apreciado como consentimiento tácito, es decir, como manifestación de una determinada voluntad, de manera que el problema no está en decidir si puede ser expresión de consentimiento, sino en determinar bajo qué condiciones debe aquel ser interpretado como tácita manifestación de ese consentimiento» (STS núm. 540/2016, de 14 de septiembre).

Por tanto, debe estarse a los hechos concretos, que deben ser interpretados por el juzgador para concluir si debe darse o no al silencio valor de consentimiento, es decir, apreciar que, pese al silencio, existe realmente una declaración negocial. Una interpretación que el Tribunal Supremo enmarca dentro de los principios de la buena fe y lealtad negocial o contractual, así como en cierta medida, como se verá a continuación, en relación con la doctrina de los actos propios y la prohibición del abuso del derecho.

Para apoyar esa labor interpretativa el Tribunal Supremo ha sentado doctrina consolidada en cuanto a la exigencia de la concurrencia de una serie de condiciones, requisitos o circunstancias para poder apreciar, y siempre con la debida cautela, que de un silencio se pueda concluir una declaración de voluntad aceptando la propuesta u oferta emitida de contrario: silencio que ya la STS núm. 119/2008, de 21 de febrero, califica entonces como «silencio elocuente».

La STS núm. 507/2019, de 1 de octubre, con referencia a anterior doctrina jurisprudencial y a la STS núm. 483/2004, de 9 de junio, advirtió que para que el silencio tenga relevancia a efectos de consentimiento, requiere la concurrencia de dos factores:

a) En primer lugar, un presupuesto o requisito de carácter subjetivo: se exige que el sujeto que guarda silencio (silente) tenga conocimiento de los hechos que motivan la posibilidad de contestación; es decir, que tenga conocimiento de esa oferta contractual, o esa propuesta de modificación contractual o, en definitiva, la nueva situación jurídica que se le plantea y propone por otro sujeto de contrario.

b) El segundo requisito es de carácter objetivo: se exige que el silente tenga obligación de contestar, o, cuando menos, fuera natural y normal que manifestase su disenso, si no quería aprobar los hechos o propuestas de la otra parte. Es en este requisito donde se ha incidido por nuestra jurisprudencia en distintas resoluciones consolidando una doctrina, en los términos que se detallarán a continuación.

Ya en las SSTS núm. 135/2012, de 29 de febrero, y núm. 171/2013, de 6 de marzo, se advierte que en estas situaciones deben valorarse las relaciones preexistentes entre las partes, los usos generales del tráfico y los usos individuales entre las partes, la conducta o comportamiento de estas y las circunstancias que preceden y acompañan al silencio susceptible de ser interpretado como asentimiento.

De este modo, si entre las partes existe una relación jurídica ya previamente y en el marco de esa relación una de las partes lleva a cabo un concreto acto, al que se espera por lógica y coherencia que debiera seguirle la respuesta de la

otra parte (bien aceptando ese acto o rechazándolo), si esa otra parte permanece en silencio, pudiendo y debiendo manifestarse de alguna forma, se debe entender, según nuestro Tribunal Supremo, en aras de la buena fe, que ese sujeto ha consentido el acto de la parte contraria, pues de lo contrario debería haber manifestado su disconformidad y así evitar que esa otra parte se formase una convicción equivocada con respecto a ese silencio adoptado, causándole algún daño a sus intereses o patrimonio (entre otras, SSTS núm. 842/2004, de 15 de julio, núm. 799/2006, de 20 de julio, núm. 119/2008, de 21 de febrero, núm. 772/2009, de 7 de diciembre, núm. 848/2010, de 27 de diciembre, núm. 171/2013, de 6 de marzo, y núm. 507/2019, de 1 de octubre).

Se entenderá que hay consentimiento cuando exista un deber legal de responder, o una obligación convencionalmente prevista de responder o cuando de acuerdo con los usos generales del tráfico y la buena fe se entienda que lo normal y natural hubiera sido responder a ese hecho, acto o propuesta de la otra parte, de modo que al no hacerlo se provoca en la otra parte la lógica creencia de que se aceptaba: «El silencio tiene la significación jurídica de consentimiento o de conformidad cuando se puede y debe hablar (*qui siluit quum loqui et debuit et potuit consentire videtur*) y hay obligación de responder cuando entre las partes existe una relación de negocios, así como cuando resulta lo normal y natural conforme a los usos generales del tráfico y la buena fe. Y es que, en tales supuestos, con la comunicación de la discrepancia, se evita que la otra parte pueda formarse una convicción equivocada, derivada del silencio del otro, con daño para su patrimonio» (*vid.*, SSTS núm. 772/2009, de 7 de diciembre, núm. 507/2019, de 1 de octubre). Como señala la reciente STS núm. 471/2021, de 29 de junio: «Esta doctrina jurisprudencial, por tanto, admite el posible efecto jurídico del silencio como declaración de voluntad en los casos en que sea aplicable la regla de que el que calla “podía” y “debía” hablar, y entiende que existe ese deber cuando viene exigido, no solo por una norma positiva o contractual, sino también “por las exigencias de la buena fe o los usos generales del tráfico, o, habiendo relaciones de negocios, el curso normal y natural de los mismos exíjan responder de modo que al no hacerlo se provoca en el ‘destinatario’ la lógica creencia de que se aceptaba”».

Como puede observarse, en el marco de esta valoración (que corresponde hacerla al juzgador de instancia, pudiendo ser controlado por el tribunal de casación: STS núm. 119/2008, de 21 de febrero¹) se están acogiendo como pautas interpretativas fundamentalmente los principios de lealtad y buena fe negocial: «se toman como pautas interpretativas los estándares jurídicos de la lealtad y la buena fe, el comportamiento justo y honrado, y se acomoda la respuesta al principio del “*quod plerumque accidit*” o “*quod plerisque contingit*”, en relación con las conductas observadas y observables en el tráfico negocial» (STS núm. 119/2008, de 21 de febrero).

Pero también se atiende a la doctrina de los actos propios en cuanto generadores de expectativas o confianza en que, con ese silencio y falta de declaración de su disconformidad, realmente lo que estaba es aceptando lo propuesto de contrario. Esta doctrina de los actos propios encuentra su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables; responde a la necesidad de proteger la confianza legítima creada por la apariencia derivada del comportamiento de una de las partes, que induce a la otra a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado; impone un comportamiento futuro coherente a quien en un determi-

nado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia (STS núm. 1/2009, de 28 de enero y las que en ella se citan). «Por eso se exige que tales actos constituyan la expresión inequívoca del consentimiento y que no haya ningún margen de error por haber actuado el sujeto con plena conciencia para producir o modificar un derecho» (STS núm. 301/2016, de 5 de mayo). El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SSTS de 7 de diciembre de 2010, 9 de diciembre de 2010, 25 de febrero 2013). «Significa, en definitiva, que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real» (STS núm. 556/2013, de 4 de octubre). Para que sea aplicable esa exigencia jurídica «se hace necesaria la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión posterior, pero, también, que la primera sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica, puesto que la justificación de esta doctrina se encuentra en la protección de la confianza que tal conducta previa generó, fundadamente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la actuación futura (Sentencias núm. 552/2008, de 17 de junio, 119/2013, de 12 de marzo, y 649/2014, de 13 de enero de 2015)» (SSTS núm. 301/2016, de 5 de mayo).

Ahora bien, el Tribunal Supremo en su STS núm. 471/2021, de 29 de junio, apunta también que «para que el destinatario pueda invocar su confianza en la existencia de tal declaración de voluntad con eficacia jurídica es presupuesto necesario, asimismo, que el silencio resulte “elocuente”»². Una «elocuencia» a la que también se alude en la STS núm. 119/2008, de 21 de febrero, y que viene a exigir que el consentimiento tácito resulte de actos inequívocos que demuestren con seguridad que la voluntad del sujeto es de aceptación. Como se puede observar, se vincula de nuevo estrechamente esa generación de confianza con los actos del sujeto silente previos y coetáneos a esa situación, como elementos que deben ser alcanzados por la labor interpretativa del tribunal juzgador, de cara a poder atribuir valor de aceptación o consentimiento tácito al mero silencio. Y una «elocuencia» que se acoge por el Tribunal Supremo como requisito cualificado en situaciones especiales como aquellas en las que el reconocer valor de aceptación a ese silencio determinaría una renuncia de derechos por el sujeto silente: así lo advierte la STS núm. 471/2021, de 29 de junio, en un supuesto que se analizará a continuación en el siguiente apartado de este trabajo.

Pero antes es preciso concluir sobre la doctrina jurisprudencial acerca del valor del silencio. Cabría considerar realmente que, más que su consideración como consentimiento tácito, habría que entender más bien que, pese al silencio y por ello mismo, al que calla se le atribuye una declaración de voluntad de aceptación, con base en lo antedicho de que lo esperado, oportuno, natural, coherente o lógico (atendiendo a la buena fe, lealtad negocial, doctrina de los actos propios, norma positiva o convencional o usos generales del tráfico) era que respondería rechazando esa propuesta en caso de haberlo querido así; al no manifestarlo y callar esa disconformidad o rechazo, pudiendo y debiendo haberlo manifestado, lo que nuestra jurisprudencia hace es atribuirle directamente la voluntad positiva de aceptación para que así la relación jurídica siga surtiendo efectos sin el peso de una incertidumbre fruto de la desidia del silente.

Esto determina precisamente que, una vez atribuido ese valor de aceptación (a partir de una interpretación judicial del contrato o negocio jurídico y valoración por el tribunal de las circunstancias y actos de las partes) ese negocio, contrato, modificación o relación jurídica produce los efectos propios del contrato perfeccionado, obligando a ambas partes; y, por eso, si el silente no cumple con lo previsto en el mismo, se entiende que incumple y surge su responsabilidad contractual. Una vez atribuido ese valor de aceptación por el juzgador, el acto posterior del silente de no atender a la oferta o modificación contractual propuesta, sin haber manifestado su oposición (pudiendo y debiendo haberlo hecho), no puede considerarse como una falta de consentimiento sino como un incumplimiento: «No se trata de que la Audiencia Provincial se haya apartado de los criterios de interpretación de los contratos establecidos en los artículos 1281 y 1282 del Código civil, sino que lo que hace, correctamente, es otorgar valor a la falta de oposición del recurrente a las modificaciones contractuales propuestas por la Caja. Y como hemos dicho, que el recurrente, pese a esa falta de oposición, no respetara tales modificaciones, no supone que no consintiera, sino que incumplió lo previamente consentido» (STS núm. 507/2019, de 1 de octubre).

2. EL SILENCIO EN CASO DE RENUNCIA DE DERECHOS: LA STS NÚM. 471/2021, DE 29 DE JUNIO

El Tribunal Supremo en la STS núm. 471/2021, de 29 de junio, aplicó a un caso concreto la doctrina jurisprudencial consolidada y que se acaba de comentar del valor del silencio como aceptación, si bien advirtiendo de la necesidad de ser especialmente cauteloso con esta doctrina en aquellos casos en los que de considerarse el silencio como manifestación de una declaración de voluntad, ello supondría una renuncia de derechos por el sujeto silente. Tal especial circunstancia y consecuencia, según advierte nuestro Alto Tribunal, impone hacer una valoración más estricta del caso y las circunstancias y rechazar una atribución de efectos positivos a ese silencio cuando no existan claramente actos inequívocos y «elocuentes» de que la voluntad del sujeto efectivamente sea aceptar la propuesta hecha de contrario y renunciar a un derecho anterior sin indemnización.

El punto de partida es la también doctrina consolidada jurisprudencialmente en cuanto a la renuncia de derechos. Entre otras, la STS núm. 57/2016, de 12 de febrero, señaló que «la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos».

En el caso objeto de esta resolución existía un contrato de mantenimiento de dos ascensores entre una empresa prestadora de tal servicio y una sociedad municipal, desde el 1 de octubre de 2008, por diez años de duración y con prórrogas tácitas por el mismo periodo decenal. En dicho contrato se preveía, entre otras cláusulas, que si alguna de las partes rescindía unilateralmente el contrato «la parte que rescinda indemnizará a la otra parte, con un importe equivalente a las cuotas pendientes hasta el vencimiento del contrato, tomando como base el importe de la última cuota facturada». En diciembre de 2017 la sociedad municipal comunicó a la parte prestadora del servicio su intención de rescindir el contrato, pero simultáneamente le solicitaba presupuesto para el mantenimiento de todos los ascensores (doce, incluidos los dos que originariamente se preveían

en el contrato de 2008) señalando expresamente que tal presupuesto se solicitaba «en aras de seguir manteniendo relación comercial con su compañía».

En enero de 2013 la empresa prestadora del servicio de mantenimiento emitió el presupuesto solicitado; y un mes después la sociedad municipal rechazó ese presupuesto y se ratificó en su voluntad de rescindir el contrato a partir del 30 de mayo de 2013.

Efectuada la resolución anticipada del contrato, en junio de 2013 la prestadora del servicio denunció tal resolución y reclamó, primero extrajudicialmente y luego ya judicialmente, a la sociedad municipal la indemnización prevista en la cláusula penal del contrato, antes descrita.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y consideró que efectivamente hubo una resolución unilateral y procedía la indemnización pedida, considerando que no puede considerarse causa de la resolución la no aceptación del presupuesto emitido por la empresa de ascensores. Recurrida esta resolución, la Audiencia Provincial consideró que no hubo resolución unilateral injustificada del contrato, sino una resolución de mutuo acuerdo pues la resolución comunicada por la sociedad municipal fue aceptada y consentida por la empresa de ascensores, pues ante esa comunicación nada objetó ni opuso respecto a la exigibilidad y continuidad del contrato, sino que presentó una oferta y presupuesto para el mantenimiento de todos los ascensores con una rebaja considerable, y solo cuando fue rechazada esa oferta es cuando manifestó su oposición a la resolución del contrato; entendió la Audiencia Provincial que hubo un consentimiento y aceptación tácita de la empresa de ascensores a esa resolución «mediante actos propios que de forma clara e inequívoca así lo pusieron de manifiesto, pues no otra cosa [no] cabe colegir de su prolongado silencio, falta de oposición, queja o reclamación desde que recibiera esa primera comunicación por la que se le anunciaba la rescisión anticipada del contrato y de su participación sin reservas e incondicionada optando a un nuevo y unificado contrato de mantenimiento de todos los ascensores de la demandada, entre los que se incluían los dos del contrato de litis y ofertando a tal efecto un nuevo y rebajado precio por ascensor».

Recurrida en casación, el Tribunal Supremo advierte, en contra de lo indicado por la Audiencia, que la aceptación de esa resolución implica la renuncia al derecho a obtener la indemnización prevista en el contrato, de modo que se debe ser muy cauteloso a la hora de atribuir un valor de aceptación tácita a un silencio.

Considera el Tribunal Supremo en este caso que de la falta de manifestación expresa de oposición por parte de la empresa prestadora del servicio de mantenimiento a la comunicación de la sociedad municipal de su intención de resolver anticipadamente el contrato no cabe deducir la conformidad de aquella empresa con esta resolución «en el sentido, no ya de oponerse a una resolución anticipada y unilateral que estaba expresamente prevista como facultad de ambas partes en el contrato, sino de renuncia a los derechos de indemnización que el mismo contrato preveía para ese caso en una cláusula penal». Considera este Tribunal que no cabe interpretar que existió una voluntad, tácitamente manifestada, de aceptar esa resolución anticipada sin indemnización (en concreto la pactada en la cláusula penal del contrato) por varios motivos:

a) La sociedad municipal junto con la comunicación de la resolución del contrato invitó simultáneamente a la empresa de ascensores a presentar un presupuesto que suponía ampliar el objeto de la relación contractual ya existente y con ello continuar con la relación entre ambas partes.

b) En tal contexto, la presentación de ese presupuesto determina realmente una manifestación de voluntad de la empresa prestadora del servicio de querer mantener y ampliar la relación; en modo alguno puede considerarse que ponga de manifiesto su voluntad de extinguir anticipadamente ese contrato.

c) No cabe apreciar ninguna voluntad de novar el contrato existente «en el sentido de anticipar la fecha de su vencimiento, acortando notablemente el plazo de la duración pactada; y menos de renuncia a la indemnización contractualmente pactada para el caso de desistimiento unilateral».

d) La presentación de ese presupuesto y el hecho de que continuase con la prestación del servicio, son actos coetáneos a ese silencio al que pretende atribuirse el valor de aceptación tácita de la resolución anticipada y renuncia a la indemnización. Y esos actos coetáneos precisamente evidencian una voluntad contraria a esa aceptación.

e) En definitiva, el Tribunal Supremo considera en este caso que, atendido el contexto, «no concurren las circunstancias requeridas por la jurisprudencia para exigir una contestación (*et debuit*), con el efecto jurídico de declaración de voluntad afirmativa en caso de falta de respuesta, pues no cabe entender que [la empresa prestadora del servicio] pudiera tener conciencia de que la falta de oposición expresa a la intención resolutoria comunicada implicaba la aceptación de tal resolución con renuncia a la indemnización pactada. Falta por completo en tal silencio la exigencia jurisprudencial de actos concluyentes, claros e inequívocos».

Insiste fundamentalmente nuestro Alto Tribunal en que es necesario que esa voluntad asociada al silencio sea inequívoca, clara, sin admisión de dudas. Se viene a exigir que el consentimiento tácito ligado al silencio resulte efectivamente de actos inequívocos que demuestren con seguridad que la voluntad del sujeto es de aceptación.

En sentido similar, advirtiendo de la mayor cautela en la aplicación de esta doctrina que exige aquel supuesto en el que las consecuencias de la atribución del valor de aceptación tácita al silencio implican una renuncia de derechos, ya se pronunció el Tribunal Supremo en la STS núm. 597/2011, de 20 de julio, con respecto a una relación de arrendamiento de un inmueble en el que en un momento dado el arrendatario comunica al arrendador su intención de abandonar el inmueble y entregarle las llaves; el silencio del arrendador tras recibir esa comunicación, según el Tribunal Supremo no puede servir como fundamento para considerar que el arrendador consintió esa resolución del contrato de arrendamiento y «menos aún, que actuase contra sus propios actos al ejercitar la acción tendente a reclamar la indemnización que le corresponde de conformidad con el contrato suscrito».

Por tanto, cabe concluir que la renuncia de derechos exige que esta venga apoyada en actos clara e inequívocamente expresivos de tal renuncia; y esta premisa debe aplicarse también en el marco de esta doctrina del silencio con valor de aceptación.

3. EL SILENCIO COMO ACEPTACIÓN EN CASOS PARTICULARES: BREVE REFERENCIA

Sin perjuicio de que siempre habrá que valorar cada caso y aplicar esa doctrina indicada sobre el silencio con valor de aceptación atendidas las circunstancias concretas concurrentes, entre las distintas resoluciones dictadas cabe observar cómo es frecuente la aplicación de esta doctrina con respecto a ciertos supuestos

que tienen como denominador común la existencia de una relación continua previa entre las partes afectadas:

a) En casos de obras en edificios en régimen de propiedad horizontal que supongan alguna alteración en elementos comunes, con respecto a la consideración de aceptación tácita de la comunidad de propietarios afectada. Una aceptación basada en la inactividad de la comunidad de propietarios en su conjunto, como entidad, y de los distintos propietarios miembros de la comunidad, pese a conocer y ser conscientes de la realización de las obras que legalmente hubieran exigido la unanimidad de todos los propietarios, manteniendo un continuo silencio durante largo tiempo, que puede considerarse «aquiescente» de alguna forma; y a partir de ahí, reconociendo esa aceptación tácita de la comunidad a las obras, se lleva a declarar la licitud de esas obras realizadas. Es el caso por ejemplo de, entre otras, las SSTS núm. 993/2008, de 5 de noviembre, núm. 564/2009, de 16 de julio, núm. 808/2010, de 26 de noviembre, núm. 465/2011, de 5 de julio, núm. 135/2012, de 29 de febrero, núm. 171/2013, de 6 de marzo, núm. 556/2013, de 4 de octubre, y núm. 617/2013, de 15 de octubre.

b) También en el caso de arrendamiento de vivienda o local se producen situaciones concretas que pueden llevar a interpretar el silencio como aceptación tácita de una situación. Es el caso por ejemplo del silencio del arrendatario ante la comunicación del arrendador de la actualización de la renta (entre otras, STS núm. 848/2010, de 27 de diciembre: «es criterio de esta Sala que el silencio del arrendatario durante los treinta días siguientes a la notificación fehaciente del arrendador de su voluntad de iniciar, dentro del plazo legalmente previsto, la actualización de la renta, conforme a la disposición transitoria segunda de la LAU 1994, equivale a un consentimiento tácito»). O también, aunque desde otro punto de vista y con mayores cautelas, el caso del arrendador ante la notificación del arrendatario de que va a abandonar el inmueble y a entregar las llaves (entre otras, la antes citada STS núm. 597/2011, de 20 de julio), aunque, como he indicado, procediendo con cautela si pudiera implicar una renuncia de derechos, en cuyo caso ese silencio debe ser inequívocamente expresivo de que esa renuncia de derechos (indemnizatorios, normalmente) era querida.

c) Y, por supuesto, situaciones de relaciones continuadas en el marco del arrendamiento de servicios (como en el caso de abogados), contratos de comisión o agencia, cuando una de las partes comunica la intención de actualizar o modificar algo del contrato, o en su caso ponerle fin unilateralmente, también es un campo muy abonado a la posible aplicación de esta doctrina sobre el silencio con valor de aceptación (si bien en ese último caso de extinción contractual, si implica algún tipo de renuncia a derechos indemnizatorios, como se ha advertido ya, la interpretación y valoración del caso y la aplicación de esa doctrina será mucho más restrictiva). Ejemplo de estas situaciones es, por ejemplo, el caso resuelto en la STS núm. 507/2019, de 1 de octubre, con respecto a un contrato de prestación de servicios profesionales (servicios jurídicos como abogado), con una relación jurídica duradera (más de quince años) y el silencio del abogado ante la comunicación sobre modificación de honorarios y forma de facturación enviada por el jefe de asesorías jurídicas de la entidad a la que prestaba servicios ese abogado como letrado externo a la entidad: el Tribunal Supremo en este caso aplicó la doctrina que se ha analizado y comentado en este trabajo sobre el valor a atribuir al silencio y concluyó: «En este caso, las partes mantenían relaciones profesionales desde hacía más de quince años, era habitual que hubiera reuniones y comunicaciones internas sobre la estrategia a seguir respecto de los procedi-

mientos judiciales y su consiguiente repercusión en los honorarios a cobrar por los letrados, y no podía ignorarse un correo electrónico del jefe de la asesoría jurídica que establecía un nuevo sistema de facturación y cobro. Consta que el recurrente tuvo conocimiento de dicho correo, por lo que, si no lo contestó, era conforme a la buena fe contractual que la otra parte considerase que no se oponía al nuevo sistema, ya que lo lógico era que, si se oponía, lo hubiera manifestado expresamente mediante contestación al correo electrónico. Que el recurrente, pese a todo, siguiera facturando conforme a lo pactado anteriormente no quiere decir que no hubiera consentido tácitamente, sino que incumplió lo establecido. Entre otras cosas, porque una declaración expresa de disconformidad hubiera situado la relación en otro ámbito, puesto que la Caja podría haberse planteado mantener sus servicios en las antiguas condiciones o prescindir de ellos dada su falta de conformidad».

IV. CONCLUSIONES

I. El que nada dice, nada manifiesta y por lo tanto ninguna voluntad declara, a nada se compromete y nada asume. La inactividad del sujeto o su silencio no permite *a priori* y por su propia naturaleza deducir una voluntad, porque no se ha manifestado ni declarado nada.

II. Atribuir automáticamente al silencio o a la pasividad de una persona una consecuencia positiva (como sería la aceptación de la oferta contractual contraria) supondría una injerencia injustificada en el ámbito de la autonomía de la libertad privada, la libre decisión y la esfera personal de esa persona silente, y también generaría una grave inseguridad jurídica.

III. La aceptación tácita debe resultar de actos positivos inequívocos que permitan acreditar y demostrar de modo seguro que esa es la voluntad del sujeto, sin dudas de interpretación; del comportamiento del sujeto debe resultar implícito el consentimiento y aquiescencia hacia una determinada oferta, modificación o situación.

IV. El conocimiento no equivale a consentimiento como exteriorización de una voluntad, ni el silencio supone una declaración genérica en la que se pueda encontrar justificación para no obtener los consentimientos legalmente exigidos, de modo que debe distinguirse oportunamente el consentimiento tácito del silencio con efectos de consentimiento.

V. Debe estarse a los hechos concretos, que deben ser interpretados por el juzgador para concluir si debe darse o no al silencio valor de consentimiento, es decir, apreciar que, pese al silencio, existe realmente una declaración negocial. Una interpretación que el Tribunal Supremo enmarca dentro de los principios de la buena fe y lealtad negocial o contractual, así como, en cierta medida, en relación con la doctrina de los actos propios y la prohibición del abuso del derecho.

Deben valorarse las relaciones preexistentes entre las partes, los usos generales del tráfico y los usos individuales entre las partes, la conducta o comportamiento de estas y las circunstancias que preceden y acompañan al silencio susceptible de ser interpretado como asentimiento.

VI. Para que el silencio tenga relevancia a efectos de consentimiento, el Tribunal Supremo exige la concurrencia de dos factores:

a) Uno de carácter subjetivo: se exige que el sujeto que guarda silencio (silente) tenga conocimiento de los hechos que motivan la posibilidad de contestación.

b) Y otro requisito sería de carácter objetivo: se exige que el silente tenga obligación de contestar, o, cuando menos, fuera natural y normal que manifestase su disenso, si no quería aprobar los hechos o propuestas de la otra parte.

VII. Se entenderá que hay consentimiento cuando exista un deber legal de responder, o una obligación convencionalmente prevista de responder o cuando de acuerdo con los usos generales del tráfico y la buena fe se entienda que lo normal y natural hubiera sido responder a ese hecho, acto o propuesta de la otra parte, de modo que al no hacerlo se provoca en la otra parte la lógica creencia de que se aceptaba. En tales supuestos, con la comunicación de la discrepancia, se evita que la otra parte pueda formarse una convicción equivocada, derivada del silencio del otro, con daño para su patrimonio.

VIII. Pero, además, conforme advierte la STS núm. 471/2021, de 29 de junio, ese silencio debe resultar elocuente: exigir que el consentimiento tácito resulte de actos inequívocos que demuestren con seguridad que la voluntad del sujeto es de aceptación; «elocuencia» que se acoge por el Tribunal Supremo como requisito cualificado en situaciones especiales como aquellas en las que el reconocer valor de aceptación a ese silencio determinaría una renuncia de derechos por el sujeto silente.

Insiste fundamentalmente nuestro Alto Tribunal en que es necesario que esa voluntad asociada al silencio sea inequívoca, clara, sin admisión de dudas. Se viene a exigir que el consentimiento tácito ligado al silencio resulte efectivamente de actos inequívocos que demuestren con seguridad que la voluntad del sujeto es de aceptación.

La renuncia de derechos exige que esta venga apoyada en actos clara e inequívocamente expresivos de tal renuncia; y esta premisa debe aplicarse también en el marco de esta doctrina del silencio con valor de aceptación: si pudiera implicar una renuncia de derechos, ese silencio debe ser inequívocamente expresivo de que esa renuncia de derechos (indemnizatorios, normalmente) era querida.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS núm. 483/2004, de 9 de junio.
- STS núm. 842/2004, de 15 de julio.
- STS núm. 799/2006, de 20 de julio.
- STS núm. 119/2008, de 21 de febrero.
- STS núm. 993/2008, de 5 de noviembre.
- STS núm. 1/2009, de 28 de enero.
- STS núm. 564/2009, de 16 de julio.
- STS núm. 772/2009, de 7 de diciembre.
- STS núm. 808/2010, de 26 de noviembre.
- STS núm. 848/2010, de 27 de diciembre.
- STS núm. 465/2011, de 5 de julio.
- STS núm. 597/2011, de 20 de julio.
- STS núm. 135/2012, de 29 de febrero.
- STS núm. 171/2013, de 6 de marzo.
- STS núm. 556/2013, de 4 de octubre.
- STS núm. 617/2013, de 15 de octubre.
- STS núm. 301/2016, de 5 de mayo.
- STS núm. 540/2016, de 14 de septiembre.

- STS núm. 507/2019, de 1 de octubre.
- STS núm. 471/2021, de 29 de junio.

NOTAS

¹ STS núm. 119/2008, de 21 de febrero: «debe señalarse que, si bien la apreciación de la existencia del silencio corresponde en principio a los juzgadores de instancia, sin embargo hay que distinguir la fijación de las circunstancias fácticas que permiten realizar una tarea interpretativa, que como “*questio facti*” solo tiene acceso a la casación a través de los mecanismos excepcionales permitidos al efecto, y la valoración de dichas circunstancias, tanto en orden a apreciar la “elocuencia” del silencio, como el contenido o alcance de la declaración de voluntad tácita, que forma parte de la “*questio iuris*”, y, por consiguiente, es susceptible de verificación o control por el tribunal de casación».

² Según señala la STS núm. 471/2021, de 29 de junio, tal elocuencia determina que «el consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente (Sentencias de 11 de noviembre de 1958 y 3 de enero de 1964), sin que se pueda atribuir esa aceptación al mero conocimiento, por requerirse actos de positivo valor demostrativo de una voluntad determinada en tal sentido (Sentencias de 30 de noviembre de 1957 y 30 de mayo de 1963). La Sentencia de 19 de diciembre de 1990 expresaba esta doctrina del siguiente modo: “exigiendo el consentimiento tácito la realidad de un acto que ponga de relieve el deseo o voluntad del agente, sin que ofrezca la posibilidad de diversas interpretaciones (Sentencias de 10 de junio de 1966), insistiendo la de 29 de enero de 1965 en ese carácter meramente negativo del silencio, que solo adquiere relevancia jurídica cuando de antemano es tenido en cuenta por la Ley para asignarle un cierto efecto, bien sea procesal (confesión judicial), o sustantivo (tácita reconducción, elevación de renta arrendaticia), o cuando de la mera voluntad privada surgen relaciones en cuyo curso acaecen hechos que hacen precisa, para puntualizar los derechos derivados, una manifestación de voluntad que se omite, siempre que se den los requisitos a que se refiere la Sentencia de 24 de noviembre de 1943, insistiéndose en que el silencio absoluto no es productof[r] de efectos jurídicos más que en el caso de que la Ley o la voluntad de las partes se lo reconozca o conceda previamente, pudiendo hablarse de un silencio cualificado solo cuando se junte a hechos positivos precedentes, a una actividad anterior de la parte que guardó silencio, o a particulares situaciones subjetivas u objetivas que sirvan como elemento útil para tener por hecha la manifestación de una determinada voluntad (Sentencia de 24 de enero de 1957)”».

1.6. Responsabilidad civil

Acción directa contra la aseguradora y valoración de daños en la responsabilidad civil por negligencia médica

Direct Action against the Insurer and Valuation of Damage in Civil Liability for Medical Malpractice

por

ESTHER MONTERROSO CASADO
*Profesora titular de Derecho civil
Universidad a Distancia de Madrid*

RESUMEN: Este artículo realiza un análisis de la doctrina jurisprudencial respecto a la delimitación de la responsabilidad, la acción directa contra la aseguradora y la valoración del daño corporal causado por mala praxis médica. En el recorrido del estudio se efectúa un análisis de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2021, que presenta cuestiones relevantes. En los hechos enjuiciados se había ejercitado una acción directa contra la aseguradora del hospital tras desestimarse una reclamación administrativa a consecuencia de la mala praxis profesional. Bajo esta premisa, se realiza un análisis de las posibilidades de dicha acción contra las aseguradoras. Por otro lado, al estimarse el recurso de casación por la indebida aplicación del baremo contenido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, para la valoración del daño, se ha planteado la necesidad de analizar los criterios en la cuantificación del daño derivado de una negligencia médica, ya que si se aplica orientativamente el baremo indemnizatorio de accidentes de circulación, lo ha de ser con todas sus consecuencias.

ABSTRACT: *This article analyses the jurisprudential doctrine regarding the delimitation of the responsibility, the direct action against insurer, and the evaluation of damage caused in medical malpractice. An analysis is made of the the recent Supreme Court decision of September 21th, 2021, which presents relevant questions. First, in the facts under trial, a direct action had been taken against the hospital insurer after an administrative claim was dismissed as a result of the professional malpractice. Therefore, the analysis of the possibilities of such action against the insurers is necessary. On the other hand, having considered the appeal for the improper application of the scale contained in Law 35/2015, of September 22, for the valuation of the damage, it is necessary to analyze the criteria in the quantification of the derived damage of medical malpractice, since if the compensation scale for traffic accidents is applied as a guide, it must be with all its consequences.*

PALABRAS CLAVES: Indemnización por daños. Responsabilidad médica. Negligencia profesional. Acción directa. Seguro de responsabilidad civil. Valoración del daño.

KEY WORDS: *Compensation for damages. Medical liability. Direct action. Professional malpractice liability insurance. Valuation of damage.*

SUMARIO: I. LA RESPONSABILIDAD POR NEGLIGENCIA MÉDICA: 1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR MALA PRAXIS. 2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE UN SERVICIO PÚBLICO.—II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA DE LA ASEGURADORA: 1. LA ACCIÓN DIRECTA CONTRA LA ASEGURADORA. 2. LA RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA DE UN SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA.—III. LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS POR MALA PRAXIS MÉDICA: 1. LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE LA LRCSCVM A LOS DAÑOS POR NEGLIGENCIA MÉDICA. 2. EL CARÁCTER RETROACTIVO DEL BAREMO DE LA LRCSCVM.—IV. ANÁLISIS DE LA STS (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1.^ª), NÚM. 597/2021, DE 13 SEPTIEMBRE 2021: 1. RESUMEN DE LOS HECHOS. 2. RESOLUCIÓN EN PRIMERA Y EN SEGUNDA INSTANCIA. 3. RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.—V. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA RESPONSABILIDAD POR NEGLIGENCIA MÉDICA

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR MALA PRAXIS

A la hora de delimitar la responsabilidad por los daños causados en las actuaciones médicas debemos establecer si resultan aplicables las reglas de la responsabilidad civil contractual o extracontractual por hecho propio, teniendo en cuenta que los criterios de imputación de la responsabilidad difieren, si bien es posible que se puedan yuxtaponer o solicitar acumulativamente en un procedimiento.

De este modo, en el ámbito contractual, ante la falta de realización del servicio o de la deficiente e incompleta ejecución de la prestación pactada en las condiciones previstas en el contrato suscrito entre el paciente y el médico, se puede generar una responsabilidad civil contractual, conforme al artículo 1101 del Código civil (CC). En tal caso, se generará una indemnización de daños y perjuicios en aplicación de cuanto disponen los artículos 1124 y 1101 del Código civil. Sin embargo, resulta más habitual que el contrato lo realice el paciente con el centro sanitario, siendo este el que designe a un médico para realizar la actuación, pudiéndose entonces exigir una responsabilidad extracontractual al galeno, de conformidad con el artículo 1902 del Código civil, y contractual o extracontractual cuando la acción se dirige contra el centro (en este último caso derivado de la aplicación del art. 1903.4 CC)¹. Para imputar esta responsabilidad por hecho ajeno es precisa la negligencia de su personal, al tratarse de un auxiliar mediante el que se presta el servicio, respondiendo de todos los daños que le sean imputables en dichos ámbitos, derivados de la intervención negligente de su dependiente.

La existencia de diligencia o negligencia en la conducta del facultativo se determina cuando se pueda reprochar una vulneración de la *lex artis*, analizando el

caso concreto en el que se produce la actuación o intervención médica, atendiendo a la ciencia del momento, las especiales características, su complejidad y las circunstancias y factores endógenos que tuvieron lugar. En este sentido, tal y como señala la Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en su Sentencia de 16 de abril de 2007, «es jurisprudencia consagrada, en el concepto clásico de la responsabilidad en sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible en cada caso rigiéndose la actuación de los médicos, así como la de los otros profesionales sanitarios por la llamada "*lex artis ad hoc*", es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que el mismo se desarrolla y tiene lugar, siguiendo el adoctrinamiento jurisprudencial asentado de que la obligación del médico no es la de curar o sanar, sino la de emplear y agotar todos los medios técnicos y avances a su alcance para tratar el mal de que se trate, es decir, adecuar su conducta conforme a la técnica normal requerida en cada caso de tal forma, que la actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de las conductas profesionales en casos análogos».

Por otro lado, es preciso recordar que, en los supuestos de mala praxis, no resulta de aplicación la normativa de consumidores y usuarios, que es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios (STS, Sala de lo Civil, de 3 de julio de 2013), pero no respecto a la responsabilidad civil extracontractual del profesional médico, que se establece, como venimos señalando, en virtud de la adecuación de su ejercicio profesional al cumplimiento de la *lex artis*, conforme a la responsabilidad general del Código civil.

2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE UN SERVICIO PÚBLICO

Cuando la mala praxis en la actuación médica se produce bajo la cobertura de la sanidad pública en un centro público o privado (si es concertado) resultaría de aplicación el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al tratarse de un servicio público, teniendo los particulares derecho a ser indemnizados por la Administración pública por la lesión sufrida como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de dicho servicio público, exceptuando los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar (es decir, es preciso que constituya un daño antijurídico).

En virtud de lo expuesto, si nos encontramos ante una negligencia médica en el Servicio de Salud se efectuará una reclamación del daño ante la Administración sanitaria, en cuyo expediente de responsabilidad patrimonial sanitaria se determinará la existencia o no de dicha responsabilidad, que es objetiva y directa (STS, Sección 4.^a, de 22 de septiembre de 2010). Una vez que se pronuncie sobre la existencia de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida, si es admitida también lo hará sobre la valoración del daño causado y la cuantía de la indemnización. En el caso de desestimación, quedaría abierta la posibilidad de impugnación de dicha decisión ante la jurisdicción contencioso administrativa. No obstante, como veremos más adelante, ello no impide iniciar la vía civil contra la aseguradora del hospital público, teniendo en cuenta que no todas las comunidades autónomas cuentan con un seguro de responsabilidad civil para los servicios públicos de salud, por lo que, si se diera ese caso, el particular tendría que acudir ante los tribunales contenciosos para que sea la propia Administración la que se haga cargo de la posible indemnización.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA DE LA ASEGURADORA

1. LA ACCIÓN DIRECTA CONTRA LA ASEGURADORA

La víctima objeto de mala praxis médica puede demandar al médico causante del daño por su falta de diligencia en la actuación médica y al centro médico privado, como hemos analizado, pero también a la compañía aseguradora que cubra su responsabilidad civil, en virtud de la acción directa que establece el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), que permite accionar contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar:

Esta facultad procesal que la ley concede para interponer una demanda contra la aseguradora, también se permite en el caso de que el hospital público o privado concertado siempre que cuente con un seguro que cubra dicha responsabilidad civil del centro o de sus profesionales. En el caso de que se vaya a iniciar dicho procedimiento, conviene olvidar que en la vía civil se conceden los intereses de mora (art. 20 LCS), no previsto en la vía contencioso-administrativa.

2. RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA DE UN SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA

Cuando existe un seguro de asistencia sanitaria contratado, la aseguradora puede responder también por mala praxis, al asumir la prestación de unos servicios (derivada de la obligación de hacer del artículo 1088 CC) y una obligación de medios, consistente en suministrar al asegurado un correcto servicio de asistencia médica². De este modo, la responsabilidad de la aseguradora también surgiría si no organiza y gestiona adecuadamente la prestación de dicho servicio médico o quirúrgico, los cuales se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinen (art. 105 LCS)³.

En estos casos, también se establecen relaciones de distinta naturaleza entre médico, centro u hospital y aseguradora, que conviene diferenciar. Por un lado, una relación contractual de arrendamiento de servicios, que se efectúa entre el centro sanitario o el propio médico (que trabaja como autónomo) con la aseguradora para formar parte de su cuadro médico. Por otro lado, una relación contractual derivada de la existencia de un seguro suscrito entre la asegurada y el tomador del seguro. Y, por último, una relación de naturaleza extracontractual entre el facultativo del cuadro médico de la aseguradora y el asegurado cuando este solicita una prestación médica. Por lo tanto, hay que diferenciar la responsabilidad derivada de la actividad aseguradora y de la médica ya que en el caso de que la aseguradora no preste un servicio médico adecuado sería responsable contractualmente frente al asegurado, en virtud de dicho contrato de seguro de asistencia sanitaria que media entre ambos⁴. Y, sin embargo si se origina un daño por mala praxis del facultativo se podría accionar contra este en virtud del artículo 1902 del Código civil, no siendo posible imputar responsabilidad por culpa propia a la entidad de asistencia sanitaria responsabilidad por tales daños. Cuestión distinta es la aplicación del artículo 1903 del Código civil, por culpa «*in vigilando*» o «*in eligendo*», puesto que no es la aseguradora quien origina el daño, sino los facultativos de su cuadro médico, que han sido elegidos por la aseguradora. Aunque no toda la doctrina se muestra partidaria de aplicar el artículo 1903 del Código civil, sino que prefiere resolver la imputación de la responsabilidad por la vía contractual, considero que, en estos casos, y partiendo de las consideraciones iniciales sobre la delimitación de la responsabilidad civil, debemos concluir que

la responsabilidad del profesional médico, si no media una relación contractual directa con el cliente, es una responsabilidad subjetiva (art. 1902 CC) y que el centro sanitario o la entidad de asistencia sanitaria responderá por hecho ajeno (art. 1903 CC), que se deriva de una relación de dependencia con el facultativo, puesto que actúan como auxiliares de la aseguradora, siendo la misma garante de dicho servicio, y ello sin perjuicio de la posible responsabilidad solidaria del profesional sanitario frente al paciente (en esta línea se pronuncia la STS, Sala de lo Civil, de 20 de septiembre de 2018).

A este respecto, la jurisprudencia, en las Sentencias de 4 de junio de 2009, 4 de noviembre de 2010 y 16 de enero de 2011, indica la posibilidad de existencia de las siguientes responsabilidades imputables a la aseguradora por daños causados por el acto sanitario negligente realizado por los facultativos de su cuadro médico: (a) responsabilidad por hecho ajeno que dimana de la existencia de una relación de dependencia contemplada en el artículo 1903.1 y 4 del Código civil; (b) responsabilidad derivada de naturaleza contractual que contrae la entidad aseguradora de la asistencia médica frente a sus asegurados, que garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica (SSTS de 4 de octubre de 2004 y 17 de noviembre de 2004), con apoyo en el contrato de seguro de asistencia médica (art. 105 LCS); (c) responsabilidad sanitaria con base en la llamada doctrina o principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores (SSTS de 2 de noviembre 1999 y de 4 de octubre de 2004), entendiéndose que los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y se imputa la responsabilidad como garante del servicio; (d) responsabilidad derivada de la existencia de una intervención directa de la aseguradora en la elección de los facultativos o en su actuación (STS de 8 de noviembre de 2007); (e) y, por último, la existencia de una responsabilidad en aplicación de la normativa de consumidores y usuarios (art. 148), en caso de negligencia o anormal funcionamiento de los aspectos organizativos o funcionales de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS de 5 de febrero de 2001, 26 de marzo de 2004, 17 de noviembre de 2004, 5 de enero de 2007 y 26 de abril de 2007). Este abanico de posibilidades agilizaría la carga de la prueba, al no tener que demostrar la obligación de probar la concreta negligencia de cada uno de los sujetos que intervinieron.

III. LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS POR MALA PRAXIS MÉDICA

1. LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE LA LRCSCVM A LOS DAÑOS POR NEGLIGENCIA MÉDICA

Aunque se viene reclamando desde hace años un baremo de daños sanitarios por negligencias médicas y se han iniciado trabajos técnicos por el Consejo Asesor de Sanidad para dar respuesta a esta necesidad, en la actualidad, la legislación española no cuenta con un baremo específico para la cuantificación de los daños personales por negligencia médica, por lo que se aplica por analogía el baremo contenido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de valoración de daños personales causados a las personas en accidentes de circulación⁵.

Sin embargo, son muchas las críticas vertidas al respecto al considerarse una solución insatisfactoria para la problemática actual que suscita la indemnización de tales daños debido a que, por un lado, la aplicación de este baremo no comprende muchas de las lesiones que se producen en el ámbito sanitario;

y, por otro lado, al no poderse equiparar las causas (por lo tanto, se entiende que tampoco las indemnizaciones) ya que la actuación sanitaria proviene de una enfermedad que está siendo tratada. Asimismo, el criterio de imputación de la responsabilidad que origina su resarcimiento difiere en dichos ámbitos, ya que en la responsabilidad civil rige un sistema objetivo derivado del riesgo generado por la circulación de vehículos a motor, asociado a la suscripción de un seguro obligatorio, mientras que en la responsabilidad civil médica es subjetivo, derivado del incumplimiento de la *lex artis*, sin perjuicio de la existencia de seguros profesionales o de los que tengan suscritos los centros privados o públicos. El problema adolece, entonces, si entendemos que por cada causa o criterio de imputación de la responsabilidad civil sería preciso un baremo diferente, lo que no parece en principio deseable ya que las víctimas deben ser indemnizadas por la lesión con independencia de estos parámetros. No obstante, las especificidades del ámbito médico sí que podrían ser lo suficientemente justificativas como para la aprobación de un baremo propio.

El legislador ya lo prevé y efectúa este criterio de referencia hasta que se apruebe el baremo sanitario. La disposición adicional tercera de 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, lleva por enunciado, «Baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria» y pone de manifiesto que este el sistema de valoración regulado en esta Ley «servirá como referencia» para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria. Por lo tanto, debiera respetarse hasta entonces. Ahora bien, también debiera recordarse que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, es decir, para el caso de que el daño se produzca en la sanidad pública, se podría traer a colación el artículo 34.2, relativo a las indemnizaciones, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, que señala su propia referencia en los casos de muerte o lesiones corporales, en los que «se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de seguros obligatorios y de la Seguridad Social».

En la actualidad, si analizamos la jurisprudencia, podemos observar que, a falta de dichas consideraciones y una regulación legal, se viene admitiendo la aplicación de este sistema tasado previsto en la Ley 35/2005 al resto de supuestos en los que existan daños personales que reparar, pero con una matización y es que este sistema no es preceptivo y vinculante, sino orientativo, tal y como se recoge en la STS, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 2006 (en este caso, se trataba de un fallecimiento de trabajador por negligencia de la empresa) y, posteriormente, para el caso de mala praxis médica, en las SSTS, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 2015, de 6 de junio de 2014, de 18 de junio y de 16 de diciembre de 2013, de 14 de noviembre de 2012, entre otras. Este carácter orientativo, no vinculante, tiene en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los artículos 1106 y 1902 del Código civil» (SAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 14 de junio de 2017).

No obstante, si la valoración del daño se somete al baremo, lo que no cabe es someterla a los conceptos a los que a cada uno le convenga o solicitar la aplicación de solo alguno de los criterios. En este sentido, por ejemplo, si se utiliza este baremo de accidentes de circulación para compensar los daños por una negligencia médica no se podrá resarcir, con carácter general, el daño moral como una indemnización complementaria (STS, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 2011).

2. EL CARÁCTER RETROACTIVO DEL BAREMO DE LA LRCSCVM

El sistema legal obligatorio de indemnización para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación que establece la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, se viene utilizando, como hemos analizado, como referencia orientativa en la valoración de daños personales en otros sectores de la responsabilidad civil y, en concreto, en el ámbito de la mala praxis médica. Sin embargo, este sistema contenido en esa norma se aplica solo a los accidentes de circulación que se produzcan desde el 1 de enero de 2016. De modo que para los accidentes ocurridos antes de esa fecha será de aplicación el sistema recogido en el anexo aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre. En este sentido, la disposición transitoria establece la aplicación temporal a partir de ese momento y para los accidentes anteriores subsistirá y será de aplicación el sistema anterior (por ejemplo, a un accidente ocurrido en diciembre de 2015 no será posible la aplicación del sistema de valoración de la Ley 35/2015)⁶.

Nuestro Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse sobre el régimen aplicable, tomando en consideración la normativa vigente en el momento del accidente, disponiendo que se ha de proceder a fijar el importe de la indemnización mediante la aplicación sistemática de valoración de los daños vigente en el momento del accidente, señalando expresamente que «en consecuencia y por aplicación del principio de irretroactividad, cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado» (STS, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 2007).

Además, podemos traer a colación el artículo 2.3 del Código civil, que establece que «las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario». Esta irretroactividad implica que, por un principio de seguridad jurídica, las disposiciones legales rigen a partir de su vigencia sin poder aplicarse a situaciones pasadas. No obstante, es cierto que se viene admitiendo la retroactividad tácita pero solo en ciertos tipos de normas como las interpretativas, las de desarrollo, las estrictamente procesales, las de condena de situaciones morales y sociales, o incluso de las normas instrumentales.

De este modo, el momento de la determinación de la edad de la víctima y de los perjudicados, así como de sus circunstancias personales, familiares y laborales es el de la fecha del accidente y no el momento de la curación de las lesiones. En este sentido, los conceptos perjudiciales indemnizables, los criterios para su determinación y los demás elementos relevantes para la aplicación del sistema, en defecto de regla específica, son también los vigentes a la fecha del accidente (art. 38 de la LRCSCVM). Y, de acuerdo con el artículo 40 LRCSCVM, la cuantía de las partidas resarcitorias será la correspondiente a los importes del sistema de valoración vigente a la fecha del accidente, con la actualización correspondiente al año en que se determine el importe por acuerdo extrajudicial o por resolución judicial, por lo que habrá que estar a la resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican anualmente las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación.

IV. LA STS (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1.^a), NÚM. 597/2021, DE 13 SEPTIEMBRE 2021

1. RESUMEN DE LOS HECHOS

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2021 determina las cuestiones analizadas relativos a la responsabilidad de la aseguradora y el carácter del baremo de la LRCSCVM en la cuantificación de los daños en un supuesto de responsabilidad por mala praxis médica, producida durante la realización de un parto instrumental, con utilización de ventosa obstétrica.

En el transcurso de los hechos que se enjuician, el recién nacido, en 2014, sufrió una distocia de hombros, que tuvo como consecuencia una lesión de plexo braquial, generadora de secuelas de carácter psicofísico y estético. Además, existió una falta de consentimiento informado respecto a la utilización de dicho instrumental. Por todo ello, en 2015, se realizó una reclamación administrativa a consecuencia de la negligencia profesional del personal ante el Servicio Gallego de Salud que fue desestimada en Resolución de 9 de marzo de 2016 por la Consejería de Sanidad de la Xunta de Galicia.

Ante tales hechos, se interpuso una demanda civil contra la compañía aseguradora de la administración donde se ejercitó una acción de responsabilidad por la lesión padecida por el hijo al entender que «la actuación obstétrica dispensada a la demandante no se ha ajustado a los parámetros de las *lex artis* y dichas transgresiones a la correcta forma de actuar condujeron al lamentable desenlace de la lesión de plexo braquial del neonato». Dicha demanda fue admitida a trámite por Decreto de fecha 24 de mayo de 2016.

2. RESOLUCIÓN EN PRIMERA Y EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de Sentencia 372/2016, el Juzgado de Primera Instancia número 30 de Barcelona estimó parcialmente la demanda interpuesta, por los padres del menor, que actuaban en nombre propio y en representación de su hijo, contra SegurCaixa Adeslas, concediendo una indemnización de 209998€ a favor del menor de edad, y de 6000 € por daño moral a cada uno de los padres, más los intereses del artículo 20 de la LCS, desde que la entidad aseguradora tuvo conocimiento del siniestro. Esta sentencia fue recurrida en apelación por la aseguradora demandada.

La parte apelante formula, en síntesis, las siguientes alegaciones: a) los efectos del procedimiento administrativo al haberse optado por accionar contra la administración; b) la ausencia de legitimación activa de los padres debido a que el baremo establecido en el RDLeg 8/2004 contemplaba únicamente los perjuicios morales de familiares para los supuestos de grandes inválidos, sin que resultase de aplicación al supuesto; c) la prescripción de la acción, ya que si ese procedimiento administrativo previo carecía de toda eficacia en el procedimiento civil posterior, también lo sería a efectos de una prescripción; d) la inaceptable objetivación de la responsabilidad civil médica recogida en la sentencia; e) subsidiariamente, el criterio utilizado para la valoración del daño corporal reclamado, al pretender aplicar una norma de valoración del daño que entró en vigor el 1 de enero de 2016 a hechos ocurridos con anterioridad, ni siquiera con carácter orientativo; f) la improcedente aplicación de los intereses punitivos del artículo 20 LCS al existir una causa justificada para la falta de

prestación aseguradora como lo fue la resolución de desestimación de la reclamación administrativa.

La resolución del recurso de apelación correspondió a la Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó Sentencia de 28 de junio de 2018, que analiza los aspectos que hemos venido desarrollando este estudio, entre ellos, los efectos de una resolución administrativa dictada; y la norma de aplicación relativa a la ausencia de legitimación, al no estar facultados en la normativa especial, así como respecto al criterio de valoración del daño corporal, motivo este por el que se estima parcialmente el recurso.

a) Efectos de la resolución administrativa dictada

La resolución de la Consejería de Sanidad de la Xunta de Galicia por la que se desestima la reclamación efectuada constituye un acto administrativo que no impide a la jurisdicción civil el enjuiciamiento sobre la misma cuestión, aunque pueda constituir un instrumento de convicción de gran autoridad o de prueba especialmente privilegiado. A tal efecto, se recogen distintos pronunciamientos relativos al ejercicio de la acción directa contra el asegurador, de conformidad con el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, siendo relevante la STS, Sala Civil, de 7 de noviembre de 2013, que indica que, aunque inicialmente la jurisprudencia considerara improcedente la alegación de cosa juzgada o de litispendencia respecto de litigios de otro orden jurisdiccional (SSTS de 16 de octubre de 1986 y de 6 de febrero de 1994, entre otras), más adelante ha matizado dicha doctrina conforme a lo declarado por las sentencias de esta Sala de 26 de enero de 2012 y de 19 de septiembre de 2013, pudiéndose afirmar que «el artículo 222.4 de la LEC se refiere a sentencias firmes dictadas por órganos de la jurisdicción civil cuando se trata de definir relaciones jurídicas de tal carácter, por lo que difícilmente puede atribuirse efectos de cosa juzgada, siquiera como prejudicial, a lo decidido por otras jurisdicciones. Únicamente en cuanto a la fijación de hechos puede producirse tal efecto, pues, como dice la Sentencia de esta Sala de 17 de marzo de 2004, «la circunstancia de que los hechos enjuiciados hayan sido objeto de un proceso ante otra jurisdicción no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil examinarlos bajo el prisma del ordenamiento civil, teniendo que aceptar las conclusiones obtenidas en aquel proceso en aras del principio de seguridad jurídica».

Por todo ello, esa resolución en otro orden jurisdiccional solo tendrá relevancia a los efectos de hechos probatorios. En este caso concreto, además, al no existir una resolución judicial firme en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (solo existe un acto administrativo, que es la resolución de la Consejería de Sanidad de la Xunta de Galicia) no puede impedirse a la jurisdicción civil el enjuiciamiento sobre la misma cuestión y tampoco tenerse en cuenta los hechos fijados en la jurisdicción administrativa al no haberse llevado a efecto una impugnación ante ese orden. Todo ello, sin perjuicio de la valoración como prueba especialmente privilegiada del contenido del expediente administrativo, que puede constituir un instrumento de convicción de gran autoridad.

En relación, precisamente, a esta cuestión también se formula la solicitud de prescripción, al considerarse por los recurrentes que si ese procedimiento administrativo previo carece de toda eficacia en el procedimiento civil posterior, también lo sería a efectos de una prescripción. La Audiencia, sin embargo, considera que «debe considerarse que la reclamación administrativa presentada contra

el Servicio Gallego de Salud sí supone un acto interruptivo de la prescripción respecto de la demandada “Segurcaixa Adeslas”, en virtud del artículo 1974 del Código civil», que prevé que «la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores», por lo que no existiría dicha prescripción de la acción.

A este respecto, resulta de aplicación lo dispuesto en la STS de 14 de febrero de 2014 relativa a un supuesto de ejercicio de la acción directa del artículo 76 de la LCS en el que se planteaba también la prescripción de la acción por la aseguradora, que declaró el carácter solidario entre asegurado y asegurador en relación a esta acción y, en este sentido, se señalaba que «el contrato de seguro de responsabilidad civil es un contrato de naturaleza especial, en favor de tercero, que crea una solidaridad pasiva entre asegurado y asegurador frente a la víctima, que aparece dotada de acción directa contra la compañía aseguradora, de tal forma que la acción que se ejercita contra esta es la misma que la que fue dirigida previamente contra su asegurada, y ello evidentemente se proyecta sobre los plazos en los que ha de operar la prescripción y su interrupción (SSTS, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2007 y de 1 de octubre de 2008)».

b) *Norma de aplicación: legitimación y valoración del daño*

En cuanto al motivo de la falta de legitimación activa de los padres del menor para reclamar en nombre propio por daños morales, la Audiencia considera que, al no tratarse el caso del menor de un supuesto de gran inválido (cuya indemnización a los progenitores está prevista en el art. 110 de la LRCSCVM), no tienen derecho a la indemnización pretendida por tal concepto. Concretamente, la Tabla IV, sobre factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, en cuanto a los grandes inválidos, prevé los perjuicios morales de familiares, destinados a familiares próximos en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada, a diferencia de lo previsto en la Tabla V del anterior sistema de valoración, sobre indemnizaciones por incapacidad temporal, en la que los daños morales los incluye en la indemnización básica.

Por lo tanto, se trae a colación el principio de temporalidad analizado anteriormente, entendiéndose que no puede considerarse de aplicación, a la hora de fijar el *quantum* indemnizatorio por el daño antijurídico ocasionado, la Ley 35/2015, de 22 de septiembre ya que el hecho ocurrió en enero de 2014.

En este sentido, se solicita, subsidiariamente, la revisión del criterio para la valoración del daño corporal reclamado, al pretender aplicar una norma de valoración del daño que entró en vigor el 1 de enero de 2016 a hechos ocurridos con anterioridad, ni siquiera con el carácter orientativo que se predica. La Audiencia, a la hora de cuantificar el daño, estima el motivo de apelación formulado por la compañía aseguradora, consistente en la indebida aplicación de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, para la valoración del daño por considerar contrario a Derecho, pretender aplicar una norma, que entró en vigor el 1 de enero de 2016, a hechos ocurridos en 2014, y reclamados en 2015.

A tal efecto, la STS Sala Civil, de 10 de marzo de 2016, que recoge las SSTS de Pleno de 17 de abril de 2007, señala que «el régimen aplicable para la determinación del daño es el vigente al momento del siniestro». Y, de este modo, tal y como hemos venido analizando, señala la Audiencia que «si se aplica orientativamente el baremo indemnizatorio en supuestos de accidente de circulación

lo ha de ser con todas sus consecuencias, entre ellas la del régimen vigente para la determinación del daño». En virtud de lo expuesto, se recalcula la cuantía indemnizatoria conforme a la Resolución de 5 de marzo de 2014 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, aplicable a los hechos, y se rebaja la indemnización al no incluir el daño moral de los padres, argumentando que, en el baremo aplicable en 2014, solo se contemplaba una indemnización de tal clase para los grandes inválidos o grandes lesionados (Tabla IV).

3. RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

La aseguradora interpone nuevamente recurso en casación por infracción de las normas que integran el sistema legal de valoración del daño corporal, que es susceptible de revisión en casación al tratarse de normas jurídicas sustantivas; y por incorrecta aplicación de los factores de corrección de la Tabla IV, siendo solo admitido el primero de estos motivos.

El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en Sentencia de 8 de septiembre de 2021 determina el carácter orientativo del baremo de la LRCSCVM en la cuantificación del daño y el criterio para la aplicación del mismo.

En este sentido, se cita como infringida la jurisprudencia contenida en las Sentencias de esta Sala de 30 de abril de 2012 y 26 de octubre de 2011, que señalan «que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado». Esta doctrina ha sido recogida por las SSTs de 9 de julio de 2008, 10 de julio de 2008, 10 de julio de 2008, 23 de julio de 2008, 18 de septiembre de 2008, 30 de octubre de 2008, 18 de junio de 2009, 9 de marzo de 2010, 5 de mayo de 2010, 17 de noviembre de 2010, 22 de noviembre de 2010, 17 de diciembre de 2010, 9 de febrero de 2011 y 19 de mayo de 2011.

La Audiencia había considerado aplicable el baremo vigente a la fecha del siniestro, cuantificando el punto conforme a las cuantías actualizadas correspondientes a la fecha del alta médica, pero, sin embargo, a la hora de puntuar las secuelas, aplica el baremo de la Ley 35/2015, que no se encontraba en vigor. Por lo tanto, el pronunciamiento inicialmente es coherente con la jurisprudencia, entre otras la STS de 3 de septiembre de 2019, que reproduce la doctrina de la Sentencia de 18 de febrero de 2015, según la cual procede cuantificar el daño mediante la aplicación del baremo o sistema legal de valoración del daño corporal incorporado al Anexo de la Ley 30/1995 de aplicación orientativa a otros sectores distintos de la circulación (SSTs de 9 de diciembre de 2008 y 11 de septiembre 2009, entre otras), «teniendo además en cuenta que, a partir de las SSTs de 17 de abril de 2007, del Pleno de esta Sala, constituye igualmente jurisprudencia reiterada, recogida en las más recientes de 9 de julio de 2008, 10 de julio de 2008, 18 de junio de 2009 y, 9 de marzo y 5 de mayo de 2010, que los daños sufridos quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona ese daño, sin perjuicio de que su valoración económica se haga, a efectos de concretar la indemnización correspondiente, con arreglo a los importes que rigen para el año en que se produzca el alta definitiva o estabilización de las lesiones sufridas por el perjudicado».

Por lo tanto, aunque aplica dicha jurisprudencia al caso, valora la secuela sufrida (monoparesia de miembro superior grave), que se debía valorar en una

horquilla entre 21-25 puntos conforme al baremo vigente, otorgándole la puntuación del baremo fijado por la Ley 35/2015 (35 puntos, en la horquilla prevista de 30-40 puntos); aplicando el valor del punto del sistema vigente en 2014. Por dicho motivo, el Alto Tribunal estima el recurso presentado «en tanto en cuanto no cabe la fijación de la indemnización mediante la aplicación postulada del baremo de tráfico, a través de la utilización conjunta de dos normas jurídicas distintas, una la vigente a la fecha del accidente, con las valoraciones correspondientes al alta médica definitiva, y otra que entró posteriormente en vigor, tras la producción del daño, la primera para determinar la valoración económica de los puntos y la segunda para fijar la puntuación de la secuela padecida, cuando lo procedente y, además lo acordado por la sentencia de la Audiencia, en pronunciamiento no cuestionado, es que el baremo aplicable era el vigente en 2014, data del acto ilícito y del alta médica con secuelas, que no puede ser fraccionado mediante la aplicación de dos disposiciones normativas vigentes en periodos temporales sucesivos».

En el mismo sentido expuesto, la Sentencia de 3 de septiembre de 2019 ya señaló respecto al carácter orientativo del baremo y la posibilidad de aplicar criterios correctores, en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad donde ha acaecido el siniestro, que ello no significa un arbitrio del tribunal «que llegue al punto de poder elegir qué sistema de valoración de daños personales y qué cuantías elige, si los vigentes cuando se produjo el accidente (y, en el caso de lesiones, la cuantía del punto vigente cuando se produce el alta definitiva) o los vigentes en un momento posterior».

V. CONCLUSIONES

I. Las resoluciones de una reclamación administrativa no impide el enjuiciamiento en el orden jurisdiccional civil y su resultado solo tendrá relevancia a los efectos de hechos probatorios.

II. La acción directa de artículo 76 de LCS posibilita la reclamación del daño imputable al asegurado, cubierto por el seguro de responsabilidad civil, directamente a la aseguradora para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar; incluso cuando la mala praxis se ocasione en un hospital público.

III. La legislación española no cuenta con un baremo específico para la cuantificación de los daños personales por negligencia médica, por lo que se aplica por analogía el baremo contenido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de valoración de daños personales causados a las personas en accidentes de circulación. Si bien este baremo, no comprende muchas de las lesiones que se producen en el ámbito sanitario, no pueden equiparse las causas que se originan en este ámbito ni tampoco se tiene en cuenta que no comparte el mismo criterio de imputación de la responsabilidad.

IV. El sistema contenido en el baremo no es preceptivo y vinculante en el ámbito médico, sino orientativo, pero debe aplicarse con uniformidad y con todas sus consecuencias. No cabe someter la valoración solo a los conceptos y criterios particulares de conveniencia, y a otros no; y debe respetarse el régimen vigente para la determinación del daño, que es el del momento del siniestro, sin perjuicio de que su valoración económica se haga, a efectos de concretar la indemnización correspondiente, con arreglo a los importes que rigen para el año en que se produzca el alta definitiva o estabilización de las lesiones sufridas por el perjudicado.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 8 de septiembre de 2021.
- STS de 3 de septiembre de 2019.
- STS de 20 de septiembre de 2018.
- STS de 10 de marzo de 2016.
- STS de 8 de febrero de 2015.
- STS de 6 de junio de 2014.
- STS de 14 de febrero de 2014.
- STS de 16 de diciembre de 2013.
- STS de 7 de noviembre de 2013.
- STS de 19 de septiembre de 2013.
- STS de 3 de julio de 2013.
- STS de 18 de junio de 2013.
- STS de 14 de noviembre de 2012.
- STS de 30 de abril de 2012.
- STS de 26 de enero de 2012.
- STS de 30 de noviembre de 2011.
- STS de 26 de octubre de 2011.
- STS de 19 de mayo de 2011.
- STS de 9 de febrero de 2011.
- STS de 16 de enero de 2011.
- STS de 17 de diciembre de 2010.
- STS de 22 de noviembre de 2010.
- STS de 17 de noviembre de 2010.
- STS de 4 de noviembre de 2010.
- STS de 22 de septiembre de 2010.
- STS de 5 de mayo de 2010.
- STS de 9 de marzo de 2010.
- STS de 11 de septiembre de 2009.
- STS de 18 de junio de 2009.
- STS de 4 de junio de 2009.
- STS de 9 de diciembre de 2008.
- STS de 30 de octubre de 2008.
- STS de 1 de octubre de 2008.
- STS de 18 de septiembre de 2008.
- STS de 23 de julio de 2008.
- STS de 10 de julio de 2008.
- STS de 9 de julio de 2008.
- STS de 8 de noviembre de 2007.
- STS de 17 de abril de 2007, del Pleno.
- STS de 16 de abril de 2007.
- STS de 1 de febrero 2007.
- STS de 5 de enero de 2007.
- STS de 26 de abril de 2007.
- STS de 10 de febrero de 2006.
- STS de 17 de noviembre de 2004.
- STS de 4 de octubre de 2004.
- STS de 26 de marzo de 2004.

- STS de 17 de marzo de 2004.
- STS de 5 de febrero de 2001.
- STS de 2 de noviembre 1999.
- STS de 6 de febrero de 1994.
- STS de 16 de octubre de 1986.

SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP de Barcelona, Sección 17.^a, de 28 de junio de 2018.
- SAP de Zaragoza, Sección 5.^a, de 14 de junio de 2017.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P. (2014). La protección del asegurado en el seguro de asistencia sanitaria. En J. Bataller Grau y A.B. Veiga Copo (dir.) *La Protección del Cliente en el Mercado Asegurador*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 1419-1459. Accesible desde *Aranzadi Academic*, BIB 2013\16076, 1-31.
- MONTERROSO CASADO, E. (2018). Responsabilidad civil médica: análisis de los criterios de imputación. En E. Monterroso Casado (dir.). *Responsabilidad profesional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2020). *Responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación y valoración de daños a las personas conforme a la Ley 35/2015*, 4.^a edición, CEF, Madrid.
- (2019). La responsabilidad civil de las aseguradoras de asistencia sanitaria respecto a los médicos incluidos en su cuadro facultativo. *RCDI*. Núm. 771, 456-474.
- MOURE GONZÁLEZ, E. (2018). *Hacia un baremo del daño sanitario y cómo valorarlo mientras tanto*. La Ley, Madrid.
- PÉREZ CONESA, C. (2018). Seguro de asistencia sanitaria: responsabilidad civil de las aseguradoras por daños al asegurado ocasionados por facultativos o en centros comprendidos en su cuadro médico. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10. Accesible desde *Aranzadi Academic*, BIB 2018\13510, 1-24.

NOTAS

¹ MONTERROSO CASADO, E. (2018). Responsabilidad civil médica: análisis de los criterios de imputación. En E. Monterroso Casado (dir.). *Responsabilidad profesional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 56.

² MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P. (2014). La protección del asegurado en el seguro de asistencia sanitaria. En J. Bataller Grau y A.B. Veiga Copo (dir.) *La Protección del Cliente en el Mercado Asegurador*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 1419-1459. Accesible desde *Aranzadi Academic*, BIB 2013\16076, 1-31.

³ MONTERROSO CASADO, E. (2019). La responsabilidad civil de las aseguradoras de asistencia sanitaria respecto a los médicos incluidos en su cuadro facultativo. *RCDI*. Núm. 771, 456-474.

⁴ PÉREZ CONESA, C. (2018). Seguro de asistencia sanitaria: responsabilidad civil de las aseguradoras por daños al asegurado ocasionados por facultativos o en centros comprendidos en su cuadro médico. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10. Accesible desde *Aranzadi Academic*, BIB 2018\13510, 1-24.

⁵ Para un análisis más exhaustivo, véase MOURE GONZÁLEZ, E. (2018). *Hacia un baremo del daño sanitario y cómo valorarlo mientras tanto*. La Ley, Madrid.

⁶ MONTERROSO CASADO, E. (2020). *Responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación y valoración de daños a las personas conforme a la Ley 35/2015*, 4.^a edición, CEF, Madrid, 18.

Arrendamientos urbanos, epidemia del COVID 19 y estado de alarma (III)

Urban leases, COVID 19 epidemic and state of alarm (III)

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
*Profesora contratada Doctora de Derecho civil
Acreditada a profesor titular de Universidad
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: El Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 ha sufrido diversas modificaciones desde su entrada en vigor. Recientemente, el Real Decreto Ley 21/2021, de 26 de octubre, ha prorrogado las medidas en materia de vivienda reguladas en aquel (suspensión de procesos de desahucio y lanzamientos; prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento y solicitud de moratoria al arrendador gran tenedor) hasta el 28 de febrero de 2022. Igualmente se ha prorrogado hasta el 31 de marzo la solicitud de compensaciones a las Administraciones públicas por los arrendadores por el periodo que medie entre que se acordare la suspensión extraordinaria del artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo y el momento en el que la misma se levante por el Tribunal o por alcanzar el límite temporal del 28 de febrero de 2022. Por otro lado, diversas resoluciones judiciales han ido creando doctrina jurisprudencial en torno a la aplicación del Real Decreto Ley 11/2020. En este sentido, se ha señalado que acreditar un salario inferior a tres veces el IPREM no supone acreditar la situación de vulnerabilidad descrita en el artículo 5 del Real Decreto Ley. Igualmente se ha indicado que la conclusión del arrendamiento en tácita reconducción antes del 2 de abril de 2020 (fecha de la entrada en vigor), impide solicitar la prórroga extraordinaria del mismo con arreglo al artículo 2 del Real Decreto Ley.

ABSTRACT: Royal Decree Law 11/2020, of March 31, which adopts urgent complementary measures in the social and economic sphere to deal with COVID-19 has undergone various modifications since its entry into force. Recently, Royal Decree Law 21/2021, of October 26, has extended the measures on housing regulated in that one (suspension of eviction processes and launches; extraordinary extension of lease contracts and request for moratorium to the landlord large holder) until February 28, 2022. Likewise, the request for compensation to Public Administrations by landlords has been extended until March 31, for the period between the extraordinary suspension of article 1 of Royal Decree-Law 11/2020, of March 31 and the moment in which it is lifted by the Court or by reaching the time limit of February 28, 2022. On the other hand, various court decisions have been creating

jurisprudential doctrine around the application of Royal Decree Law 11/2020. In this sense, it has been pointed out that proving a salary lower than three times the IPREM does not imply proving the situation of vulnerability described in article 5 of the Royal Decree Law. It has also been indicated that the conclusion of the lease in tacit renewal before 2 April 2020 (date of entry into force), prevents requesting an extraordinary extension of the same in accordance with article 2 of the Royal Decree Law.

PALABRAS CLAVE: Arrendamientos urbanos. COVID-19. Suspensión del lanzamiento. Prórroga extraordinaria del contrato. Moratoria.

KEY WORDS: *Urban leases. COVID-19. Suspension of eviction. Extraordinary extension of the contract; moratorium.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO LEY 2/2021, DE 26 DE ENERO.—III. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO LEY 8/2021, DE 4 DE MAYO.—IV. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO LEY 16/2021, DE 3 DE AGOSTO.—V. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO LEY 21/2021, DE 26 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE PRORROGAN LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN SOCIAL PARA HACER FRENTE A SITUACIONES DE VULNERABILIDAD SOCIAL Y ECONÓMICA.—VI. JURISPRUDENCIA RECAÍDA EN APLICACIÓN DEL REAL DECRETO LEY 11/2020: 1. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEBE RESOLVERSE EN CASO DE IMPAGO DE RENTAS, SIN PERJUICIO DE QUE EN LA FASE DE LANZAMIENTO PUEDA TENERSE EN CUENTA LA SUSPENSIÓN SOLICITADA POR LA PARTE DEMANDADA AL AMPARO DEL ARTÍCULO 1 DEL REAL DECRETO LEY 11/2020. 2. NO BASTA ACREDITAR UNOS INGRESOS INFERIORES A TRES VECES EL IPREM PARA ENTENDER QUE EL ARRENDATARIO SE ENCUENTRA EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD. 3. NO CABE SOLICITAR LA PRÓRROGA EXTRAORDINARIA DEL ARTÍCULO 2 CUANDO SE HA PUESTO FIN AL CONTRATO SUJETO A TÁCITA RECONDUCCIÓN. 4. LAS MEDIDAS DE LOS ARTÍCULOS 1 Y 1 BIS DEL REAL DECRETO LEY 11/2020 NO SON APLICABLES A LOS DESAHUCIOS ADMINISTRATIVOS.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 introdujo en el ordenamiento jurídico español una serie de medidas excepcionales y transitorias en materia arrendaticia para paliar los efectos derivados de la drástica reducción de ingresos que pudo suponer en buena parte de la población el conjunto de medidas gubernamentales adoptadas para hacer frente a la llamada crisis sanitaria, crisis sanitaria que ha sido más bien una crisis institucional y de libertades fundamentales (*vid.*, STC 148/2021, de 14 de julio de 2021 y STC 183/2021, de 27 de octubre). Dichas medidas, en el ámbito del arrendamiento de vivienda, han consistido en una moratoria del pago de la renta arrendaticia por arrendadores que tengan la condición de grandes tenedores (art. 4), la solicitud de préstamos avalados y subvencionados por el Estado

para el pago de la renta arrendaticia (art. 9), ayudas directas para el abono de la renta o la devolución de dichos préstamos (art. 10), la adjudicación de soluciones habitacionales (art. 11), así como la suspensión extraordinaria de los procesos de desahucio arrendaticio (art. 1), medidas todas ellas para cuya aplicación se requiere que el arrendatario de vivienda habitual se encuentre dentro del ámbito de aplicación del artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020, que define la situación de vulnerabilidad económica derivada de la epidemia del COVID-19¹.

A estas medidas se añaden la medida de prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual (art. 2), así como la incentivación para que el arrendador que no es gran tenedor y el arrendatario verifiquen una novación modificativa objetiva del contrato (art. 8), medidas estas para las que no es preciso que el inquilino se encuentre en esa situación de vulnerabilidad económica, aunque la cuestión es dudosa en lo que se refiere a la prórroga extraordinaria del contrato de arrendamiento².

El Real Decreto Ley 11/2020 ha sufrido diversas reformas recientes por el Real Decreto Ley 2/2021, de 26 de enero; Real Decreto Ley 8/2021, de 4 de mayo y Real Decreto Ley 16/2021, de 3 de agosto. En vísperas de la extinción de las medidas transitorias y excepcionales fijadas en este último, cuya fecha de caducidad estaba prevista para el 31 de octubre de 2021, se ha dictado el Real Decreto Ley 21/2021, de 26 de octubre, por el que se prorrogan las medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, hasta el 28 de febrero de 2022.

Expondremos a continuación las distintas modificaciones experimentadas por el Real Decreto Ley 11/2020 por orden cronológico e igualmente comentaremos algunas resoluciones judiciales recaídas en aplicación del mismo.

II. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO LEY 2/2021, DE 26 DE ENERO

El Real Decreto Ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo (que entró en vigor el 27 de enero de 2021 de acuerdo con su disposición final undécima) modificó en la disposición final octava el artículo 2 y el artículo 4.1 del Real Decreto Ley 11/2020. El artículo 2 quedó con la siguiente redacción:

«Artículo 2. *Prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual.* En los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los que, dentro del periodo comprendido desde la entrada en vigor de este Real Decreto Ley hasta la finalización del estado de alarma declarado por Real Decreto Ley 926/2020, de 25 de octubre y prorrogado por Real Decreto Ley 956/2020, de 3 de noviembre, finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1 o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1, ambos artículos de la referida Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, podrá aplicarse, previa solicitud del arrendatario, una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de seis meses, durante los cuales se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor. Esta solicitud de prórroga extraordinaria deberá ser aceptada por el arrendador, salvo que se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes, o en el caso de que el arrendador haya comunicado en los plazos y condiciones estableci-

dos en el artículo 9.3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, la necesidad de ocupar la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial».

El precepto incluye en su redacción el nuevo periodo durante el cual puede finalizar el contrato de arrendamiento (hecho que da lugar a la posibilidad de solicitar la prórroga extraordinaria) que abarca desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2020 (2 de abril de 2020) hasta la finalización del segundo estado de alarma (8 de mayo de 2021)³. Siempre pues que en dicho plazo se hubiese extinguido el arrendamiento cabría solicitar (dentro de dicho plazo) una prórroga extraordinaria del mismo⁴.

En cuanto al apartado 1 del artículo 4 quedó con la siguiente redacción:

«1. La persona arrendataria de un contrato de vivienda habitual suscrito al amparo de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que se encuentre en situación de vulnerabilidad económica, tal y como se define en el artículo siguiente, podrá solicitar de la persona arrendadora cuando esta sea una empresa o entidad pública de vivienda o un gran tenedor, entendiéndose por tal la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1500 m², hasta la finalización del estado de alarma declarado por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre y prorrogado por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, siempre que dicho aplazamiento o la condonación total o parcial de la misma no se hubiera conseguido ya con carácter voluntario por acuerdo entre ambas partes».

En relación con la moratoria arrendaticia, la novedad que introdujo el Real Decreto Ley 2/2021, de 26 de enero, fue la posibilidad de solicitarla hasta el fin del nuevo estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020 y prorrogado por el Real Decreto 956/2020, o sea, hasta el 8 de mayo de 2021 y de aplicarse hasta dicha fecha, y en su caso 4 meses adicionales en función de la vulnerabilidad del inquilino (*vid.*, art. 4.2 Real Decreto Ley 11/2020).

Este artículo 4 del Real Decreto Ley 11/2020 había generado problemas de interpretación en cuanto al *periodo temporal durante el cual era aplicable la moratoria* dado que el primer estado de alarma, periodo temporal al que inicialmente se refería, más cuatro meses adicionales en función de la vulnerabilidad del inquilino, concluyó el 20 de junio de 2020 y, sin embargo, pese a ello, *sucesivas reformas habían ido ampliando el plazo para solicitar la moratoria, más allá del fin del primer estado de alarma*⁵.

Ahora bien, como ya he manifestado en otro lugar, en mi opinión las moratorias solicitadas antes del 27 de enero de 2021 (fecha de entrada en vigor del RD Ley 2/2021) *no podrían extenderse hasta el 8 de mayo de 2021 (y cuatro meses adicionales, en su caso), pues lo contrario causaría grave perjuicio al arrendador que bien podría haber optado por la alternativa de la condonación del 50 % de la renta arrendaticia si hubiera previsto dicho término final para la medida (el cual no figuraba en el texto del precepto regulador de la cuestión, afectando a la seguridad jurídica)*. Además, la nueva redacción del precepto *no tenía efectos retroactivos* (art. 2.3 CC)⁶.

III. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO LEY 8/2021, DE 4 DE MAYO.

El Real Decreto Ley 8/2021 por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 modifica los artículos 1, 2 y 4.1 del Real Decreto Ley 11/2020 con la finalidad de que la suspensión de los procedimientos de desahucio y los lanzamientos así como la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda y la solicitud de moratoria al gran tenedor puedan producirse hasta el 9 de agosto de 2021, es decir, más allá de la finalización del segundo estado de alarma el 8 de mayo de 2021. El Real Decreto Ley 8/2021 entró en vigor el 9 de mayo de 2021, de acuerdo con su disposición final segunda. El texto de los artículos modificados del Real Decreto Ley 11/2020 pasó a tener la siguiente redacción:

«Artículo 1. *Suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional.* 1. Desde la entrada en vigor del presente Real Decreto Ley y hasta el 9 de agosto de 2021, en todos los juicios verbales que versen sobre reclamaciones de renta o cantidades debidas por el arrendatario, o la expiración del plazo de duración de contratos suscritos conforme a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que pretendan recuperar la posesión de la finca, se haya suspendido o no previamente el proceso en los términos establecidos en el artículo 441.5 de dicha ley, la persona arrendataria podrá instar, de conformidad con lo previsto en este artículo, un incidente de suspensión extraordinaria del desahucio o lanzamiento ante el Juzgado por encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva. Así mismo, si no estuviese señalada fecha para el lanzamiento, por no haber transcurrido el plazo de diez días a que se refiere el artículo 440.3 o por no haberse celebrado la vista, se suspenderá dicho plazo o la celebración de la vista. *Estas medidas de suspensión que se establecen con carácter extraordinario y temporal, en todo caso, dejarán de surtir efecto desde el 9 de agosto de 2021.* 2. Para que opere la suspensión a que se refiere el apartado anterior, la persona arrendataria deberá acreditar que se encuentra en alguna de las situaciones de vulnerabilidad económica descritas en las letras a) y b) del artículo 5 del presente Real Decreto Ley mediante la presentación de los documentos previstos en el artículo 6.1. El letrado de la Administración de Justicia dará traslado de dicha acreditación al demandante, quien en el plazo máximo de diez días podrá acreditar ante el Juzgado, por los mismos medios, encontrarse igualmente en la situación de vulnerabilidad económica descrita en la letra a) del artículo 5 o en riesgo de situarse en ella, en caso de que se adopte la medida de suspensión del lanzamiento. 3. Una vez presentados los anteriores escritos, el letrado de la Administración de Justicia deberá trasladar inmediatamente a los servicios sociales competentes toda la documentación y solicitará a dichos servicios informe, que deberá ser emitido en el plazo máximo de diez días, en el que se valore la situación de vulnerabilidad del arrendatario y, en su caso, del arrendador, y se identifiquen las medidas a aplicar por la administración competente. 4. El juez, a la vista de la documentación presentada y del informe de servicios sociales, dictará un auto en el que acordará la suspensión del lanzamiento si se considera acreditada la situación de vulnerabilidad económica

y, en su caso, que no debe prevalecer la vulnerabilidad del arrendador. Si no se acreditara la vulnerabilidad por el arrendatario o bien debiera prevalecer la situación de vulnerabilidad del arrendador acordará la continuación del procedimiento. En todo caso, el auto que fije la suspensión señalará expresamente que *el 9 de agosto de 2021 se reanuda automáticamente el cómputo de los días a que se refiere el artículo 440.3 o se señalará fecha para la celebración de la vista y, en su caso, del lanzamiento, según el estado en que se encuentre el proceso*. Acreditada la vulnerabilidad, antes de la finalización del plazo máximo de suspensión, las Administraciones públicas competentes deberán, adoptar las medidas indicadas en el informe de servicios sociales u otras que consideren adecuadas para satisfacer la necesidad habitacional de la persona en situación de vulnerabilidad que garanticen su acceso a una vivienda digna. Una vez aplicadas dichas medidas la Administración competente habrá de comunicarlo inmediatamente al Tribunal, y el letrado de la Administración de Justicia deberá dictar en el plazo máximo de tres días decreto acordando el levantamiento de la suspensión del procedimiento. 5. A los efectos previstos en el artículo 150.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se entenderá que concurre el consentimiento de la persona arrendataria por la mera presentación de la solicitud de suspensión. Se entenderá igualmente que concurre el consentimiento del arrendador para hacer la comunicación prevenida en este artículo por la mera presentación del escrito alegando su situación de vulnerabilidad económica».

«Artículo 2. *Prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual*. En los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los que, dentro del periodo comprendido desde la entrada en vigor de este Real Decreto Ley y hasta el 9 de agosto de 2021, finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1 o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1, ambos artículos de la referida Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, podrá aplicarse, previa solicitud del arrendatario, una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de seis meses, durante los cuales se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor. Esta solicitud de prórroga extraordinaria deberá ser aceptada por el arrendador, salvo que se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes, o en el caso de que el arrendador haya comunicado en los plazos y condiciones establecidos en el artículo 9.3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, la necesidad de ocupar la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial».

En cuanto al artículo 4, relativo a la moratoria en caso de arrendador gran tenedor el texto del precepto en su nueva redacción señalaba:

«1. La persona arrendataria de un contrato de vivienda habitual suscrito al amparo de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que se encuentre en situación de vulnerabilidad económica, tal y como se define en el artículo siguiente, podrá solicitar de la persona arrendadora cuando esta sea una empresa o entidad pública de vivienda o un gran tenedor, entendiéndose por tal la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1500 m², hasta el 9 de agosto de 2021, el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta,

siempre que dicho aplazamiento o la condonación total o parcial de la misma no se hubiera conseguido ya con carácter voluntario por acuerdo entre ambas partes».

En relación con la moratoria vuelve a plantearse el problema interpretativo del periodo durante el cual se extenderá el aplazamiento temporal en el pago de la renta o la condonación del 50% de la misma (es decir, cuáles son las mensualidades respecto de las que cabe plantear la moratoria). Al quedar inalterado el párrafo segundo del artículo 4 se produce la paradoja de que por un lado, la moratoria pueda solicitarse, por ejemplo, el 8 de agosto de 2021; por otro lado, *el aplazamiento extraordinario de la renta se produciría a partir de la mensualidad siguiente a la de la solicitud y las mensualidades afectadas serán las correspondientes a los meses durante los cuales estuvo vigente el estado de alarma y los cuatro meses posteriores que finalizaban el 8 de septiembre de 2021.* De manera que si pensamos que el arrendatario debe estar al corriente de pago en el momento de solicitar la moratoria (como he entendido hasta ahora) el mencionado aplazamiento de renta solo abarcaría en nuestro ejemplo la mensualidad de septiembre⁷.

Todo ello salvo que pensemos que la moratoria en lugar de tener por finalidad evitar impagos futuros puede referirse a cantidades impagadas en fechas anteriores a la solicitud de aplicación de la medida. Si bien debería tratarse en todo caso de cantidades impagadas durante el segundo estado de alarma y los cuatro meses posteriores, en cuyo caso la aplicación de esta moratoria así entendida evitaría que pudiera iniciarse un proceso de desahucio por impago de rentas en caso de arrendador gran tenedor.

Ahora bien, cabría también que el arrendador gran tenedor optase por la alternativa de la reducción del 50% de la renta arrendaticia *durante el tiempo que dure el estado de alarma decretado por el Gobierno y las mensualidades siguientes si aquel plazo fuera insuficiente en relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa del COVID-19, con un máximo en todo caso de cuatro meses*⁸. Por lo que en el ejemplo de solicitud de aplicación de la medida el 8 de agosto de 2021 se reduciría un 50 % la renta de los meses de agosto y septiembre. En este caso pienso que no cabe otra interpretación pues, de lo contrario, el gran tenedor estaría concediendo al mismo tiempo moratoria y condonación del 50 % ya que las rentas condonadas solo se entenderían exigibles desde el momento de otorgamiento de la condonación.

IV. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO LEY 16/2021, DE 3 DE AGOSTO

El Real Decreto Ley 16/2021, de 3 de agosto, por el que se adoptan medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, entró en vigor el 4 de agosto de 2021 según su disposición final cuarta. La norma modifica nuevamente los artículos 1, 2 y 4.1 del Real Decreto Ley 11/2020 con la finalidad de prorrogar los plazos de suspensión de desahucios y lanzamientos arrendaticios y la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento así como la solicitud de moratoria hasta el 31 de octubre de 2021.

Este Real Decreto Ley también modifica la disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 37/2020, que regula el derecho de compensación de los arrendadores afectados por suspensiones de desahucios y lanzamientos arrendaticios.

De este modo, los arrendadores afectados por la suspensión extraordinaria del desahucio o lanzamiento prevista en el artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020, tendrán derecho a solicitar una compensación cuando la administración competente, en los tres meses siguientes a la fecha en que se emita el informe de los servicios sociales señalando las medidas adecuadas para atender la situación de vulnerabilidad acreditada, no hubiera adoptado tales medidas. La compensación consistirá en el *valor medio que correspondería a un alquiler de vivienda en el entorno en que se encuentre el inmueble*, determinado a partir de los índices de referencia del precio del alquiler de vivienda u otras referencias objetivas representativas del mercado de arrendamiento, *más los gastos corrientes de la vivienda que acredite haber asumido el arrendador, por el periodo que medie entre que se acordare la suspensión y el momento en el que la misma se levante por el Tribunal o hasta el 31 de octubre de 2021*. No obstante, si dicho valor fuera superior a la renta que viniera percibiendo el arrendador, la compensación consistirá en la renta dejada de percibir durante el mismo periodo señalado anteriormente más los gastos corrientes. La solicitud de compensación podrá presentarse *hasta el 30 de noviembre de 2021* debiendo formular el arrendador una exposición razonada y justificada de la compensación que considere procedente sobre la base de los criterios indicados anteriormente⁹.

En su disposición final primera, el Real Decreto Ley 16/2021 modifica el Real Decreto 401/2021, de 8 de junio, por el que se aprueban las medidas necesarias para que las comunidades autónomas puedan utilizar los recursos del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, a fin de hacer frente a las compensaciones que procedan, y por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento de la compensación a los propietarios y arrendadores a que se refieren los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo. La modificación afecta al artículo 3 relativo al procedimiento para la presentación, tramitación y resolución de solicitudes formuladas por los arrendadores. De acuerdo con dicho precepto, el procedimiento para la obtención de compensaciones se iniciará a instancia de parte, mediante la correspondiente solicitud, que podrá presentarse hasta el 30 de noviembre de 2021.

El arrendador dirigirá su solicitud al órgano competente en materia de vivienda de la comunidad autónoma o de las ciudades de Ceuta y Melilla, debiendo ir acompañada de una exposición razonada y justificada de la compensación por el periodo que medie entre que se acordare la suspensión extraordinaria del artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020, y el momento en el que la misma se levante por el Tribunal o por alcanzar el límite temporal del 31 de octubre de 2021. La solicitud indicará la compensación que se estima procedente sobre la base de los siguientes criterios: a) El valor medio que correspondería a un alquiler de vivienda en el entorno en que se encuentre el inmueble, determinado a partir de los índices de referencia del precio del alquiler de vivienda u otras referencias objetivas representativas del mercado de arrendamiento. Si dicho valor fuera superior a la renta que viniera percibiendo el arrendador, la compensación consistirá en la renta dejada de percibir; b) Los gastos corrientes de la vivienda que acredite haber asumido el arrendador por el periodo que medie entre que se acordare la suspensión y el momento en el que la misma se levante por el Tribunal o por alcanzar el límite temporal del 31 de octubre de 2021.

Las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla tramitarán las compensaciones a los arrendadores conforme con lo establecido en el Real Decreto 401/2021 y en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. El plazo máximo para resolver y noti-

ficar la resolución al interesado será de tres meses, si bien excepcionalmente el órgano competente podrá acordar de manera motivada ampliar el plazo en tres meses más, circunstancia que se notificará expresamente al interesado. Vencido el plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, el interesado podrá entenderla estimada por silencio administrativo. Las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla podrán desarrollar o completar este procedimiento con objeto de facilitar su gestión y la percepción de las compensaciones por el arrendador.

V. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO LEY 21/2021, DE 26 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE PRORROGAN LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN SOCIAL PARA HACER FRENTE A SITUACIONES DE VULNERABILIDAD SOCIAL Y ECONÓMICA

Este nuevo Real Decreto Ley prorroga la vigencia de las medidas en materia de vivienda adoptadas por el Real Decreto Ley 11/2020 hasta el 28 de febrero de 2022, ante la previsión de que dichas medidas dejen de surtir efecto el 31 de octubre de 2021. «De esta manera —indica la exposición de motivos de la norma— se amplía hasta esa fecha la suspensión de los procedimientos de desahucio y lanzamientos en los supuestos y de acuerdo con los trámites ya establecidos, así como en consonancia la posibilidad hasta el 31 de marzo de 2022 de solicitar compensación por parte del arrendador ...recogida en el Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes».

«También se extiende la posibilidad de solicitar la moratoria o condonación parcial de la renta, cuando el arrendador sea un gran tenedor o entidad pública, en los términos establecidos en dicho Real Decreto Ley; y se amplían hasta el 28 de febrero de 2022 los contratos de arrendamiento de vivienda que pueden acogerse a la prórroga extraordinaria de seis meses, en los mismos términos y condiciones del contrato en vigor».

Así pues, con fecha de 28 de octubre de 2021, fecha de entrada en vigor de este nuevo Real Decreto Ley (disposición final sexta), los artículos 1, 2 y 4.1 del Real Decreto Ley 11/2020 quedan con la siguiente redacción, que es, pues, la redacción vigente:

«Artículo 1. Suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional.»

1. Desde la entrada en vigor del presente Real Decreto Ley y hasta el 28 de febrero de 2022, en todos los juicios verbales que versen sobre reclamaciones de renta o cantidades debidas por el arrendatario, o la expiración del plazo de duración de contratos suscritos conforme a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que pretendan recuperar la posesión de la finca, se haya suspendido o no previamente el proceso en los términos establecidos en el apartado 5 del artículo 441 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la persona arrendataria podrá instar, de conformidad con lo previsto en este artículo, un incidente de suspensión extraordinaria del desahucio o lanzamiento ante el Juzgado por encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva.

Así mismo, si no estuviese señalada fecha para el lanzamiento, por no haber transcurrido el plazo de diez días a que se refiere el artículo 440.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o por no haberse celebrado la vista, se suspenderá dicho plazo o la celebración de la vista.

Estas medidas de suspensión que se establecen con carácter extraordinario y temporal, en todo caso, dejarán de surtir efecto el 28 de febrero de 2022.

2. Para que opere la suspensión a que se refiere el apartado anterior, la persona arrendataria deberá acreditar que se encuentra en alguna de las situaciones de vulnerabilidad económica descritas en las letras a) y b) del artículo 5.1 del presente Real Decreto Ley mediante la presentación de los documentos previstos en el artículo 6.1. El letrado de la Administración de Justicia dará traslado de dicha acreditación al demandante, quien en el plazo máximo de diez días podrá acreditar ante el Juzgado, por los mismos medios, encontrarse igualmente en la situación de vulnerabilidad económica descrita en la letra a) del artículo 5.1 o en riesgo de situarse en ella, en caso de que se adopte la medida de suspensión del lanzamiento.

3. Una vez presentados los anteriores escritos, el letrado de la Administración de Justicia deberá trasladar inmediatamente a los servicios sociales competentes toda la documentación y solicitará a dichos servicios informe, que deberá ser emitido en el plazo máximo de diez días, en el que se valore la situación de vulnerabilidad del arrendatario y, en su caso, del arrendador, y se identifiquen las medidas a aplicar por la administración competente.

4. El juez, a la vista de la documentación presentada y del informe de servicios sociales, dictará un auto en el que acordará la suspensión del lanzamiento si se considera acreditada la situación de vulnerabilidad económica y, en su caso, que no debe prevalecer la vulnerabilidad del arrendador. Si no se acreditara la vulnerabilidad por el arrendatario o bien debiera prevalecer la situación de vulnerabilidad del arrendador acordará la continuación del procedimiento. *En todo caso, el auto que fije la suspensión señalará expresamente que el 28 de febrero de 2022 se reanudará automáticamente el cómputo de los días a que se refiere el artículo 440.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o se señalará fecha para la celebración de la vista y, en su caso, del lanzamiento, según el estado en que se encuentre el proceso.*

Acreditada la vulnerabilidad, antes de la finalización del plazo máximo de suspensión, las Administraciones públicas competentes deberán, adoptar las medidas indicadas en el informe de servicios sociales u otras que consideren adecuadas para satisfacer la necesidad habitacional de la persona en situación de vulnerabilidad que garanticen su acceso a una vivienda digna. Una vez aplicadas dichas medidas la Administración competente habrá de comunicarlo inmediatamente al Tribunal, y el letrado de la Administración de Justicia deberá dictar en el plazo máximo de tres días decreto acordando el levantamiento de la suspensión del procedimiento.

5. A los efectos previstos en el artículo 150.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se entenderá que concurre el consentimiento de la persona arrendataria por la mera presentación de la solicitud de suspensión.

Se entenderá igualmente que concurre el consentimiento del arrendador para hacer la comunicación prevenida en este artículo por la mera presentación del escrito alegando su situación de vulnerabilidad económica».

«Artículo 2. Prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual.

En los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los que, dentro del periodo comprendido desde la entrada en vigor de este Real Decreto Ley y hasta el 28 de febrero de 2022, finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1, o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1, ambos artículos de la referida Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, podrá aplicarse, previa solicitud del arrendatario, una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de seis meses, durante los cuales se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor. Esta solicitud de prórroga extraordinaria deberá ser aceptada por el arrendador, salvo que se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes, o en el caso de que el arrendador haya comunicado en los plazos y condiciones establecidos en el artículo 9.3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, la necesidad de ocupar la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial».

«Artículo 4. Aplicación automática de la moratoria de la deuda arrendaticia en caso de grandes tenedores y empresas o entidades públicas de vivienda.

1. La persona arrendataria de un contrato de vivienda habitual suscrito al amparo de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que se encuentre en situación de vulnerabilidad económica, tal y como se define en el artículo siguiente, podrá solicitar de la persona arrendadora cuando esta sea una empresa o entidad pública de vivienda o un gran tenedor, entendiéndose por tal la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1500 m², hasta el 28 de febrero de 2022, el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, siempre que dicho aplazamiento o la condonación total o parcial de la misma no se hubiera conseguido ya con carácter voluntario por acuerdo entre ambas partes.

2. En el caso de que el acuerdo no se hubiese producido, el arrendador comunicará expresamente al arrendatario, en el plazo máximo de 7 días laborables, su decisión, escogida entre las siguientes alternativas:

a) Una reducción del 50% de la renta arrendaticia durante el tiempo que dure el estado de alarma decretado por el Gobierno y las mensualidades siguientes si aquel plazo fuera insuficiente en relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa del COVID-19, con un máximo en todo caso de cuatro meses.

b) Una moratoria en el pago de la renta arrendaticia que se aplicará de manera automática y que afectará al periodo de tiempo que dure el estado de alarma decretado por el Gobierno y a las mensualidades siguientes, prorrogables una a una, si aquel plazo fuera insuficiente en relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa del COVID-19, sin que puedan superarse, en ningún caso, los cuatro meses. Dicha renta se aplazará, a partir de la siguiente mensualidad de renta arrendaticia, mediante el fraccionamiento de las cuotas durante al menos tres años, que se contarán a partir del momento en el que se supere la situación aludida anteriormente, o a partir de la finalización del plazo de los cuatro meses antes citado, y siempre dentro del plazo a lo largo del cual continúe la vigencia del contrato de arrendamiento o cualquiera de sus prórrogas. La persona arrendataria no tendrá ningún tipo de penalización y las cantidades aplazadas serán devueltas a la persona arrendadora sin intereses.

3. Lo dispuesto en los dos apartados anteriores resultará de aplicación a todos los arrendamientos correspondientes al Fondo Social de Vivienda derivado del Real Decreto Ley 27/2012 de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

4. La persona arrendataria podrá tener acceso al programa de ayudas transitorias de financiación reguladas por el artículo 9, levantándose la moratoria en el pago de la renta arrendaticia regulada por este artículo y el consiguiente fraccionamiento de las cuotas preestablecido, en la primera mensualidad de renta en la que dicha financiación esté a disposición de la persona obligada a su pago».

En cuanto a la disposición final segunda modifica los plazos establecidos en el Real Decreto 401/2021, de 8 de junio (art. 3), precepto por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento de la compensación a los arrendadores cuyo inquilino se beneficia de una paralización del procedimiento de desahucio.

«Artículo 3. Procedimiento para la presentación, tramitación y resolución de solicitudes formuladas por los arrendadores o propietarios de las viviendas afectadas.

1. El procedimiento para la obtención de compensaciones se iniciará a instancia de parte, mediante la correspondiente solicitud, que podrá presentarse hasta el 31 de marzo de 2022.

2. El arrendador o el propietario dirigirán su solicitud al órgano competente en materia de vivienda de la comunidad autónoma o de las ciudades de Ceuta y Melilla, que deberá ir acompañada de una exposición razonada y justificada de la compensación por el periodo que medie entre que se acordare la suspensión extraordinaria del artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, o bien la suspensión del lanzamiento del artículo 1 bis del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, y el momento en el que la misma se levante por el Tribunal o por alcanzar el límite temporal del 28 de febrero de 2022, y que considere procedente sobre la base de los siguientes criterios:

a) El valor medio que correspondería a un alquiler de vivienda en el entorno en que se encuentre el inmueble, determinado a partir de los índices de referencia del precio del alquiler de vivienda u otras referencias objetivas representativas del mercado de arrendamiento. Si dicho valor fuera superior a la renta que viniera percibiendo el arrendador, la compensación consistirá en la renta dejada de percibir.

b) Los gastos corrientes de la vivienda que acredite haber asumido el arrendador o propietario, por el periodo que medie entre que se acordare la suspensión y el momento en el que la misma se levante por el Tribunal o por alcanzar el límite temporal del 28 de febrero de 2022.

c) En el caso de la suspensión del lanzamiento del artículo 1 bis del Real Decreto Ley citado, se deberá acreditar, por el propietario, el perjuicio económico que le ha ocasionado al encontrarse la vivienda ofertada en venta o arrendamiento con anterioridad a la entrada en el inmueble.

3. Las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla tramitarán las compensaciones a arrendadores o propietarios previstas en el Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre, conforme con lo establecido en el presente real decreto y en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La solicitud, así como el resto de trámites del procedimiento, se realizarán por medios electrónicos cuando el solicitante se encuentre entre los sujetos recogidos en el artículo 14.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Las personas físicas

podrán presentar su solicitud en cualquiera de los lugares del artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y realizar el resto de trámites del procedimiento por medios no electrónicos o bien ejercitar su derecho a relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas.

4. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución al interesado será de tres meses, si bien excepcionalmente el órgano competente podrá acordar de manera motivada ampliar el plazo en tres meses más, circunstancia que se notificará expresamente al interesado. Vencido el plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, el interesado podrá entenderla estimada por silencio administrativo.

5. Las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla podrán desarrollar o completar este procedimiento con objeto de facilitar su gestión y la percepción de las compensaciones por el arrendador o el propietario».

VI. JURISPRUDENCIA RECAÍDA EN APLICACIÓN DEL REAL DECRETO LEY 11/2020

Comentamos a continuación algunas resoluciones judiciales que han aplicado preceptos relativos a las medidas extraordinarias y temporales en materia de vivienda del Real Decreto Ley 11/2020.

1. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEBE RESOLVERSE EN CASO DE IMPAGO DE RENTAS, SIN PERJUICIO DE QUE EN LA FASE DE LANZAMIENTO PUEDA TENERSE EN CUENTA LA SUSPENSIÓN SOLICITADA POR LA PARTE DEMANDADA AL AMPARO DEL ARTÍCULO 1 DEL REAL DECRETO LEY 11/2020

Es la doctrina sentada por la SJPII de El Vendrell, de 18 de noviembre de 2020. Doña Azucena celebró un contrato de arrendamiento de vivienda sujeto a la LAU 1994, en la redacción dada por la Ley 4/2013, de 4 de junio de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas y Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española¹⁰, el 6 de diciembre de 2017, con una renta mensual de 600 euros actualizables conforme al IPC. Los arrendatarios, don Silvio y doña Bernarda le pusieron de manifiesto que no podrían pagar las rentas de abril, mayo y junio de 2020, que actualizadas ascendían a 612,66 euros mensuales. La arrendadora no concedió al amparo del artículo 8 del Real Decreto Ley 11/2020 ni el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta ni la condonación total o parcial de la misma. Como los arrendatarios no satisfacían las rentas, la arrendadora interpuso demanda solicitando la resolución del contrato, el desahucio de los arrendatarios y el pago de las rentas de abril y mayo (que ascendían a 1225,32 euros) más las que adeudasen desde la interposición de la demanda hasta el momento de dictar sentencia. Los demandados alegaron encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica como consecuencia de la situación generada por el Covid-19, solicitando la suspensión del procedimiento en virtud de lo dispuesto por el artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, *petición que fue rechazada en el acto de la vista, sin perjuicio de lo que pudiera acordarse en la fase de lanzamiento*. No negándose ninguno de los hechos constitutivos de la pretensión ejercitada por la parte actora, y no alegándose el pago ni circunstancias relativas a la proce-

dencia de la enervación, se dictó sentencia declarando la resolución del contrato de arrendamiento suscrito y condenando a los arrendatarios a dejar libre, vacua y expedita la finca a disposición de la demandante, con apercibimiento de lanzamiento. Igualmente se condenó a los arrendatarios al pago de 1225,32 euros (rentas impagadas), cantidad que con arreglo al artículo 1108 y 1100.1 Código civil devengará el interés legal del dinero desde la interposición de la demanda hasta la sentencia. Devengando desde el dictado de la sentencia y hasta el completo pago el interés de demora procesal del artículo 576 LEC (o sea, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos). La sentencia también condenó a los demandados a pagar a la arrendadora las rentas que se devengasen desde la interposición de la demanda (fecha en que se entiende producida retroactivamente la resolución del contrato) hasta el momento de la entrega de la posesión efectiva de la finca (o, habría que entender, de la suspensión del lanzamiento), en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Para ello se tomará como base de la liquidación de las rentas futuras el importe de la última mensualidad reclamada al presentar la demanda (art. 220.2 LEC), es decir, la renta mensual de 612,66 euros. Esta cantidad también devengaría el interés legal del dinero (art. 1108 CC) desde la interposición de la demanda y el interés de demora procesal desde el dictado de la sentencia.

Es de destacar que la sentencia considera que es preciso primero pronunciarse sobre la resolución del contrato [art. 1124 CC y 27.2.a) LAU] y posteriormente, en fase de ejecución del lanzamiento, sobre la posible suspensión del mismo siempre que se acrediten los requisitos indicados en el artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020 con arreglo al artículo 6 del mismo. Sin embargo, FUENTES-LOJO RIUS y MOLINA ROIG consideran que el artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020 contempla una suspensión del procedimiento y no exclusivamente del lanzamiento en sí¹¹.

Además en el procedimiento cabría alegar la vulnerabilidad social o económica del arrendador sobrevenida como consecuencia de los efectos de la expansión del COVID-19 (art. 1.4 del Real Decreto Ley), si bien planteándose el problema de cómo se valora tal vulnerabilidad pues la regulación del artículo 5 del Real Decreto Ley vale para el arrendatario «pues se compara la renta a pagar con los ingresos, pero no para el arrendador», al igual que los documentos exigidos para acreditar la situación de vulnerabilidad del artículo 6¹².

2. NO BASTA ACREDITAR UNOS INGRESOS INFERIORES A TRES VECES EL IPREM PARA ENTENDER QUE EL ARRENDATARIO SE ENCUENTRA EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Así lo entiende la SJPI de Pamplona núm. 57/2021, de 9 de abril de 2021. El 25 de enero de 2021 Doña Elena interpuso demanda sobre desahucio por falta de pago de las rentas y acumuladamente la acción de reclamación de las rentas debidas, solicitando la resolución del contrato de arrendamiento celebrado el 1 de diciembre de 2018 y sujeto a la redacción dada por la Ley 4/2013 a la LAU 1994. En el suplico de la demanda solicitó el desahucio del inquilino y el mantenimiento del día y hora para el lanzamiento directo del demandado ya acordado en el emplazamiento. Igualmente que se condene al inquilino al pago de 4140 euros en concepto de rentas vencidas (la renta mensual era de 740

euros al mes, actualizable con arreglo al IPC) así como las rentas devengadas desde la interposición de la demanda hasta la efectiva entrega del inmueble y que se autorice expresamente a la arrendadora a hacer suya la fianza por importe de 1400 euros para compensar la deuda reclamada si los mismos no tuvieran que aplicarse a sus fines propios una vez desalojado el inmueble. En el contrato se había pactado que la renta adeudada y no satisfecha en plazo generaría un interés de demora anual equivalente al interés legal del dinero más dos puntos.

En la contestación a la demanda, el demandado opuso que no había podido ejercitar actividad laboral durante la mayor parte del año 2020, siendo imposible hacer frente al pago de la renta y que por ello había efectuado pagos parciales. Por lo que se encontraba incurso en situación de vulnerabilidad, aportando nómina de enero y febrero de 2021 por importe de 1666,79 euros [no superior a tres veces el IPREM, (537,84 €) que resulta 1694,19 euros], indicando que su mujer estaba enferma y que tenía un hijo a cargo. Respecto a las rentas reclamadas solicita que se aplique la cláusula *rebus sic stantibus*. El demandado no pide en aplicación de la vulnerabilidad que alega la moratoria sino que se le condone parcialmente la deuda por el arrendador.

En el acto de la vista la arrendadora alegó que tenía su vivienda gravada con un préstamo hipotecario, viéndose obligada a continuar pagando todos los meses 734 euros y que ya anteriormente se vio obligada a interponer reclamación judicial por impago de rentas (ejercitando la acción de cumplimiento forzoso).

La sentencia considera que el demandado no ha acreditado los requisitos del artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020, es decir, según el apartado 1.a), que la persona que esté obligada a pagar la renta de alquiler pase a estar en situación de desempleo, expediente temporal de regulación de empleo (ERTE), o que haya reducido su jornada por motivo de cuidados u otras circunstancias similares que supongan una pérdida sustancial de ingresos ... y de acuerdo con el apartado 1.b), que la renta arrendaticia resulte superior o igual al 35 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de miembros de la unidad familiar. Tampoco se han acreditado las circunstancias del artículo 5.3 (no ser propietario o usufructuario de alguna vivienda en España). Todo ello con arreglo a los documentos indicados en el artículo 6 del Real Decreto Ley. El demandado no ha acreditado la falta de ingresos de su esposa y de su hijo y tampoco la enfermedad que padecería aquella (a pesar de lo apuntado por el informe de Servicios Sociales que se recibió el día de la vista, que sí considera que el demandado se encontraba en una situación de vulnerabilidad social). Tampoco se ha aportado el Libro de familia para acreditar el número de miembros de la unidad familiar.

En su fallo, el Juzgado acuerda la resolución del contrato y el desahucio, más la condena al pago de las cantidades adeudadas en los términos indicados en la demanda, así como autoriza a compensar parte de la deuda reclamada con la fianza si esta no tuviera que aplicarse a sus fines propios una vez desalojado el inmueble pero suspende el lanzamiento fijado para el 22 de abril de 2021 y requiere al demandado para que aporte en un plazo máximo de cinco días la documental exigida en el artículo 6 del Real Decreto Ley 11/2020, *acreditativa de alguna de las circunstancias del artículo 5.a) y b), y en caso de no disponer de estos documentos, declaración responsable en los términos del artículo 6.2 del Real Decreto Ley 11/2020*. Tras lo cual se dará traslado nuevamente al demandante para que en el plazo máximo de 10 días pueda acreditar ante el Juzgado y por los mismos medios encontrarse en la situación de vulnerabilidad económica descrita en la letra a) del artículo 5 o en riesgo de situarse en ella.

3. NO CABE SOLICITAR LA PRÓRROGA EXTRAORDINARIA DEL ARTÍCULO 2 CUANDO SE HA PUESTO FIN AL CONTRATO SUJETO A TÁCITA RECONDUCCIÓN

El artículo 2 del Real Decreto Ley 11/2020 no menciona a los contratos que venzan por finalización del plazo convencional (duración superior a la prórroga legal) o a los arrendamientos que estén en tácita reconducción (arts. 1566 y 1581 CC), sin embargo, para la doctrina dichos arrendamientos también estarían incluidos en el ámbito de aplicación del precepto^{13, 14}.

La SAP de Salamanca (Sección 1ª), núm. 96/2021, de 11 de febrero versa sobre un supuesto de hecho en que puesta fin al arrendamiento que se encontraba en tácita reconducción se solicita la prórroga del artículo 2 del Real Decreto Ley 11/2020.

La Fundación Fidel de la Mano Velasco interpuso demanda de juicio de desahucio por expiración del plazo frente a Doña Antonieta. El 24 de julio de 2003, la Fundación había suscrito un contrato de arrendamiento sobre una vivienda propiedad de la Fundación con la demandada por un plazo de 5 años, iniciándose el contrato el 1 de octubre de 2003, y estipulándose una renta de 430 euros mensuales, y que a la fecha de interposición de la demanda ascendía a 561,89 euros mensuales en atención a la actualización. *Tras la expiración del plazo contractual, el arrendamiento permaneció vigente en régimen de tácita reconducción, hasta que mediante burofax remitido el 1 de febrero de 2020 se comunicó a la arrendataria la decisión de extinguir el arrendamiento, requiriéndole para que abandonara la vivienda al finalizar el mes de febrero y en todo caso antes del 30 de marzo, si necesitaba un tiempo adicional para proceder al desalojo.* La demandada no atendió el requerimiento y se mantuvo en la posesión de la vivienda. El 1 de abril mediante transferencia bancaria remitió el importe de la renta si bien todos los pagos hechos desde entonces fueron rechazados por la Fundación. *El 8 de junio de 2020 la arrendataria insistió en que el arrendamiento no estaba extinguido y solicitó la prórroga extraordinaria de 6 meses del artículo 2 del Real Decreto Ley 11/2020. La Fundación por su parte interpuso la demanda de juicio verbal sobre expiración del contrato al amparo del artículo 10 de la LAU 1994. En primera instancia se negó que fuera de aplicación el artículo 2 del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, que entró en vigor el 2 de abril de 2020, pues dicho precepto es de fecha posterior al requerimiento por burofax de 1 de febrero de 2020, no existiendo acto alguno de la Fundación que le vinculase a entender que había renunciado a extinguir el contrato de forma previa al fallecimiento de la inquilina. No obstante, el Juzgado entendió que concurría un abuso de derecho en la pretensión de desahucio.*

Apelada la sentencia por la Fundación esta niega la existencia de inmoralidad o antisocialidad en la actuación de la Fundación, alega inaplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el abuso de derecho y la infracción del artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y la jurisprudencia del TEDH en cuanto la sentencia recurrida grava o menoscaba el derecho de propiedad que ostenta la Fundación sin indemnización alguna y sin que ninguna norma legal le autorice a hacerlo al imponer la pervivencia temporal indeterminada del arrendamiento litigioso pese a estar extinguido. La apelada solicitó confirmación de la sentencia de instancia.

La sentencia de apelación, para juzgar sobre la correcta aplicación al caso de la doctrina del abuso de derecho, procede a examinar si concurren o no los presupuestos objetivos del mismo en atención a la doctrina del Tribunal Supremo. Y así, en cuanto al uso de un derecho objetivo y externamente legal, se señala que la pretensión resolutoria del contrato por expiración del plazo está amparada, como

reconoce la sentencia de instancia en el artículo 10 de la LAU 1994. En cuanto al daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, se considera que el interés aquí perjudicado es el de la arrendataria de seguir ocupando la vivienda a pesar de hallarse extinguido el arrendamiento. Pero que este contrato es de índole temporal, que se tiene la obligación de devolver la finca al finalizar el arrendamiento y que la negativa de la demandada a reconocer la extinción del arriendo y devolver la vivienda a su legítima propietaria es una situación de incumplimiento contractual, pues si bien la arrendadora había permitido algunas obras de adaptación de la vivienda, de ahí no podía desprenderse una intención inequívoca de permitirle permanecer en la misma hasta su fallecimiento. Y esta conducta de incumplimiento no puede ser premiada mediante la aplicación de una especie de prórroga forzosa vitalicia. Finalmente, en cuanto al requisito de la inmoralidad o antisocialidad del daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio de un derecho con intención de dañar) o en forma objetiva (ejercicio anormal de un derecho de modo contrario a los fines económico sociales del mismo), el supuesto daño que sufre la demandada no es más que el efecto legal de la obligación asumida por la arrendataria de devolver la vivienda arrendada a la Fundación arrendadora, al finalizar el contrato, por lo que difícilmente se puede calificar de inmoral o antisocial la pretensión resolutoria del arrendamiento articulada por la Fundación, cuando la arrendataria ha incumplido dicha obligación negándose a aceptar la resolución del arrendamiento extrajudicialmente, lo que ha motivado la necesidad de interponer un proceso judicial.

Por otro lado, la arrendataria, a pesar de haber tenido una vivienda en propiedad hasta 2012 que la vendió, ha permanecido en régimen de alquiler pagando una renta mensual que a la fecha de resolución del contrato es de 561,89 euros, de manera que ni en el presente ni en el pasado ha sido una persona cuyas relaciones con la Fundación se hayan producido dentro del ámbito asistencial, pues nunca tuvo la consideración de desvalida, sino en su consideración de arrendataria.

Por todo ello se estima la apelación y se revoca la sentencia de instancia, dado que la acción de resolución de un contrato de arrendamiento de vivienda por haber expirado hace años el plazo legal de duración y su prórroga y haber puesto fin la demandante a la tácita reconducción que lo mantenía vigente, mediante requerimiento fehaciente dirigido a la arrendataria el 1 de febrero de 2020, es una pretensión amparada en el artículo 10 de la LAU.

La sentencia tiene interés en cuanto niega la posibilidad (al reproducir lo manifestado por el Juez de instancia) de aplicar la prórroga extraordinaria del artículo 2 del Real Decreto Ley 11/2020 una vez que se ha puesto fin al contrato que se encontraba en tácita reconducción (lo que parece dejar abierta la posibilidad, *a sensu contrario*, de que estando el arrendamiento en tácita reconducción y finalizada la misma antes del 28 de febrero de 2022, pueda solicitar el arrendatario (antes de la finalización de la renovación por voluntad presunta del contrato) la prórroga extraordinaria de seis meses.

4. LAS MEDIDAS DE LOS ARTÍCULOS 1 Y 1 BIS DEL REAL DECRETO LEY 11/2020 NO SON APLICABLES A LOS DESAHUCIOS ADMINISTRATIVOS

Es la doctrina sentada por la STSJ de Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), núm. 98/2021, de 24 de mayo. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Badajoz dictó auto acordando autorizar

a la Dirección General de Vivienda de la Consejería de Movilidad, Transporte y Vivienda, de la Junta de Extremadura, la entrada en la vivienda que ocupaba sin título Don Pablo, a fin de dar cumplimiento a la Resolución dictada en el expediente de desahucio administrativo por infracción a la Legislación de Viviendas de Protección Oficial, de fecha 10 de febrero de 2020. El motivo que justificó el desahucio administrativo fue la ocupación de una vivienda de promoción pública sin título. Recurrido en apelación dicho auto, el Tribunal Superior de Justicia señala que no es admisible que primero se ocupe una vivienda y luego se pretenda que la vivienda sea adjudicada directamente a la parte apelante sin que por el órgano administrativo se haya comprobado y valorado la situación de urgente y extrema necesidad y haya sido concedida la autorización administrativa para ocupar la vivienda que corresponda según las necesidades del solicitante. Del mismo modo que la Administración debe actuar a través del procedimiento establecido en garantía de los derechos de los administrados, no cabe duda que la actuación a través de los sistemas y procedimientos legalmente previstos es también exigible a los ciudadanos que no pueden interesar el amparo de sus pretensiones cuando por su propia voluntad se colocan en situación de ilegalidad.

La sentencia señala que *«en cuanto a las medidas contempladas en los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo,... a la vista de los términos de la regulación mencionada en el Real Decreto ley, se trata de medidas previstas para los desahucios en el ámbito del proceso civil regulado por la LEC y en aquellos otros en los que el desahucio traiga causa de un procedimiento penal y no para los desahucios administrativos que derivan de una decisión administrativa firme»*.

La vivienda que ocupa el apelante está sometida al régimen jurídico de adjudicación previsto por la Administración de la comunidad autónoma de Extremadura al que queda sometido el ocupante si está interesado en la adjudicación de una de estas viviendas. A ello se suma a mayor abundamiento que la parte apelante no cumple los requisitos del artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020.

En consecuencia, como la parte recurrente no dispone de título legal para ocupar la vivienda, encontrándose en situación de precario, en aplicación del artículo 30.2ª del Real Decreto 2960/1976, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial, que establece como causa de desahucio la ocupación de la vivienda sin título legal para ello, el Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso de apelación.

VII. CONCLUSIONES

I. Las medidas en materia de vivienda adoptadas por el Real Decreto Ley 11/2020 (suspensión de desahucios y lanzamientos; moratoria cuando el arrendador es gran tenedor así como la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento) siguen vigentes hasta el 28 de febrero de 2022.

II. La prórroga de la solicitud de moratoria al gran tenedor, una vez concluido el segundo estado de alarma, plantea el problema de si tiene por finalidad evitar impagos futuros o resolver impagos producidos durante el estado de alarma y los cuatro meses posteriores, en su caso. En este caso, el objetivo de la moratoria sería regularizar la situación del inquilino evitando la resolución del contrato y el desahucio.

III. La mera acreditación de unos ingresos inferiores a tres veces el IPREM no es suficiente para entender que el arrendatario se encuentra en la situación de vulnerabilidad descrita en el artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020.

IV. No cabe solicitar la prórroga extraordinaria del artículo 2 del Real Decreto Ley 11/2020 cuando se ha puesto fin al contrato sujeto a tácita reconducción antes de la entrada en vigor de la citada norma, pero podría entenderse que sí es admisible dicha prórroga si el contrato concluyera antes del 28 de febrero de 2022 y el arrendatario la solicitase.

V. Las medidas de los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto Ley 11/2020 no son aplicables a los desahucios administrativos.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STSJ de Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), núm. 98/2021, de 24 de mayo
- SAP de Salamanca (Sección 1ª), núm. 96/2021, de 11 de febrero
- SJPII n.º 7 de El Vendrell, de 18 de noviembre de 2020
- SJPI n.º 2 de Pamplona núm. 57/2021, de 9 de abril

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (2011). *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*. Madrid: Edisofer.
- BONET NAVARRO, J. (2021). *Los juicios por desahucio. Especialidades procesales para la recuperación del Inmueble arrendado, okupado o en precario*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN (ARRENDAMIENTOS URBANOS). (2020). *Guía práctica. Arrendamientos de vivienda y locales de negocio y COVID-19. Actualizado al RDL 30/2020, de 29 de septiembre*. Madrid: Sepín.
- FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2019). La institución de la tácita reconducción en la actualidad y su aplicación a los arrendamientos urbanos por leyes especiales. *Diario La Ley*, núm. 9520, 1-14.
- (2020). Nuevas medidas legales en arrendamientos de vivienda por la crisis sanitaria del Coronavirus. *Diario La Ley*, núm. 9608, 1-17.
- IZQUIERDO BLANCO, P. (2018). *El juicio verbal de desahucio y el desalojo de viviendas oKupadas. Adaptada a la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas*. Madrid: Wolters Kluwer.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2021) (1). Arrendamientos urbanos, epidemia del COVID-19 y estado de alarma (II): suspensión de los desahucios con arreglo al Real Decreto Ley 37/2020, de 23 de diciembre. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 784, 1308-1335.
- (2021) (2). Protección del arrendatario vulnerable: cláusula Covid y Real Decreto Ley 2/2021. *Otrosí, Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 8, 44-45.
- (2021) (3). Prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda con arreglo al Real Decreto Ley 2/2021, de 26 de enero. El problema de la enajenación de la vivienda arrendada durante la prórroga extraordinaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 785, 1886-1904.
- MOLINA ROIG, E. (2020). Medidas urgentes sobre arrendamientos de vivienda del Real Decreto Ley 11/2020 para hacer frente al COVID-9. *Diario La Ley*, núm. 9615, 1-13.

QUICIOS MOLINA, M.S. (2020). Las reformas de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 2013 y 2019. Particular atención al juicio de desahucio, el registro de arrendamientos y el régimen transitorio. Medidas adoptadas durante el estado de alarma por el COVID-19. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 23-71.

NOTAS

¹ De acuerdo con el artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020, para que concurra dicha vulnerabilidad económica derivada de la epidemia del COVID-19 han de concurrir los siguientes requisitos de *forma cumulativa*: a) Que el arrendatario haya caído en situación de desempleo o expediente temporal de regulación de empleo (ERTE), o bien haya sufrido una pérdida sustancial de ingresos al reducir su jornada por motivo de cuidados, por cierre de su negocio consecuencia del estado de alarma u otras circunstancias similares que tengan su origen en la situación derivada de la epidemia del COVID-19, no alcanzando por ello el conjunto de ingresos de la unidad familiar en *el mes anterior a la solicitud de la moratoria* (o de la medida de que se trate) el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) mensual. Este límite de ingresos se incrementará: En 0,1 veces el IPREM por cada hijo a cargo; en 0,15 veces el IPREM por cada hijo a cargo en caso de unidad familiar monoparental; en 0,1 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar. El límite de ingresos será de 4 veces el IPREM mensual si algún miembro de la unidad familiar tiene declarada discapacidad superior al 33%, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo. El límite de ingresos será de 5 veces el IPREM mensual si el arrendatario es persona con parálisis cerebral, enfermedad mental, o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocida igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente al arrendatario o a su cuidador para realizar una actividad laboral. b) Que la renta arrendaticia y los gastos y suministros básicos que deba abonar el arrendatario, todos ellos de la vivienda habitual (coste de los suministros de electricidad, gas, gasoil para calefacción, agua corriente, de los servicios de telecomunicación fija y móvil y los gastos de comunidad de propietarios, en su caso) sean iguales o superiores al 35 por ciento de los ingresos netos que perciba el conjunto de miembros de la unidad familiar. A los efectos de lo previsto en este artículo el legislador entiende por unidad familiar la compuesta por el arrendatario, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y *los hijos*, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar y *su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita que residan en la vivienda*. No se entenderá que concurre la vulnerabilidad económica aunque los ingresos de la unidad familiar se encuentren dentro de los límites descritos, cuando el arrendatario o cualquiera de los miembros de la unidad familiar sean propietarios o usufructuarios de *alguna vivienda en España*. No importa pues, que se sea propietario o usufructuario de *alguna vivienda en el extranjero*, lo que supone una clara discriminación hacia la población autóctona en beneficio de la población foránea. Se exceptúa el caso de que la vivienda que se ostenta en propiedad en España lo sea en comunidad romana derivada de una partición hereditaria. Esto es, se ostenta solo una cuota de la cotitularidad de *un inmueble*. Si lo que se ostentasen fuesen las cotitularidades de varios inmuebles parece que el supuesto también determinaría la ausencia de vulnerabilidad. Ahora bien, no impedirá la consideración de la situación de vulnerabilidad económica, el que siendo el arrendatario titular de una vivienda en propiedad o en usufructo, acredite la no disponibilidad de la misma por causa de separación o divorcio, o causa ajena a su voluntad, o cuando la vivienda resulte inaccesible por razón de discapacidad de su titular (el arrendatario) o de alguno de los miembros de la

unidad familiar. De acuerdo con el precepto legal, como el cónyuge separado legalmente o divorciado no forma parte de la unidad familiar; los ingresos de este no cuentan a efectos de determinar si el arrendatario con hijos a su cargo (tiene su custodia) alcanza o no el límite de tres veces el IPREM mensual. Igualmente, tampoco se tendría en cuenta la vivienda titularidad del arrendatario que es ocupada por el cónyuge separado o divorciado. De lo cual resulta que los hijos de familias estructuradas (numerosas o no) y cuyos padres superen el límite del IPREM (aunque sea por pequeña diferencia) quedan fuera de las ayudas previstas en el Real Decreto Ley en clara discriminación negativa respecto de los hijos de familias desestructuradas. Por otro lado, el cónyuge separado legalmente, arrendatario, que no tiene los hijos a cargo (no tiene su custodia), y en cuya vivienda en propiedad vive su cónyuge con los hijos a cargo (tiene su custodia), al no constituir unidad familiar en los términos del Real Decreto Ley 11/2020, podría quedar fuera de las ayudas previstas, cuando es posible que sea autónomo (obligado al cierre), o sujeto a un ERTE o en situación de desempleo y deudor de pensiones alimenticias y tal vez, de pensión compensatoria. La concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020 se acreditará por el arrendatario presentando los documentos relacionados en el artículo 6. En todo caso, de acuerdo con el artículo 7 del Real Decreto Ley, si el arrendatario se hubiese beneficiado de una moratoria de la renta o de ayudas públicas directas sin reunir los requisitos prevenidos en el artículo 5, será responsable de los daños y perjuicios que se hubieran podido producir; así como de todos los gastos generados por la aplicación de estas medidas excepcionales, sin perjuicio de poder incurrir en responsabilidades de otro orden (penal, administrativo...). El importe de los daños, perjuicios y gastos que deba abonar no podrá ser inferior al beneficio indebidamente obtenido. En la misma responsabilidad se incurrirá si el arrendatario buscarse situarse o mantenerse en los supuestos de vulnerabilidad económica con la finalidad de obtener la aplicación de las medidas del Real Decreto Ley 11/2020 (art. 7.2).

² Aunque el precepto no menciona en absoluto la necesidad de que el arrendatario tenga la condición de vulnerable con arreglo a los artículos 5 y 6 del Real Decreto Ley 11/2020 para que se aplique la medida de prórroga extraordinaria, lo cierto es que puede plantearse la duda, máxime cuando la medida está perdiendo su carácter excepcional y transitorio *perpetuándose ya durante más de un año*. Y ello por la razón adicional de que la Disposición final novena.2 del Real Decreto Ley 26/2020 añadió un apartado 3 y 4 a la Disposición final duodécima del Real Decreto Ley 11/2020, según la cual: «3. Los criterios para la definición de vulnerabilidad económica y la acreditación de condiciones subjetivas establecidos en los artículos 5 y 6 mantendrán su vigencia hasta los plazos establecidos en los artículos 2 y 4.1, a los efectos de las medidas incluidas en estos últimos». De acuerdo, pues, con esta Disposición final duodécima del Real Decreto Ley 11/2020 interpretado sistemáticamente con el artículo 2 que comentamos, hasta el 28 de febrero de 2022 inclusive estarán vigentes los requisitos que dicho Real Decreto Ley establece en su artículo 5 a efectos de entender que concurren los supuestos de vulnerabilidad económica como efecto del COVID-19, a los fines de obtener moratorias en relación con la renta arrendaticia y prórrogas extraordinarias del contrato de arrendamiento. Cabe pues plantearse si el legislador, posteriormente a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2020 y con efectos desde el 9 de julio de 2020, ha querido limitar las prórrogas extraordinarias de los contratos de arrendamiento de vivienda a los arrendatarios vulnerables.

³ El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, entró en vigor el 25 de octubre de 2020 y su vigencia concluyó el 8 de noviembre de 2020, a las 24 horas. Dicho estado de alarma quedó prorrogado hasta las 24 horas del 8 de mayo de 2021 (art. 2 del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2).

⁴ *Vid.*, sobre la medida de prórroga extraordinaria, JIMÉNEZ PARÍS, 2021 (3).

⁵ Sobre este problema interpretativo, *vid.* JIMÉNEZ PARÍS, 2021 (1), 1317-1321.

⁶ *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2021 (2).

⁷ Como señala la exposición de motivos del Real Decreto Ley 21/2021, de 26 de octubre, por el que se prorrogan las medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica «la finalidad del Real Decreto Ley 8/20021, de 4 de mayo,

era prorrogar la eficacia temporal de algunas medidas, fundamentalmente de carácter social y económico *que estaban vinculadas al estado de alarma*, y que decaían con la finalización del mismo. Dicha prórroga extendió la eficacia de las medidas más significativas de protección, el llamado “escudo social” hasta el 9 de agosto de 2021».

⁸ De acuerdo con el artículo 4.2 Real Decreto Ley 11/2020, inalterado desde la redacción original del Real Decreto Ley «en el caso de que el acuerdo no se hubiese producido, el arrendador comunicará expresamente al arrendatario, en el plazo máximo de 7 días laborables, su decisión, escogida entre las siguientes alternativas: a) Una reducción del 50% de la renta arrendaticia *durante el tiempo que dure el estado de alarma decretado por el Gobierno y las mensualidades siguientes si aquel plazo fuera insuficiente en relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa del COVID-19, con un máximo en todo caso de cuatro meses.* b) Una moratoria en el pago de la renta arrendaticia que se aplicará de manera automática y *que afectará al periodo de tiempo que dure el estado de alarma decretado por el Gobierno y a las mensualidades siguientes, prorrogables una a una, si aquel plazo fuera insuficiente en relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa del COVID-19, sin que puedan superarse, en ningún caso, los cuatro meses. Dicha renta se aplazará, a partir de la siguiente mensualidad de renta arrendaticia, mediante el fraccionamiento de las cuotas durante al menos tres años, que se contarán a partir del momento en el que se supere la situación aludida anteriormente, o a partir de la finalización del plazo de los cuatro meses antes citado, y siempre dentro del plazo a lo largo del cual continúe la vigencia del contrato de arrendamiento o cualquiera de sus prórrogas. La persona arrendataria no tendrá ningún tipo de penalización y las cantidades aplazadas serán devueltas a la persona arrendadora sin intereses».*

⁹ De acuerdo con la modificación que de este precepto hizo el Real Decreto Ley 8/2021 de 4 de mayo, la compensación podía solicitarse hasta el 9 de septiembre de 2021. En la redacción originaria del precepto la compensación podía solicitarse hasta un mes después de la vigencia del segundo estado de alarma.

¹⁰ Esta norma modificó el apartado 1 del artículo 18 LAU que quedó redactado de la siguiente manera: «1. Durante la vigencia del contrato, la renta solo podrá ser revisada por el arrendador o el arrendatario en la fecha en que se cumpla cada año de vigencia del contrato, en los términos pactados por las partes. En defecto de pacto expreso, no se aplicará revisión de rentas a los contratos. En caso de pacto expreso entre las partes sobre algún mecanismo de revisión de valores monetarios *que no detalle el índice o metodología de referencia, la renta se revisará para cada anualidad por referencia a la variación anual del Índice de Garantía de Competitividad a fecha de cada revisión*, tomando como mes de referencia para la revisión el que corresponda al último índice que estuviera publicado en la fecha de revisión del contrato».

¹¹ FUENTES LOJO RIUS, 2020, 5 y MOLINA ROIG, 2020, 5.

¹² QUICIOS MOLINA, 2020, 47-48.

¹³ FUENTES-LOJO RIUS, 2020, 3-4.

¹⁴ Como señala ALBALADEJO, es diversa la prórroga del contrato que la renovación del contrato. En el caso de prórroga subsiste el mismo contrato. En el caso de renovación hay un contrato de arrendamiento nuevo que puede otorgarse expresamente o no. No se otorga expresamente en el caso de la llamada tácita reconducción. En este caso hay renovación por voluntad presunta de las partes, cuando al terminar el contrato permanece el arrendatario con aquiescencia del arrendador en la posesión de la cosa «y sin que haya precedido manifestación de una parte a la otra contra la renovación del contrato» (art. 1565 y 1566 CC). La tácita reconducción «que renueva el contrato, puede darse (todas las veces que sea), no solo al acabar el contrato inicial, sino, asimismo, al acabar los posteriores contratos que por tácita reconducción también, renovaron aquel y los sucesivos renovadores». «Una abundante jurisprudencia ha venido diciendo que la tácita reconducción da origen a un nuevo contrato, con las mismas condiciones que el anterior, pero por los plazos que establecen los artículos 1577 y 1581, como dispone el artículo 1566» (ALBALADEJO, 2011, 660-663). Como es un contrato nuevo cesan las garantías que asegurasen el primero (p.ej., fianza) y el nuevo contrato quedará sujeto, como dice FUENTES-LOJO LASTRES, al nuevo régimen legal vigente en el momento de la renovación. De acuerdo con el artícu-

lo 1581 del Código civil, tal y como es interpretado por el Tribunal Supremo, si la renta se fija anualmente, aunque se convenga que el pago se hará por mensualidades, el plazo del contrato tácitamente surgido será anual, siendo lo relevante a efectos de fijación del plazo de duración del nuevo contrato de arrendamiento no «la periodicidad del pago sino la fijación de la renta con referencia a un periodo temporal determinado» (FUENTES-LOJO LASTRES, 2019, 8-0).

2. MERCANTIL
DERECHO DE COMPETENCIA

Las consecuencias de la nulidad contractual
por infracción del Derecho de la Competencia

*The consequences of contractual nullity due
to an infringement of Competition Law*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y abogado*

RESUMEN: Restitución de prestaciones o no ante la nulidad contractual por infracción del Derecho de la Competencia.

ABSTRACT: *Restitution of benefits or not in the event of contractual nullity due to an infringement of Competition Law.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de la Competencia. Nulidad contractual. Restitución de prestaciones.

KEY WORDS: *Competition Law. Contractual nullity. Restitution of benefits.*

SUMARIO: I. LA NULIDAD CONTRACTUAL POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA RESTITUCIÓN DE PRESTACIONES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—II. EL DEBATE EN LA DOCTRINA.—III. CONTRATO PROHIBIDO O CONTRATO CON CAUSA ILÍCITA Y TORPE. LA POSIBLE NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA NULIDAD CONTRACTUAL POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA RESTITUCIÓN DE PRESTACIONES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2021 (Id Cendoj: 28079110012021100565) núm. de Recurso: 3217/2018 y núm. de Resolución: 587/2021 vuelve a fallar sobre uno de los temas sobre los que parece haber una sentada jurisprudencia del Tribunal Supremo, a saber, en los casos de nulidad contractual por infracción del Derecho de la Competencia, ha de darse la restitución de prestaciones *ex* artículo 1303 del Código civil sin que quepa la aplicación

de la enervación de dicho efecto de la nulidad contractual por aplicación del artículo 1306 del Código civil, lo que no deja de ser un tema poco claro y no exento de controversia, en nuestra opinión, por la dificultad que tenemos para deslindar en la práctica lo que dogmáticamente parece ser más sencillo, a saber, la distinción entre los contratos prohibidos y los contratos con ilícito causal, o lo que es lo mismo, las diferencias que podemos extraer entre el resultado del artículo 6.3 del Código civil y el del artículo 1275 del Código civil, junto con el artículo 1306 del Código civil.

En el Fundamento de Derecho Primero de esta sentencia del Tribunal Supremo contamos con un buen resumen de antecedentes de los elementos de hecho y de lo sucedido en las instancias para entender el caso enjuiciado por el Alto Tribunal.

1. El 25 de febrero de 2013, la empresa Distribuciones la Botica de los Perfumes S.L. (en adelante, La Botica) y Dña. Sara suscribieron un precontrato de franquicia. Y el 23 de abril siguiente firmaron un contrato de franquicia con la finalidad de que la Sra. Sara desempeñara una franquicia de la demandante en un establecimiento abierto al público en Mataró.

2. El 20 de febrero de 2015 la Sra. Sara comunicó a La Botica su intención de resolver unilateralmente el contrato. Las partes no se pusieron de acuerdo sobre los términos de la resolución.

3. La Botica formuló una demanda contra la Sra. Sara en la que solicitó que: (i) se declarase improcedente la resolución unilateral pretendida por la demandada; (ii) se declarase resuelto el contrato por incumplimiento de la franquiciada; y (iii) se condenara a la demandada a indemnizar a la franquiciadora en la suma de 31 000 €.

4. La demandada se opuso a la demanda y solicitó su desestimación; y formuló reconvencción contra la demandante, en la que solicitó, entre otros peditmentos, que se declarase nulo el contrato por contener una cláusula ilícita de fijación de precios.

5. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvencción.

6. El recurso de apelación de la demandada fue estimado por la Audiencia Provincial, que revocó la sentencia de primera instancia, desestimó la demanda y estimó la reconvencción. En lo que ahora importa, consideró probado que el franquiciador fijaba unilateralmente los precios de los productos, sin garantizar el margen comercial de la franquiciada; así como que el franquiciador conocía la ilicitud de dicha conducta.

7. La Botica ha interpuesto un recurso de casación que es parcialmente estimado en cuanto a la ordenación de la restitución de prestaciones contractuales como consecuencia de la nulidad contractual operada por infracción del Derecho de la Competencia.

En el Fundamento de Derecho Segundo con reiteración de su doctrina jurisprudencial el Tribunal Supremo nos vuelve a insistir que si en un contrato de franquicia hay imposición de precios, dicha conducta se considera restrictiva de la competencia que conlleva a la nulidad contractual [*Vid.* Reglamento (UE) 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, en línea con lo ya previsto en el Reglamento único de exención 2790/1999, de 22 de diciembre].

Pero a los efectos de este trabajo, lo que nos interesa en realidad son las consecuencias de dicha nulidad contractual, a saber, si efectivamente tiene

o no que haber lugar a la restitución de prestaciones ex artículo 1303 del Código civil.

También con reiteración de su doctrina jurisprudencial, en el FJ Tercero de la decisión de la Sala sobre las consecuencias de la nulidad contractual es la siguiente:

«En la Sentencia 567/2009, de 30 de julio, abordó este mismo problema en el ámbito de un contrato de franquicia con imposición de precios por el franquiciador. Y concluyó que en estos casos no es aplicable el artículo 1306.2 del Código civil, sino el artículo 1303 del Código civil, porque: “ni la causa de nulidad apreciada tiene la condición de torpe, en su sentido estricto de inmoral, ni ha existido un propósito dañino o malicioso por parte de la franquiciante. La aplicación de la normativa del artículo 1306 del Código civil con el efecto de ‘dejar las cosas como están’ sería claramente injusta, y máxime si se tiene en cuenta que a ambas partes les es imputable en la misma medida consensual la consignación de la cláusula, y conllevaría un claro enriquecimiento injusto para una de ellas».

3. En este caso se dan las mismas circunstancias que en el enjuiciado por la Sentencia 567/2009, de 30 de julio, por lo que las conclusiones deben ser también las mismas. La franquiciada consintió al suscribir el contrato y durante la vigencia de la relación contractual la fijación de precios y nada opuso sobre dicha cuestión hasta que sus discrepancias económicas con el franquiciador dieron lugar a la ruptura de dicha relación».

II. EL DEBATE EN LA DOCTRINA

Como adelantábamos anteriormente, la cuestión sobre la restitución de prestaciones por infracción del Derecho de la Competencia, en aplicación de la regla general del artículo 1303 del Código civil, dista de ser pacífica.

En esta materia, aunque en realidad como en otras, estimamos que hemos de empezar con el acercamiento que al tema hiciera en su día el profesor DE CASTRO, dado el innegable magisterio de sus enseñanzas.

Nos estamos refiriendo al último pero importantísimo trabajo que publicara DE CASTRO en el *Anuario de Derecho Civil* sobre la autonomía de la voluntad¹ donde efectivamente completa su brillante análisis del orden público y los convenios restrictivos de la competencia con su exposición y visión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo habida hasta entonces, destacando por la conexión con el tema que ahora nos ocupa, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1979 (RJ 1979, 4499) donde se enjuicia la validez del convenio por el que se creó la Asociación de Agentes Mayoristas de Vizcaya para la venta de aceites minerales y otros productos petrolíferos desde la aplicación de la Ley 110/1963, de 20 de julio de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia.

DE CASTRO, razona (*vid. op. cit.* 1044) críticamente la argumentación del Tribunal Supremo en dicha Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1979 de la siguiente forma: «En los considerandos de la sentencia juega un papel decisivo la arbitraria ampliación del concepto de orden público del artículo 1255 del Código civil, hasta hacer que comprenda al orden público económico, con el resultado de concluir que cualquier convenio con objeto de restringir la competencia habrá de ser considerado contrario al orden público, y también de tener causa ilícita (art. 1275) o torpe (art. 1306). Lo que no concuerda con la reglamentación establecida por la Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia. Conforme a ella la consideración de que una práctica

restrictiva de la competencia sea contraria al orden público depende de la actuación de dos órganos administrativos, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia; a uno y a otro, en sus respectivos grados, se las confiere la competencia privativa de declarar si existe o no existe una práctica restrictiva de la competencia y de si esta tiene en su caso condición de exceptuable o no exceptuable (207). El orden público del artículo 1255 tiene otro sentido y no cabe que dependa del arbitrio de órganos administrativos la declaración del alcance de la declaración de nulidad de un contrato o la de ser opuesto a la moral (208).

El desenfoque de la cuestión por la Audiencia Territorial de Pamplona, no rectificado por el Tribunal Supremo, ha llevado a resultados que resultan indeseables, que habían sido evitados en las Sentencias del Tribunal de Defensa de la Competencia y en la del Juzgado de Bilbao. Aquellas se limitan a declarar nulos los pactos que resultaban en restricciones de la competencia, pero no los que se refieren a la existencia y gobierno de la Asociación. El Juzgado de Bilbao deja de lado la cuestión, atendiendo a que había sufrido coacción el socio disidente. La Audiencia y el Tribunal Supremo, por el contrario, han considerado que el convenio creando la Asociación tiene un objeto o causa ilícita (209), lo declaran nulo «*in toto*» y aplicándole lo dispuesto en los artículos 1275 y 1306, se llega al resultado aquí especialmente injusto (210), de absolver la Asociación de la obligación de abonar al socio disidente la cantidad resultante de la liquidación de su cuota de participación en la Asociación, es decir, de lo aportado por él al acervo común y de lo que había ido obteniendo con sus propias ventas de minerales; de modo que con ello se enriquecía injustamente la Asociación o los socios de esta, a costa de quien había sido presionado a ingresar en la Asociación.

Abandonado el criterio del Juzgado de Bilbao, la Audiencia de Pamplona y el Tribunal Supremo hubieran podido, sin inconveniente, limitarse a cumplir lo mandado por el artículo décimo de la Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, admitiendo como presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario, lo declarado por el Tribunal de Defensa de la Competencia y conforme al artículo primero de dicha ley declarar nulos los pactos en que las restricciones se establecían; cumpliendo así lo ordenado en el artículo sexto, tres del Código civil, de atender a la especialidad del caso, con lo que se habría soslayado la aplicación del artículo 1306 del Código civil».

Las anteriores palabras de DE CASTRO revelan su importancia en dos aspectos dignos de ser atendidos en estos momentos: las autoridades administrativas de Competencia velan por el orden público económico siendo las autoridades judiciales las encargadas de atender al orden público jurídico, resultando el remedio de la nulidad parcial el que mejor se ajustaría al bien jurídico protegido.

En relación con la primera cuestión, años después la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de junio de 2006 (RJ 4712) en línea con dicho pensamiento estableció el siguiente ámbito competencial: «*a la jurisdicción civil le corresponde una función no meramente complementaria, sino también principal cuando se trata de salvaguardar los derechos subjetivos de los ciudadanos, resolviendo los conflictos entre particulares (como dice la Sentencia de esta Sala de 27 de julio de 2003 [RJ 2003, 6060] le corresponde el conocimiento cuando se trata de relaciones entre particulares de naturaleza estrictamente privada), de tal manera que, mientras que para las autoridades nacionales de defensa de la competencia lo trascendente es la protección del orden público económico —interés del mercado—, para la jurisdicción (actuando los tribunales como jueces comunitarios) lo es la tutela del interés privado*». Para después especificar algo más las cuestiones de las que podrían conocer

los tribunales del orden civil: «de la nulidad de los contratos, o de las cláusulas viciadas, que infrinjan la prohibición de los acuerdos o decisiones colusorias ex artículo 85.2 y consecuencias jurídicas; de las indemnizaciones de daños y perjuicios complementarias de conformidad con el artículo 13 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, 17 de julio [RCL 1989, 1591], modificada por Ley 52/1999, de 28 de diciembre [RCL 1999, 3217]); de la nulidad en los supuestos de abuso de posición dominante ex artículo 86, porque si bien este precepto no contiene una norma similar a la del artículo 85.2, sin embargo, además del efecto directo, «cuando una práctica abusiva contraria al artículo 86 se materializa en un acuerdo, el mismo se encuentra igualmente viciado de nulidad» (STJCE de 25 de octubre de 1979, as. 22/79, Greenwich Film/Salem); y de las indemnizaciones derivadas de esta nulidad».

Ello tendrá su relevancia, atendidas las SSTs —como veremos posteriormente— en materia de multipropiedad, acerca de la aplicación del artículo 1306 del Código civil por vulneración del orden público económico.

Por otro, lado DE CASTRO, estima que la nulidad debería haber afectado al pacto restrictivo de la competencia, pero no a la totalidad del negocio (en este caso, asociativo), por lo que hubiera bastado la nulidad del acuerdo ex artículo 6.3 del Código civil sin necesidad de haberse aplicado el artículo 1306 del Código civil.

MARTÍ MIRAVALLS² negando la aplicación del artículo 1306 del Código civil, en consonancia con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero con crítica a su resultado en función del ámbito de protección de la norma, o sea, el Mercado, razona lo siguiente: «Esta solución, la no aplicación de la doctrina de la causa torpe a las nulidades por infracción del Derecho de la Competencia, es correcta. Pero no lo es por criterios de justicia material. Lo es porque, en un sistema de Derecho de la Competencia sin prohibiciones *per se*, donde todo negocio jurídico puede estar autorizado si reúne las condiciones del apartado tercero del actual artículo 101 TFUE, no parece que pueda sostenerse que el fundamento de la nulidad radique en una causa ilícita. Como ya se ha indicado en varias ocasiones, esta nulidad deriva por motivos externos a la relación jurídica. Su fundamento está en la transgresión de los límites de la autonomía de la voluntad impuesta por una norma imperativa de orden público económico. Los acuerdos colusorios son nulos de pleno derecho por traspasar los límites de la autonomía de la voluntad, no porque su causa sea ilícita. Por tanto, fuera del ámbito de la causa ilícita no es posible la aplicación de la doctrina de la causa torpe».

CARRASCO PERERA³, contrario también a la aplicación de la regla de la causa torpe del artículo 1306 del Código civil en estas situaciones considera que: La reserva a la aplicación de la regla *nemo potest* en estos escenarios contractuales obedece a una lógica no declarada; estos contratos han venido presentándose como paquetes negociales coligados desde la aplicación del Reglamento comunitario 1984/83, de forma que el perímetro de la eventual nulidad es extenso, y en espacios contractuales tan amplios sería injusto y desmesurado aplicar una regla de irrepitibilidad que recorriera el conjunto de las prestaciones independientes pero coligadas. Sería un sinsentido, por ejemplo, que, por la nulidad de una cláusula exorbitante de exclusiva, el distribuidor pudiera conservar un derecho de arrendamiento por el que no paga o recuperar sin compensación las rentas pagadas durante el tiempo de disfrute del uso. Fuera de esto, la sentencia Courage es bien expresiva de que no existe ninguna objeción de principio a la aplicación de la regla *nemo potest* en este sector del Derecho de la Unión Europea, y de que la pérdida de acción puede extenderse a pretensiones indemnizatorias».

En contra, SANCHO GARGALLO⁴, sin embargo, parece decantarse por la aplicación al caso del artículo 1306 del Código civil, cuando afirma lo siguiente:

Entre las salvedades a las que se refiere el artículo 1303 del Código civil se encuentra la excepción de causa torpe, prevista en el artículo 1306 del Código civil, según la cual la parte que sea culpable de la nulidad no podrá repetir lo que hubiere dado en virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que la otra parte le hubiere prometido. Como quiera que la nulidad en este caso, que se funda en la infracción de los artículos 1 o 2 LDC, lo sería por aplicación directa del artículo 6.3 del Código civil —infracción de una norma prohibitiva— pero también por ilicitud de su causa en atención a que se opone a las leyes (art. 1275 CC), puede dar lugar a la aplicación en sus consecuencias de lo previsto en el artículo 1306 del Código civil. Pero para que la nulidad lleve consigo la privación de la restitución, no basta tan solo con la infracción objetiva de la Ley que justifica por sí sola la nulidad, es preciso además un elemento subjetivo, que alguna de las partes conociera las circunstancias de las que deriva la nulidad —en este caso que los pactos contractuales son restrictivos de la competencia e infringen la prohibición contenida en los artículos 1 y 2 LDC— y tuviera conciencia de la ilicitud misma o hubiera debido tenerla. En el caso de los pactos contractuales restrictivos de la competencia, será lo normal apreciar la culpa de una de las partes, pues se encuentra subsumida en el abuso de posición dominante y aflora fácilmente en los pactos colusorios. No obstante, la apreciación de este elemento subjetivo, sobre todo en los casos en que concurran por ambas partes, es algo muy valorativo que debe ser apreciado por el juez en cada caso.

Como podemos apreciar, la práctica generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia (*Vid.* SSTs citadas por la propia STS de 28 de julio de 2021) niegan la aplicación del artículo 1306 del Código civil a estos casos.

III. CONTRATO PROHIBIDO O CONTRATO CON CAUSA ILÍCITA Y TORPE. LA POSIBLE NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO

Tradicionalmente, el concepto de causa y de ilicitud de la causa ha sido tratado por nuestro Tribunal Supremo, siendo necesario destacar, lo previsto en la Sentencia de 2 de abril de 1941 (Ar. 493), donde según la misma: «...*el concepto de causa ilícita, tal como lo desenvuelve y aplica con gran amplitud y flexibilidad la doctrina moderna, permite cobijar no solo convenciones ilícitas por razón de su objeto o de su motivo, cuando este último pueda y deba ser tomado en consideración por estar integrado en el contenido del contrato, sino también múltiples convenciones que, no encerrando en sí ningún elemento de directa antijuridicidad, son ilícitas por el matiz inmoral que reviste la operación en su conjunto*», configurándose el móvil ilícito en la misma sentencia del siguiente modo: «... *ese móvil, puesto expresamente como razón de ser de la operación realizada, no puede menos de trascender a la estructura y configuración jurídica de esta*».

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6620), razona que «...*la verdadera causa del contrato..., cuyo concepto, como uno de los elementos esenciales de todo contrato (art. 1261, 3.º CC), tiene ciertamente un sentido objetivo en la definición genérica del artículo 1274 (contraprestación, servicio que se remunera, liberalidad), ajeno a la intención o finalidad subjetiva de los contratantes, que la jurisprudencia clásica tuvo buen cuidado en mantener (es un concepto)...*, totalmente compatible con la posibilidad de que los

móviles o motivos particulares puedan llegar a tener trascendencia jurídica, cuando se incorporan a la declaración de voluntad en forma de condición o de modo, viniendo a constituir parte de aquella, a manera de causa impulsiva y determinante, tanto de su licitud (caso de la donación remuneratoria del art. 622), como de su ilicitud (supuesto del fraude de acreedores de los arts. 643 y 1111), siempre que sean reconocidos por ambos contratantes y exteriorizados o al menos relevantes».

La cuestión relativa a las relaciones entre el artículo 6.3 del Código civil y el artículo 1275 del Código civil, no ha sido pacífica en nuestra doctrina. De esta forma, autores como DE LOS MOZOS⁵ y JORDANO BAREA⁶ no han distinguido ambos supuestos.

Por su parte, DÍEZ-PICAZO⁷ nos explica que «Según el artículo 1275 del Código civil, la causa ha de ser lícita y se entiende por ilícita cuando se opone a las leyes o la moral. Al hablar de causa ilícita hay que empezar por distinguir la ilicitud de la causa de la ilicitud misma del contrato. El contrato que choca con una prohibición legal o contrato *contra legem* queda fuera de los límites de la autonomía privada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1255 del Código civil y le es aplicable la sanción de nulidad establecida en el artículo 6. En estos términos podríamos preguntarnos por la necesidad de hablar explícitamente de causa ilícita. Dicho de otra manera: ¿Qué añade el artículo 1275 al 1255?»

En principio, se puede señalar que en aquellos casos en que el contrato, considerado como un todo, contraviene una disposición de ley, la nulidad vendrá dada por el carácter de contrato prohibido. En cambio, en aquellos otros en que las diferentes promesas constitutivas del contrato aparezcan externamente desligadas entre sí, será necesario acudir a la ilicitud causal para decretar su nulidad. Cuando un *dare* o la promesa de una *datio* aparezcan externamente independizadas del contrato en el que han nacido, la promesa desvinculada es recompensa o retribución de una prestación ilícita. Además de ello, es posible aplicar la idea de causa ilícita en aquellos supuestos en que el contrato en sí mismo sea ilícito y la ilicitud provenga de la finalidad empírica que las partes se proponen alcanzar en él».

DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS Y MORALES⁸, también se pronunciaron sobre el particular opinando lo siguiente: «A nuestro juicio, alrededor de la exigencia de causa y de causa ilícita, como requisito de los contratos, se mueven los siguientes tipos de problemas:

1.º La consideración como nulos de aquellos contratos en que el propósito práctico perseguido por las partes sea contrario a leyes imperativas (cfr. art. 1275 CC). Es claro que en un caso como el presente nos encontramos de nuevo ante la eficacia de la norma imperativa y que a esa misma conclusión se hubiera podido llegar en un código como el nuestro sin necesidad de los artículos 1271 y 1275, funcionando simplemente con el artículo 6.3 del Código civil al que se podría añadir, si se quiere, la interdicción del fraude de ley».

Sobre la relación entre el artículo 1275 y el artículo 6.3 del Código civil, CLAVERÍA GOSÁLBEZ⁹ opina lo siguiente: «¿Es necesario el artículo 1275? ¿No bastaban el 1255 y el originario artículo 4 (hoy, 6, núm. 3), todos ellos de nuestro Código civil? Esa acusación de inutilidad ya tuvo lugar respecto del Código civil francés al afirmar repetidamente DABIN (73) que el artículo 1131 de dicho cuerpo legal era solo una reduplicación del 6.º (74). Nuestra contestación es que, si bien no puede negarse que los campos afectados por tales preceptos en parte coinciden, sus cometidos y sus ámbitos no son idénticos: pueden darse, en efecto, cláusulas nulas *ex* artículo 1255 persistiendo la validez parcial del contrato si, teniendo

causa lícita, hubiera sido querido solo con sus cláusulas válidas por los dos contratantes (o incluso sin este último requisito en casos como los contemplados en el artículo 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios); pueden darse contratos cuyo clausulado no sea en absoluto impugnabile *ex* artículo 1255 (puesto que sus estipulaciones son todas jurídicamente correctas) y que, no obstante, sean nulos *ex* artículo 1275 a causa de un motivo impulsivo inmoral o ilegal, etc. Con frecuencia, sin embargo, la ilicitud de la causa convivirá con cláusulas ilícitas, con condiciones ilícitas no explicitadas u ocultas mediante mecanismos simulatorios o fraudulentos o con objetos ilícitos *ex* artículo 1271, por lo que aconsejo al Abogado que, en sus alegaciones, aduzca, si pretende la declaración de nulidad, no solo el artículo 1275 (acompañado de los arts. 1305 y 1306) (como matizaciones del 1303), sino también los que, en el supuesto, puedan operar: los números 3 y 4 del artículo 6, los artículos 1255, 1271, etc. Recuérdese que, cuando hablamos de causa ilícita *ex* artículo 1275, a veces lo ilícito es el motivo determinante incorporado, a veces, la interconexión entre las prestaciones, a veces su cometido intrínseco, etc. Si X paga a Y por cometer un asesinato, es ilícito el objeto de la prestación de Y, pero además es ilícita la causa, pues también es inmoral la operación en su conjunto, la interdependencia de las prestaciones y, por tanto, la entrega de dinero de X a Y con esa función; sin embargo, si X paga a Y por mantener relaciones sexuales con él, es más probable la ilicitud de la causa (obligarse a entregar dinero a cambio de ellas) que la del objeto, que tal vez no constituya conducta censurable *ex* artículos 1271 y siguiente con arreglo a los criterios hoy socialmente imperantes».

VÁZQUEZ DE CASTRO¹⁰, sobre la distinción entre ambos preceptos, razona que los negocios ilícitos (art. 6.3 del CC) son aquellos que conculcan una prohibición normativa, mientras que los negocios jurídicos con causa lícita pueden ser nulos aunque no conculquen una prohibición normativa, si violan el espíritu, finalidad o principios sobre los que se sustenta la norma jurídica.

SABORIDO SÁNCHEZ¹¹, en una monografía sobre la materia distingue el supuesto de hecho de los dos artículos, en función de las consecuencias jurídicas diferentes de las que goza cada supuesto de hecho razonando también sobre la complementariedad existente entre el artículo 6.3 y el artículo 1275 del Código civil.

CARRASCO Y LYCZKOWSKA¹² haciéndose eco de las anteriores opiniones de VÁZQUEZ DE CASTRO y SABORIDO SÁNCHEZ consideran que: «Con todo, esta construcción debe contrastarse con los resultados normativos. Para empezar, resulta algo extraño que el campo de aplicación de los artículos 6.3 y 1275 del Código civil sea sistemáticamente distinto, cuando, como es sabido, el artículo 6.3 del Código civil se incorpora al ordenamiento jurídico español en 1974. ¿Dónde se residenciaban antes los negocios contrarios a normas imperativas que, con todo, no pecaban de ilicitud en la causa? En segundo lugar, la pureza de la construcción dogmática se condiciona a que fuere posible una distinción no ambigua entre reprochabilidad en los motivos, prohibición de la prestación prometida, negocio en fraude de ley y simple negocio prohibido. En rigor, solo en casos marginales esta distinción es posible. Un negocio puede ser prohibido porque su realización como un todo sea ilícita, aunque no lo sea la prestación o prestaciones prometidas (por ejemplo, un matrimonio entre personas vinculadas por impedimento de parentesco, un contrato lícito celebrado en fechas prohibidas [rebajas fuera de tiempo reglamentario], una venta de saldos de productos que están deteriorados, una adquisición de acciones cotizadas sin haber seguido el procedimiento reglado de OPA societarias, etc.), y muy bien cabe entonces

pensar que, siendo negocio prohibido, no es negocio con causa ilícita. Pero si el intercambio como tal está prohibido (v. gr., venta de drogas), existe al mismo tiempo una prohibición relativa al negocio y una prohibición relativa a la ilicitud de la prestación.

Más allá, sin embargo, de la función clasificatoria, hay que atender a los resultados sancionatorios. Si mantenemos la distinción propuesta al inicio de este epígrafe, tenemos que poder afirmar estas tres reglas. Primera, si el negocio incurre en causa ilícita, pero no es un negocio prohibido, no se aplicaría la restricción a la nulidad que se formula en el inciso final del artículo 6.3 del Código civil (a saber, que el ordenamiento hubiera previsto otra sanción para caso de contravención). Segunda, que el negocio prohibido, nulo, que no incurre en ilicitud causal, no está sujeto a las reglas *nemo propriam e in pari causa turpe* del artículo 1306 del Código civil. Tercera, que, por lo mismo, si alguna diferencia existe entre la nulidad del simple negocio prohibido y la nulidad con causa ilícita es que en el segundo caso se aplican los artículos 1305 y 1306, y en el primero no».

Asimismo, CARRASCO también afirma que¹³: «...Pero esto no quiere decir que todos los contratos que incurran en la contravención a que se refiere el artículo 6.3 del Código civil sean contratos ilícitos en su causa, inmorales o contrarios al orden público. En absoluto, pues veremos que la mayoría de las normas prohibitivas a las que se han tenido que enfrentar nuestros tribunales son normas de Derecho sectorial, y en infracciones de esta clase no se puede hacer reproche alguno por razón de su contenido; no se suele hacer un juicio de valor conducente a la inmoralidad o torpeza del negocio. Tampoco quiere decirse que las categorías de negocio prohibido del artículo 6.3 o del artículo 1255 y negocio incurrido en causa ilícita puede no ser un negocio prohibido. Así, la ilicitud causal fundada en el desvalor de los motivos de una o de ambas partes no tiene por qué infringir ninguna norma imperativa (expresa) ni tiene que sustentarse en la introducción de un pacto contrario a la moral. En buena lógica, hay un espacio no insignificante entre los negocios prohibidos y los negocios incurridos en causa ilícita. Es cierto que habrá un espectro de casos en que causa ilícita y prohibición legal concurren. Pero no son los más, como se verá. Una prohibición sin desvalor de la conducta podrá conducir a la nulidad del artículo 6.3 del Código civil, pero no a la del artículo 1275 del Código civil. Sería posible entonces declarar la sanción de nulidad sin que existiera fundamento para un reproche de desvalor de la acción. Sin embargo, la práctica de nuestros tribunales no ha operado así, y ha ido reduciendo sistemáticamente la sanción de nulidad del artículo 6.3 del Código civil a los casos en los que la situación resultante del negocio prohibido es calificable de situación de ilicitud causal. Hoy día, apenas puede encontrarse una sentencia que declare la nulidad de un contrato con el exclusivo fundamento en el artículo 6.3 del Código civil, si el negocio prohibido no es además un negocio sobre el que pesa un juicio de desvalor distinto de la simple conculcación de la norma imperativa».

En un interesante trabajo comparatista, INFANTE y OLIVA¹⁴ exponen sus consideraciones críticas sobre el particular del siguiente tenor: «En nuestra opinión, hay que cuestionarse si, realmente, hace falta recurrir a la categoría de la causa para poder controlar la legalidad de los contratos y evitar los pactos ilícitos e inmorales. Entendemos que la causa no es un elemento imprescindible para regular los contratos ilícitos o contra bonos mores en tanto que tales patologías pueden ser normalmente abordadas en sede de contratos *contra legem* (art. 6.3 CC) y de vulneración de los límites de la autonomía contractual (art. 1255 CC).

En tal sentido, algunos importantes representantes de la doctrina jurídica han afirmado que, para decretar la nulidad de ciertos contratos en los que el propósito práctico perseguido por las partes sea contrario a las leyes imperativas o la moral, no hacen falta los artículos 1271 y 1275 del Código civil, en cuanto que podría funcionar igualmente con lo establecido por los artículos 6.3 y 1255 del Código civil. Es decir, para determinar si un contrato es nulo basta con comprobar si su contenido o los motivos conocidos por las partes vulneran la ley, la moral o el orden público, resultando el recurso a la institución de la causa hasta un cierto punto “artificial”. Por todo ello, nos parece que a efectos de garantizar un control efectivo de la licitud de los contratos la supresión de la técnica de la causa es perfectamente posible, pues basta con exigir la legalidad y moralidad del contrato considerado en su globalidad (contenido y propósitos conocidos), e incluso recomendable, ya que de esta manera se dotaría de mayor seguridad jurídica y claridad al sistema».

Sobre las relaciones entre los debatidos preceptos, resulta pues de sumo interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2008 (RJ 2008, 5666), donde se plantea el problema en que si tres médicos anestelistas que trabajaban para el INSALUD han de ser indemnizados por incumplimiento de contrato de servicios concluido con la Clínica privada demandada, al considerar la Audiencia Provincial que al estar incursos en incompatibilidad la causa del contrato es ilícita y que no procede indemnizarlos, salvo a dos de ellos y solo por el complemento de exclusividad que dejaron de percibir. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, entendiéndolo eficaz el arrendamiento de servicios pese a la vulneración del régimen administrativo de incompatibilidades por parte de los prestadores de los servicios, concediendo pues la indemnización solicitada y razonando en lo que nos afecta lo siguiente:

«Lo que no es posible es provocar la ineficacia del contrato mediante el ejercicio de la acción de nulidad por ilicitud de la causa. De los artículos 1275 y 1276 del Código civil (LEG 1889, 27) resulta que la causa ha de existir, ha de ser lícita y ha de ser verdadera, y es evidente que, no cabe estimar como causa del contrato existente entre las partes tal incumplimiento por los demandantes de sus deberes de incompatibilidad el hecho de actuar sobre pacientes en los procesos quirúrgicos adjudicados a la Clínica por el INSALUD. La causa, en el sentido objetivo, que se desprende del artículo 1274 del Código civil, es la función económica y social, el fin objetivo e inmediato que se persigue en cada contrato, al margen de la mera intención o subjetividad, y consiste en los contratos onerosos en el simple intercambio de prestaciones. Pues bien, la realización de actuaciones médicas de carácter privado por profesionales técnicamente aptos para ello y el pago de su precio en modo alguno afecta a la estructura del contrato por el incumplimiento del régimen de incompatibilidades previsto en la Ley 53/1984 (RCL 1985, 14). Tampoco se incluye estipulación contractual alguna que pudiera comprometer la independencia o el estricto cumplimiento de sus deberes en la actividad pública desarrollada. Y si se atiende a la mera intención o subjetividad que significan los móviles que llevaron a concluirlo tampoco hay dato alguno en la sentencia que permita sostener que con el incumplimiento denunciado pretendían perjudicar a terceros o generar daño a la entidad pública, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que, a resultados del concierto, pudieran derivar del ámbito meramente administrativo entre los médicos y la entidad pública y entre la demandada, que conoció y permitió que la supuesta infracción tuviera lugar, al proyectar sus efectos sobre el aspecto público de la actuación de los actores, sin trascender a normas imperativas de carácter sustantivo».

Es decir, en este caso enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2008 se concluye la existencia de una independencia entre el ilícito causal y la norma prohibitiva. Si bien es cierto que el recurso se planteó sobre el artículo 1275 del Código civil y no sobre el artículo 6.3 del Código civil, *sedes materiae* tradicional de las nulidades por infracción de normativa administrativa¹⁵.

Por otro lado, la aplicación del artículo 1306 del Código civil requiere una «torpeza» en el causante de la nulidad, un reproche moral o una contrariedad con un orden público económico (anejo a dicha torpeza), una nulidad causal justificada por la represión del contenido del contrato, lo que no puede identificarse con la nulidad de todo negocio prohibido (STS núm. 612/2017 de 15 de noviembre).

Ya la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 567/2009 de 30 de julio (imposición de precios) resuelve un caso en que en la sentencia de apelación (fto. quinto) se establece que no nos encontramos ante una mera recomendación de precios sino ante una auténtica imposición por remisión a unos listados de precios a los que se obliga a sujetarse al franquiciado, sin que obste que no afecte a todos los productos suministrados, bastando que afecte solo a algunos de los servidos por la franquiciadora, y al afectar la venta [reventa] a los precios indicados al margen comercial se está incidiendo en los ingresos de la franquiciada y con ello en el canon a abonar por la franquicia. Y también se reitera la aplicación del artículo 1306.2 del Código civil al resultar diáfano que las entidades franquiciadoras tenían conciencia de la ilicitud de la imposición de precios o al menos hubieran debido tenerla.

El Tribunal Supremo descarta la aplicación del artículo 1306 del Código civil, sobre la inexistencia de inmoralidad, razonando lo siguiente:

«Finalmente se plantea por la parte recurrente la inaplicabilidad al caso del artículo 1306.2º del Código civil. El planteamiento se estima porque, como se afirma en el recurso no es de aplicación dicho precepto, sino el del artículo 1303 del Código civil, pues ni la causa de nulidad apreciada tiene la condición de torpe, en su sentido estricto de inmoral, ni ha existido un propósito dañino o malicioso por parte de la franquiciante. La aplicación de la normativa del artículo 1306 del Código civil con el efecto de “dejar las cosas como están” sería claramente injusta, y máxime si se tiene en cuenta que a ambas partes les es imputable en la misma medida consensual la consignación de la cláusula, y conllevaría un claro enriquecimiento injusto para una de ellas».

Más recientemente, la STS núm. 612/2017 de 15 noviembre se analiza la nulidad de los contratos sujetos a la Ley 42/1998 y celebrados al margen de sus disposiciones, así como los efectos restitutorios de dicha nulidad.

El Tribunal Supremo descarta la aplicación del artículo 1306 del Código civil, sobre la inexistencia de inmoralidad (reproche moral) o vulneración de orden público económico, razonando lo siguiente:

3. *Por lo que se refiere a los efectos restitutorios propios de la nulidad declarada, como hemos advertido en ocasiones anteriores, la nulidad por contravención de la ley (art. 1.7 de la Ley 42/1998) no implica necesariamente la aplicación de la regla contenida en el artículo 1306 del Código civil (LEG 1889, 27), que permitiría al adquirente «no culpable» de la nulidad del contrato reclamar lo entregado sin restituir lo recibido (o su valor). La aplicación del artículo 1306 del Código civil requiere una «torpeza» en el causante de la nulidad, un reproche moral o una contrariedad con un orden público económico, una nulidad causal justificada por la represión del contenido del contrato, lo que no puede identificarse con la nulidad de todo negocio prohibido. En el caso, la propia relatividad del reproche*

a los contratos celebrados «al margen» de la Ley 42/1998 ha quedado confirmada por el legislador con posterioridad, puesto que en la vigente Ley 4/2012, de 6 de julio (RCL 2012, 946), de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, se admite la validez de otras modalidades de constitución de los derechos [Sentencias 449/2017, de 13 de julio (RJ 2017, 3625), 471/2017, de 19 de julio (RJ 2017, 3649), 552/2017, de 27 de septiembre].

Con idéntico objeto procesal a esta STS núm. 612/2017 de 15 de noviembre, e idéntico razonamiento sobre la inaplicabilidad del artículo 1306 del Código civil sobre la ausencia de inmoralidad o vulneración de orden público económico, colacionamos igualmente las siguientes STS: Sentencia núm. 449/2017 de 13 de julio; Sentencia núm. 286/2018 de 18 de mayo; Sentencia núm. 132/2018 de 7 de marzo; Sentencia núm. 49/2018 de 30 de enero; Sentencia núm. 680/2017 de 15 de diciembre; Sentencia núm. 647/2017 de 27 de noviembre; Sentencia núm. 611/2017 de 15 de noviembre; Sentencia núm. 522/2017 de 27 de septiembre; Sentencia núm. 471/2017 de 19 de julio (De todas estas STS, ha sido ponente la Excm. Sra. PARRA LUCÁN).

Esta nueva línea jurisprudencial enlaza con la opinión de autores como DELGADO ECHEVARRÍA, PARRA LUCÁN y Díez-PICAZO sobre la literalidad del artículo 1306 del Código civil («*causa torpe*»)¹⁶.

En función de lo anterior y no sin antes reconocer la dificultad de la distinción dogmática, en estos casos de contratos infractores del Derecho de la Competencia, estimamos que nos encontramos ante un supuesto de contrato prohibido en cuanto contraviene la normativa imperativa de la que goza el Derecho de la Competencia y no de un contrato ilícito causalmente. Efectivamente, no encontramos en estas situaciones un ánimo o intención común o aislado de ambas o una de las partes contractuales en la conducta infractora resultando que las prestaciones individualmente consideradas (pago del canon de franquicia y transmisión de los elementos inherentes a dicha franquicia, en este caso analizado por el TS) en modo alguno se ven alteradas por el incumplimiento de la normativa derivada del Derecho de la Competencia, sin perjuicio de la afectación lógica al bien jurídico protegido que no es otro que el Mercado y no los intereses de las partes contractuales, de ahí que efectivamente nos encontremos ante una auténtica limitación de la autonomía de la voluntad en cuanto a la imperatividad de la norma jurídica infringida.

Por tanto, a nuestro juicio nos encontramos ante un supuesto de hecho (contrato prohibido) cuya consecuencia jurídica ha de ser la nulidad por aplicación del artículo 6.3 del Código civil, lo que ineludiblemente ha de llevar a la restitución de las prestaciones *ex* artículo 1303 del Código civil, ya que no pudiéndose ubicar el problema dentro del ámbito del ilícito causal no ha de resolverse lógicamente el caso mediante la regla de la irrepetibilidad que consagra el artículo 1306 del Código civil, a lo que coadyuva el entendimiento general de la validez contractual que se predica en la propia legislación protectora de la competencia si se cumple con los acomodaciones o requisitos a la misma.

En nuestra opinión, la nulidad en la que se sustenta este contrato prohibido es la derivada de la infracción de una norma imperativa como es la protectora de defensa de la competencia. El artículo 1.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, es lo suficientemente explícito al respecto:

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

Nótese, la diferencia con su predecesor. El artículo Primero dos de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, expresaba lo siguiente:

Dos. Son nulos, como contrarios a la Ley y al orden público, los convenios entre empresas, así como los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones o agrupaciones de aquellas que originen prácticas de las prohibidas en el apartado anterior.

Es decir, la primitiva Ley en consonancia con la introducción que ella misma realiza en nuestro ordenamiento jurídico del concepto de «orden público económico» hacía residir la nulidad también en la vulneración del orden público, a diferencia de lo que sucede con la normativa en vigor.

Gana por tanto valor, también en este campo, la distinción que se viene produciendo jurisprudencialmente consistente en que no toda infracción de norma imperativa puede ser considerada como vulneradora del orden público. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 13ª de 4 de abril de 2008 (Roj: SAP M 7706/2008-ECLI: ES:APM:2008: 7706): se pronuncia al respecto: «No toda vulneración de norma imperativa o prohibitiva debe tenerse por contraria al orden público, sino solo las lesiones que contravienen en lo sustancial e imprescindible nuestro vigente sistema jurídico, económico y de convivencia con trascendencia y repercusión colectiva o lesión de derechos individuales fundamentales».

Este razonamiento implica que resulte necesario matizar o aclarar nuestras palabras anteriores: una vulneración del orden público económico de forma aislada no puede consistir en sí una torpeza, sino que dicha vulneración del orden público económico para conllevar la aplicación de la irrepetibilidad consagrada en el artículo 1306 del Código civil ha de contener en sí misma la torpeza, lo que no vemos que se desprenda con claridad en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo que razona sobre el artículo 1306 del Código civil.

Sentado lo anterior, efectivamente, la repetición *ex* artículo 1303 del Código civil se impone en estos casos de nulidad infractora del Derecho de la Competencia, aunque como decíamos y en función del bien jurídico protegido (el Mercado y no los intereses de las partes contractuales) no estimamos que haya de ser la solución más acorde al caso, debiendo venir la misma por la nulidad parcial del contrato, como entendemos que ya propugnara en su momento DE CASTRO.

Así las cosas, una primera aproximación para evitar la restitución de las prestaciones derivada de la nulidad total del contrato por ser contrario a la normativa protectora de la competencia, pudiera venir por la aplicación de la doctrina de la nulidad parcial al caso, eliminando, por ejemplo, para el caso analizado por la STS de 28 de julio de 2021, la cláusula de fijación de precios y estimando como precio válido el fijado por el distribuidor, tal y como acertadamente razona MARÍ MIRAVALLS¹⁷. Sin embargo, esto se opone frontalmente al criterio del Tribunal Supremo¹⁸.

En este sentido, MARTÍ MIRAVALLS cuando analiza la jurisprudencia habida sobre la materia de pronuncia del siguiente tenor: «Por su parte, de las principales resoluciones del Tribunal Supremo sobre la materia se concluye que para el Alto Tribunal no puede aceptarse que las cláusulas contractuales a las que se imputa la contravención del Derecho comunitario de la Competencia tengan carácter accesorio en relación con el conjunto del contrato —STS de 3 de octubre de 2007—. Las cláusulas incompatibles con el Derecho comunitario no pueden considerarse separables —STS de 2 de junio de 2000—, ni sería tampoco posible

obligar a las partes a renegociarlas con vistas a iniciar una relación sobre bases que serían sustancialmente distintas de las establecidas —STS de 30 de julio de 2009—. La supresión de las cláusulas contrarias al Derecho comunitario alteraría por completo la economía del contrato y, por tanto, la relevancia o esencialidad de la cláusula nula se expande a todo el negocio e impide la aplicación de la regla “*utile per inutile non vitiatur*”, que podría suponer una nulidad parcial, y no total —STS de 15 de abril de 2009—. Por lo que proclama la nulidad total del contrato».

Sin embargo, sí nos parece acertado en contra del parecer del Tribunal Supremo los razonamientos del citado autor (Martí Miravalls) cuando efectivamente nos dice que el acuerdo de fijación de precios no es un pacto esencial del contrato ya que eliminada la cláusula de fijación de precios, el precio será el determinado por el distribuidor, resultando por otro lado que con la eliminación de dicha cláusula también se respeta el fin de protección de la norma, a saber, evitar los acuerdos colusorios entre proveedores por la transparencia de precios contribuyéndose a la competencia intramarca (*vid. op. cit.* 31 y 32), por lo que coincidimos en la necesaria revisión de dicha doctrina jurisprudencial para admitir la posibilidad de la nulidad parcial en un caso como el analizado en esta Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2021.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 2 de abril de 1941
- STS de 31 de diciembre de 1979
- STS de 30 de diciembre de 1985
- STS de 22 de junio de 2006
- STS de 17 de julio de 2008
- STS de 30 de julio de 2009
- STS de 15 de noviembre de 2017
- STS de 13 de julio de 2017
- STS de 19 de julio de 2017
- STS de 27 de septiembre de 2017
- STS de 15 de noviembre de 2017
- STS de 27 de noviembre de 2017
- STS de 15 de diciembre de 2017
- STS de 30 de enero de 2018
- STS de 7 de marzo de 2018
- STS de 18 de mayo de 2018
- STS de 28 de julio de 2021
- SAP de Madrid de 4 abril de 2008

V. BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO-LYCZKOWSKA. Sentencia de 17 de julio de 2008. Arrendamiento de Servicios. Resolución unilateral injustificada e indemnización. Infracción de norma administrativa de compatibilidad. Causa ilícita. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 80.

CARRASCO. *Derecho de Contratos*. Primera Edición. Thomson Reuters-Aranzadi, 2010.

- CARRASCO PERERA. La irrepitibilidad de lo entregado en un contrato con causa ilícita: elenco de casos. *Análisis GA&P*, octubre de 2016.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ. *Comentarios al Código civil*. Tomo XVII. Vol. 1.º B. Edersa, 1993.
- DE CASTRO. Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor. *Anuario de Derecho Civil*, 1982, XXXV-IV.
- DELGADO ECHEVARRÍA. Artículos 1300-1314, en *Comentario al Código civil*. Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN. *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*. Dykinson, Madrid, 2005.
- DE LOS MOZOS. La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto, *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1961.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *Par delictum y par causam turpitudinem*. Academia Sevillana del Notariado, Tomo V, 173-192, 1991.
- DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*. Introducción. Teoría del Contrato. Sexta Edición. Thomson-Civitas, 2007.
- DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES. *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Civitas, 2002, 175.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA. *La nulidad parcial del contrato*, La Ley, 1995.
- INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ. Los contratos ilegales en el derecho privado europeo. *Indret*, 2009. www.indret.com.
- JORDANO BAREA. La causa en el sistema del Código civil español. *Centenario del Código civil*, Tomo I, 1990.
- LÓPEZ FRÍAS. Clases de nulidad parcial del contrato en nuestro ordenamiento. *Anuario de Derecho Civil*, 1990.
- MARTÍ MIRAVALLS. La nulidad por infracción del Derecho de la Competencia: sobre la necesaria revisión de la práctica jurisprudencial española. *Revista de Derecho UNED*, núm. 25, 2019.
- SABORIDO SÁNCHEZ. *La causa ilícita: delimitación y efectos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- SANCHO GARGALLO. Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia. *Indret*, 1/2009.
- VÁZQUEZ DE CASTRO. *La ilicitud contractual: supuestos y efectos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

NOTAS

¹ DE CASTRO. Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor. *Anuario de Derecho Civil*, 1982, XXXV-IV, 987-1085.

² MARTÍ MIRAVALLS. La nulidad por infracción del Derecho de la Competencia: sobre la necesaria revisión de la práctica jurisprudencial española. *Revista de Derecho UNED*, núm. 25, 2019, 41.

³ CARRASCO PERERA. La irrepitibilidad de lo entregado en un contrato con causa ilícita: elenco de casos, *Análisis GA&P*, octubre de 2016.

⁴ SANCHO GARGALLO. Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia. *Indret*, 1/2009, 12.

⁵ DE LOS MOZOS. La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto, *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1961.

⁶ JORDANO BAREA. La causa en el sistema del Código civil español. *Centenario del Código civil*, Tomo I, 1990. Este autor opinaba (páginas 1049 y 1050) lo siguiente: «A la luz de los artículos 1116, 1255, 1271, párrafo 3º, y 1275, ha de partirse de una idea matriz y fundamentalísima: la de que ha de ser reputado ineficaz por exigencias eludibles del carácter social y moral del Derecho, todo contrato que persiga un fin ilícito o inmoral, sea cualquiera el medio empleado por los contratantes para lograr esa finalidad o justificada por un interés digno de ser socialmente protegido. El concepto de causa ilícita, tal como lo desenvuelve y aplica, con gran amplitud y flexibilidad, la doctrina moderna, permita cobijar no solo las convenciones ilícitas por razón de su objeto o de su motivo (cuando este último pueda y deba ser tomado en consideración por estar integrado en el contenido del contrato), sino también múltiples convenciones que, no encerrando en sí ningún elemento de directa antijuridicidad, son ilícitas por el matiz inmoral que reviste la operación en su conjunto, como sucede en aquellos caso en que se promete determinada retribución a una persona para que esta cumpla aquello a que está tenida por una obligación anterior; jurídica o moral.

⁷ DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*. Sexta Edición. Thomson-Civitas, 2007, 282 y 283.

⁸ DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS Y MORALES. *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Civitas, 2002, 175.

⁹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ. *Comentarios al Código civil*. Tomo XVII. Vol. 1º B. Edersa, 1993.

¹⁰ VÁZQUEZ DE CASTRO. *La ilicitud contractual: supuestos y efectos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

¹¹ SABORIDO SÁNCHEZ. *La causa ilícita: delimitación y efectos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

¹² CARRASCO-LYCKOWSKA. Sentencia de 17 de julio de 2008. Arrendamiento de Servicios. Resolución unilateral injustificada e indemnización. Infracción de norma administrativa de compatibilidad. Causa ilícita. Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, núm. 80.

¹³ CARRASCO. *Derecho de Contratos*. Primera Edición. Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, 720 y 721.

¹⁴ INFANTE RUIZ. OLIVA BLÁZQUEZ. Los contratos ilegales en el derecho privado europeo. Indret, 2009. www.indret.com.

¹⁵ Sobre la posibilidad de nulidad por infracción de norma administrativa, resulta conveniente tener presente la revisión doctrinal efectuada por nuestro Alto Tribunal a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5687).

¹⁶ DELGADO ECHEVARRÍA. Artículos 1300-1314, en *Comentario al Código civil*. Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; Delgado Echevarría y Parra Lucán. *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*. Dykinson, Madrid, 2005; DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN. «Par delictum y par causam turpitudinem», *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo V, 173-192, 1991.

¹⁷ *Vid. op. cit.* 28 y sigs.

¹⁸ Para una mayor extensión sobre el tema, *Vid.* GOMEZ DE LA ESCALERA. *La nulidad parcial del contrato*, La Ley, 1995; LÓPEZ FRÍAS. Clases de nulidad parcial del contrato en nuestro ordenamiento, *Anuario de Derecho Civil*, 1990.

3. URBANISMO

El marco regulador de la reparcelación desde la perspectiva de la coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro

The regulatory framework for reparcelling in relation to the coordination between Cadastral Plots and Land Registry Properties

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: el presente comentario tiene por objeto una presentación inicial de carácter general y descriptivo sobre el marco regulador en materia de reparcelación en relación con el cumplimiento del objetivo de coordinación entre Registro de la Propiedad y Catastro dispuesto por la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, así como por las Resoluciones conjuntas dictadas a su amparo por ambas instituciones públicas de 26 de octubre de 2015 y 23 de septiembre de 2020.

ABSTRACT: *The purpose of this commentary is to provide an initial and descriptive view on the regulatory framework for reparcelling in relation to the coordination between the Cadastral Plots and the Land Registry Properties in accordance with Law 13/2015 of June 13, 2001 and the Resolutions issued of 26 October 2015 and 23 September 2020.*

PALABRAS CLAVE: Proyecto. Reparcelación. Equidistribución. Reordenación. Propiedad. Coordinación. Registro de la Propiedad. Catastro.

KEY WORDS: *Reparcelling. Cadastral Plots. Land Registry Properties. Coordination.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN INICIAL SOBRE LA REPARCELACIÓN Y LA COORDINACIÓN ENTRE REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL CATASTRO.—II. PREVISIONES DE LA LEY 13/2015 EN MATERIA REPARCELATORIA.—III. LAS RESOLUCIONES CONJUNTAS DE 26 DE OCTUBRE DE 2015 Y 23 DE SEPTIEMBRE DE 2020: 1. LA RESOLUCIÓN CONJUNTA DE 26 DE OCTUBRE DE 2015 DE LAS DIRECCIONES GENERALES DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y DEL CATASTRO: a) Consideración inicial. b) Procedimientos registrales referidos a instrumentos reparcelatorios con incorporación de la representación gráfica catastral de las

fincas de resultado. c) Procedimientos registrales referidos a instrumentos reparcelatorios con incorporación de la representación gráfica alternativa. 2. LA RESOLUCIÓN CONJUNTA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2020 DE LAS DIRECCIONES GENERALES DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA Y DEL CATASTRO.—IV. BREVE REFERENCIA A LOS BIENES DEMANIALES EN ÁMBITOS REPARCELATORIOS A LA VISTA DE LAS RESOLUCIONES DE 26 DE OCTUBRE DE 2015 Y 23 DE SEPTIEMBRE DE 2020.

I. CONSIDERACIÓN INICIAL SOBRE LA REPARCELACIÓN Y LA COORDINACIÓN ENTRE REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL CATASTRO

La debida culminación del proceso reparcelatorio en el Registro de la Propiedad mediante la inscripción del correspondiente proyecto¹ a fin de reflejar la nueva estructura de la propiedad ajustada a las determinaciones de ordenación establecida por el planeamiento urbanístico² constituye una realidad inapelable promovida históricamente desde el ordenamiento jurídico, lo que se hace patente singularmente con motivo de la aprobación del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

En este sentido, la función del Registro de la Propiedad como institución llamada a dar certeza³ y publicidad a las relaciones jurídicas sobre bienes inmuebles había de cobrar una relevancia de primer orden justamente en relación con la aparición progresiva de nuevas realidades sociales entre las que un lugar destacado fue ocupado por «*la dimanante de los fenómenos urbanísticos, que, por sí mismos, recaen sobre bienes inmuebles y a los cuales los sistemas de publicidad inmobiliaria tienen que responder*»⁴.

Siendo por lo tanto claro que, como fenómeno urbanístico típico, la reparcelación no puede ser hoy concebida extramuros del Registro de la Propiedad, era igualmente obligado que en la concreción del objetivo de la coordinación de Registro y Catastro plasmada en la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario (Ley 13/2015) había de reflejarse en alguna medida qué operaciones debían realizarse en el curso de la elaboración y tramitación del correspondiente proyecto a fin de que la nueva configuración final de la estructura de la propiedad quedara debidamente reflejada en ambas instituciones⁵.

Es pues de esta última circunstancia, en parte considerada en la reciente Resolución de 27 de enero de 2021 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública referida a la denegación de la inscripción de una certificación administrativa aprobatoria de un proyecto de reparcelación, de la que nos ocupamos seguidamente, destacando tanto las previsiones consignadas al efecto en la Ley 13/2015 como lo acordado en las dos importantes Resoluciones conjuntas de las dos Direcciones Generales involucradas de 26 de octubre de 2015 y 23 de septiembre de 2020 por las que se dio cumplimiento al mandato contenido en el artículo 10.6 de dicho texto legal⁶.

Se trata, por lo tanto, el presente, de un comentario de carácter general y descriptivo de acuerdo con un marco regulador en el que la diversidad de circunstancias a las que puede llegar a enfrentarse la elaboración y tramitación de un instrumento reparcelatorio inevitablemente no están contempladas en su detalle, razón por la cual lo aquí expuesto habrá de ser objeto de complemento separado también con los ajustes que deban realizarse a la vista de la doctrina que vaya elaborándose al respecto desde el Centro Directivo.

II. PREVISIONES DE LA LEY 13/2015 EN MATERIA REPARCELATORIA

Según puso de manifiesto en su preámbulo, la Ley 13/2015 supuso un nuevo paso a fin de mejorar la que calificó como «*deseable e inaplazable*»⁷ coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad con el propósito último de alcanzar una más precisa identificación de los inmuebles en beneficio de los ciudadanos y de las Administraciones⁸.

A partir del anterior objetivo general, en cuanto se refiere a la incidencia de la reforma en el ámbito particular de la ejecución del planeamiento urbanístico en actuaciones integradas sujetas a procesos reparcelatorios, con base en los nuevos artículos 9 y 10 de la Ley Hipotecaria resulta posible destacar como ideas más relevantes las siguientes:

a) En cuanto se trate de operaciones de reparcelación⁹ en virtud de las cuales se dé lugar a una reordenación de los terrenos, dice el párrafo primero del artículo 9.b que la inscripción deberá incorporar la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria con expresión, si estuvieran acreditadas, de las coordenadas georreferenciadas de sus vértices, previsión que en todo caso será objeto de matización separada por razón de su aplicación sobre las fincas de origen, las de resultado y la delimitación de la unidad de ejecución en el sentido de que para las primeras regiría la regla general de la incorporación de la representación gráfica catastral y para las segundas y la tercera la representación gráfica alternativa.

b) Sobre la incorporación de la representación gráfica georreferenciada, el artículo 10 de la Ley Hipotecaria recoge dos reglas: una general, consistente en que «la base de representación gráfica de las fincas registrales será la cartografía catastral» (apartado 1), y otra de carácter especial, según la cual «únicamente podrá aportarse una representación gráfica georreferenciada complementaria o alternativa a la certificación catastral gráfica y descriptiva (...) b) Cuando el acto inscribible consista en una parcelación, reparcelación, segregación, división, agrupación, agregación o deslinde judicial, que determinen una reordenación de los terrenos».

c) El artículo 9.b de la Ley Hipotecaria se refiere en general a la correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca, exigiendo que ambos recintos se guarden relación básicamente con la misma porción del territorio y que las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de las colindantes.

d) En relación con las fincas aportadas al expediente reparcelatorio, la indicada incorporación al folio real de la representación gráfica catastral de las fincas afectadas requerirá, como regla general, que junto al título inscribible se aporte la respectiva certificación catastral descriptiva y gráfica, sin perjuicio de lo que resulte de supuestos particulares tales como la presencia de fincas parcialmente afectadas o la regla especial que respecto de la inmatriculación recoge la Resolución conjunta de 23 de septiembre de 2020, a la que luego nos referiremos.

e) El artículo 201 de la Ley Hipotecaria, relativo a la rectificación de la descripción, superficie o linderos de una finca registral, carece de referencia alguna a su posible instrumentación en los procesos reparcelatorios, lo que por su parte sí recoge el artículo 204.1.º en relación con la inmatriculación de fincas aportadas a dichos instrumentos.

Ello no es obstáculo, sin embargo, para que dicha rectificación pueda tener lugar a través de esos mismos documentos reparcelatorios, virtualidad que se encuentra expresamente admitida por el artículo 68.4 del Real Decreto Legislativo

7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLURU) en el que se alude de modo expreso al título reparcelatorio como suficiente para la rectificación de descripciones registrales.

Así se contempla igualmente, por lo demás, en los artículos 7.3 y 8.1 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, señalando el segundo de ellos que la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución será título suficiente, «*sin necesidad de otro requisito*», para la rectificación de la extensión superficial o de los linderos o cualquier otra circunstancia descriptiva de las fincas de origen sujetas a un proceso reparcelatorio.

Por lo tanto, cuando de la rectificación de la descripción de una finca registral se tratara, el objetivo de la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral puede alcanzarse no solo mediante la tramitación del expediente a que se refiere el artículo 201 sino también, en cuanto se refiere a las fincas aportadas, con motivo de la inscripción del correspondiente título reparcelatorio.

f) En cuanto a la representación de las fincas de resultado y de la delimitación de la unidad de ejecución correspondiente comprensiva de todas las fincas aportadas, será necesario acudir a la representación gráfica alternativa georreferenciada prevista en el citado artículo 9.b de la Ley Hipotecaria.

g) En todos los casos en que se aporte una representación gráfica alternativa, el Registrador lo comunica al Catastro a fin de que efectúe, en su caso, la alteración que proceda y este lo trasladará al Registro, que hará constar las referencias catastrales y la coordinación e incorporará al folio real la representación gráfica catastral rectificando, en su caso, la cabida que previamente constara en la descripción literaria que habrá de notificarse a los titulares de derechos inscritos si no estuviera ya realizada, lo que en el caso de la reparcelación tiene lugar en el seno de la tramitación del respectivo procedimiento administrativo y además ha de ser indicado en el título según dispone el artículo 7.11 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

h) La incorporación de una representación gráfica alternativa deberá respetar la delimitación de la finca matriz o del perímetro del conjunto de las fincas aportadas que resulte de la cartografía catastral, precisándose la delimitación gráfica de las partes afectadas y no afectadas de las parcelas catastrales.

i) En orden a la incorporación de la representación gráfica aportada al folio real de la finca será necesario que el Registrador no albergue dudas sobre su correspondencia con la finca inscrita en cuanto pudiera coincidir, aunque fuera parcialmente, con otra representación gráfica previamente incorporada o en la medida en que pudiera darse el caso de una posible invasión del dominio público según lo que se dice en el siguiente apartado IV.

III. LAS RESOLUCIONES CONJUNTAS DE 26 DE OCTUBRE DE 2015 Y 23 DE SEPTIEMBRE DE 2020

1. LA RESOLUCIÓN CONJUNTA DE 26 DE OCTUBRE DE 2015 DE LAS DIRECCIONES GENERALES DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y DEL CATASTRO¹⁰

A) *Consideración inicial*

La Resolución de 26 de octubre de 2015, cuyo objeto fue la regulación del intercambio de información entre el Catastro y el Registro de la Propiedad y la interoperabilidad entre sus sistemas de información, al tratar de los procesos

reparcelatorios distingue en sus apartados Cuarto y Quinto los requisitos técnicos del intercambio de información entre una y otra institución según que el procedimiento registral incorpore la representación gráfica catastral o la representación gráfica alternativa de las fincas de resultado.

B) Procedimientos registrales referidos a instrumentos reparcelatorios con incorporación de la representación gráfica catastral de las fincas de resultado¹¹

En el caso de la presentación en el Registro de proyectos de reparcelación en los que incorpore la certificación catastral descriptiva y gráfica de las fincas resultantes¹², o cuando la representación gráfica de estas operaciones ya esté incorporada al plano parcelario catastral, el registrador, previa la calificación de su correspondencia gráfica, practicará la inscripción incorporando al folio real las referencias catastrales correspondientes, la representación gráfica catastral de las fincas y la circunstancia de la coordinación, datos¹³ que se pondrán en conocimiento de la Dirección General del Catastro con vistas a la incorporación de las alteraciones catastrales que procedan y a la constancia de la circunstancia de la coordinación, el código de la finca registral de la parcela o parcelas coordinadas y la fecha de la coordinación en este caso en sede de Catastro.

«Si por el contrario el registrador apreciara la falta de correspondencia entre la representación gráfica catastral aportada y la descripción de la finca registral con la consiguiente denegación de la incorporación de la primera al folio real, pondrá en conocimiento de la Dirección General del Catastro los respectivos datos sobre la inscripción registral y los bienes inmuebles afectados junto a un informe detallado sobre las causas impeditivas de la coordinación».

C) Procedimientos registrales referidos a instrumentos reparcelatorios con incorporación de la representación gráfica alternativa¹⁴

Si la presentación se refiriera a proyectos de equidistribución urbanística que no incorporen la representación gráfica catastral de las nuevas fincas resultantes, tales proyectos, dice la resolución, 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 acto objeto de inscripción, junto con la representación gráfica alternativa de las fincas resultantes derivada de los planos que reflejen dichas alteraciones dando cumplimiento a las especificaciones técnicas contempladas en el apartado séptimo de la resolución¹⁵. En todo caso, en cuanto se refiere a las fincas aportadas no cabe descartar, según lo ya apuntado, que en determinados supuestos hubiera de incorporarse la representación gráfica alternativa.

En relación con el supuesto de la representación gráfica alternativa de las fincas de origen y de acuerdo con el artículo 204.1.º de la Ley Hipotecaria, dice la resolución que, así como el registrador habrá de remitirla a la Dirección General del Catastro para su validación técnica cuando se pretendiera la inmatriculación con motivo de la inscripción de la reparcelación si las fincas creadas no se hubieran incorporado previamente al plano parcelario catastral con delimitación de las parcelas que hubieran de corresponderles, en el resto de supuestos la solicitud de validación técnica tendrá carácter potestativo.

Una vez practicada la inscripción y previa la calificación de la correspondencia gráfica de las fincas afectadas, se incorporará al folio real la representación

gráfica de las fincas resultantes y se remitirá al Catastro la información que refiere el número 2.a) y b) del apartado Cuarto de la citada resolución conjunta y, además, la relativa a la audiencia a colindantes catastrales y la representación gráfica alternativa inscrita dando cumplimiento a los requisitos del apartado séptimo¹⁶, procediendo que por el Catastro se remita al registrador el informe de validación técnica de la representación gráfica alternativa que habrá de contar con los extremos referidos en el número 4 del apartado segundo¹⁷.

En todo caso, la Dirección General del Catastro remitirá al registrador el informe de validación técnica de la representación gráfica alternativa a que se refiere el número 4 del apartado segundo de esta resolución, el cual, de ser positivo, dará lugar a las alteraciones catastrales correspondientes por parte de dicha Dirección General que a su vez comunicará al registrador la nueva referencia catastral de las fincas de resultado con su nueva representación gráfica para su incorporación al folio real con expresión de la circunstancia de su coordinación con el Catastro, lo que igualmente habrá de reflejarse por este.

Finalmente, en el caso de que el informe de validación técnica emitido por el Catastro fuera negativo y, no obstante, el registrador practicara la inscripción solicitada, se incorporará al folio real la representación gráfica alternativa de las fincas resultantes haciendo constar el sentido del informe.

2. LA RESOLUCIÓN CONJUNTA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2020 DE LAS DIRECCIONES GENERALES DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA Y DEL CATASTRO¹⁸

Justificada por las disfunciones manifestadas con motivo de la aplicación de la Ley 13/2015 y de la anterior Resolución de 26 de octubre de 2015 en cuanto se refiere a las comunicaciones y al suministro de información entre el Registro de la Propiedad y el Catastro, esta nueva Resolución de 23 de septiembre de 2020, presentada como complementaria de la anterior, tiene por objeto «resolver los obstáculos técnicos que impiden un completo y eficaz suministro recíproco de información».

A tal efecto y en relación con el tratamiento previsto para los expedientes que se siguen denominando como de «reordenación de la propiedad» de los que forman parte los instrumentos reparcelatorios, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante sobre las superficies incluidas en el dominio público dada su presencia habitual en ámbitos sujetos a esta clase de procesos, la exposición de motivos de la resolución destaca la regulación de soluciones novedosas no contempladas previamente.

Según lo anterior, la resolución acuerda lo siguiente en su apartado Decimocuarto referido a los expedientes que lleven consigo la reordenación de la propiedad:

a) En cuanto se refiere a los que identifica como ámbitos o unidades de ejecución, con base en el párrafo cuarto del artículo 9.b de la Ley Hipotecaria se considera como requisito esencial que su delimitación perimetral externa, que será coincidente con el perímetro exterior de las parcelas catastrales afectadas y de las fincas resultantes, sea cartográficamente definida en los términos dispuestos por dicho artículo con remisión a los correspondientes requisitos técnicos.

Se dice en este sentido de la aludida definición cartográfica, cuyo fin último es la correcta coordinación de las fincas resultantes entre el Catastro y el Registro de la Propiedad, que procura los tres siguientes objetivos: el encaje posterior de los recintos de las fincas resultantes de forma coherente a su descripción alfanumérica, la respectiva asignación de referencia catastral a tales fincas y la obtención del informe de validación gráfica positivo en la sede electrónica de la

Dirección General del Catastro sustitutivo del informe previo catastral en los casos de inmatriculación, conforme al artículo 206 de la Ley Hipotecaria, mediante representación gráfica georreferenciada alternativa.

b) La identificación cartográfica y descriptiva del ámbito o unidad de ejecución y de todas las fincas resultantes podrá ser previa al inicio del procedimiento administrativo del correspondiente instrumento reparcelatorio o integrarse en el expediente durante su tramitación a fin de permitir la asignación de la referencia catastral a cada una de las fincas resultantes.

c) En cuanto se refiere a las parcelas que estuvieran parcialmente incluidas en la unidad de ejecución, la representación gráfica que se aporte habrá de identificar y determinar gráficamente tanto la superficie afectada por el expediente —cabe entender, por el instrumento reparcelatorio— como la porción excluida (párrafo cuarto del art. 9.b LH).

d) En aquellos supuestos en los que fuera necesaria la previa inmatriculación de una finca aportada al proceso reparcelatorio queda eximida la necesidad de aportar su representación gráfica catastral o alternativa siendo suficiente la delimitación perimetral de la unidad de ejecución, lo cual ha de entenderse, como resulta del artículo 204 de la Ley Hipotecaria, para aquellos supuestos en que las fincas de resultado no hubieran sido previamente incorporadas al plano parcelario catastral con delimitación de las parcelas que hubieran de corresponderles. A tal fin, cuando no hubiera tenido lugar dicha incorporación previa, procederá que el registrador remita al Catastro copia de la representación gráfica aportada para la inmatriculación y el segundo devolverá al primero las referencias catastrales de la finca para su incorporación al asiento y la representación gráfica catastral con indicación, en su caso, de la coordinación de la finca con la descripción gráfica catastral.

e) En relación con las fincas ya inscritas según su representación gráfica deberán formar parte del instrumento reparcelatorio (dice la resolución que «*habrán de ser incluidas en la unidad de actuación administrativa*») conforme a la descripción resultante de su inscripción y sin perjuicio de su eventual modificación, destacando nuevamente que en caso de aportación parcial el resto excluido deberá ser objeto de representación gráfica.

f) En el supuesto de que con motivo de la inscripción del título reparcelatorio se optara por la fórmula de la agrupación instrumental previa de la totalidad de la superficie incluida en el ámbito o unidad de ejecución según contempla el artículo 68.3 del TRLSRU, resulta igualmente innecesaria la inscripción previa de su representación gráfica sin perjuicio de la aludida definición cartográfica del ámbito o unidad de ejecución.

g) La resolución prevé igualmente que a los viales y equipamientos públicos que constituyan fincas de resultado del proyecto de reparcelación les sea «*asignada una referencia catastral asociada a un recinto gráfico*».

h) Por fin, la resolución contempla, como modo de facilitar la coordinación entre el Registro y el Catastro, que una vez concluido el expediente reparcelatorio y antes de su inscripción en el Registro de la Propiedad, la Administración competente para su tramitación o las partes interesadas podrán presentar en el Catastro el título inscribible con la representación gráfica del ámbito o unidad de ejecución y de las fincas resultantes a fin de que asigne la referencia catastral a todas ellas (también a las que estuvieran afectas al dominio público) siempre que se den las tres siguientes condiciones:

- Las parcelas deberán abarcar la totalidad de la superficie objeto de reordenación de la propiedad, es decir, la total superficie reparcelada.

- Existencia de coherencia descriptiva y topológica entre los datos alfanuméricos y gráficos de cada finca.
- Intervención de los titulares de las fincas en la tramitación del expediente en la forma legalmente dispuesta.

De otro lado, la resolución prevé también la posibilidad de que la asignación previa de referencia catastral o de un identificador provisional a las parcelas resultantes sea solicitada directamente por el 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 cuya obtención requiere el cumplimiento de los requisitos técnicos dispuestos por la resolución en relación con los archivos en formato GML¹⁹.

IV. BREVE REFERENCIA A LOS BIENES DEMANIALES EN ÁMBITOS REPARCELATORIOS A LA VISTA DE LAS RESOLUCIONES DE 26 DE OCTUBRE DE 2015 Y 23 DE SEPTIEMBRE DE 2020

La presencia de bienes demaniales en la situación de origen de los ámbitos sujetos a actuaciones de transformación urbanística constituye una realidad no poco frecuente a la vista de la cual resulta igualmente relevante detenerse sobre sus implicaciones en relación con las exigencias derivadas de la coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro promovida por la Ley 13/2015²⁰.

Su interés se manifiesta, en efecto, en relación con aquellos suelos afectos al dominio público llamados a permanecer en su estado original, lo que así tiene lugar sin perjuicio de posibles cambios de trazado principalmente en el caso del dominio público pecuario, en el caso también del dominio público hidráulico o, entre otros, en relación con la presencia de redes públicas preexistentes cuando la ordenación contempla su mantenimiento bien sea sin sujeción a alteración alguna bien mediante la creación de planos superpuestos para su consideración como complejo inmobiliario.

No se trata, por lo tanto, de aquellos otros suelos demaniales de carácter dotacional llamados a participar en el proceso reparcelatorio de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística²¹, supuesto en el cual se produce su desaparición por mera sustitución por los suelos demaniales de nueva creación cuando estos fueran de superficie igual o superior a los aportados, participando en caso contrario en relación con el exceso, desaparición que impide lógicamente el riesgo de su invasión más allá de la procedencia de su inmatriculación como una finca más de origen²².

En este sentido, la cuestión de los bienes de dominio público cabe plantearla, tal y como se apunta por la Resolución de 23 de septiembre de 2020, desde un doble plano.

De un lado, desde la obligatoriedad de su inscripción por mandato expreso del artículo 36 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, a cuyo fin resulta fundamental su representación gráfica en orden a la consecución de la coordinación entre Catastro y Registro conforme a la Ley 13/2015, cuestión de la que se ocupan los apartados Duodécimo y Decimotercero de la resolución.

De otro, desde el reconocimiento de la protección del dominio público como principio central que impone a ambas instituciones públicas evitar su invasión o menoscabo, lo cual es singularmente relevante en relación con el demanio pe-

cuario e hidráulico afectado por actuaciones de transformación urbanística toda vez que la incorporación de la representación gráfica al folio real de cualquier finca habrá de ser rechazada en aquellos casos en los que el registrador albergue dudas sobre la correspondencia entre dicha representación y la finca inscrita ante la posible invasión del dominio público (arts. 9.b, 199, 203 y 205 LH), supuesto en el cual dice el artículo 199.1 que tal circunstancia habrá de ser comunicada a la Administración titular del inmueble afectado.

A estos efectos resulta de interés la referencia a dos recientes Resoluciones de 8 de septiembre y 5 de octubre de 2021 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en las que igualmente se toma en consideración otras dos de 1 de junio de 2020 y 28 de julio de 2021.

De la Resolución de 8 de septiembre de 2021, que se limita a reproducir en este punto la de 28 de julio anterior cuya doctrina se articula desde el principio general de *«evitar practicar inscripciones de bienes de propiedad privada que invadan en todo o en parte bienes de dominio público, inmatriculado o no, pues el dominio público, por la inalienabilidad que le define, supone, precisamente, la exclusión de la posibilidad de existencia de derechos privados sobre esa concreta porción del territorio catalogada como demanial»*, cabe destacar lo siguiente:

a) La protección dada al dominio público se extiende tanto sobre el que ya consta inscrito como sobre el no inscrito en cuanto el registrador contara con indicios suficientes sobre su existencia y con él pudiera colisionar alguna pretensión de inscripción.

b) Lo anterior supone que con antelación a la práctica de la inscripción procede que el registrador recabe informe o certificación administrativa de los que resulte la no invasión del dominio público, lo que así aparece previsto en la legislación especial (costas y montes) y en la propia legislación en materia de suelo en relación con la inscripción de las escrituras de declaración de obra nueva (art. 28.4.a del TRLSRU).

c) De igual modo, la protección del dominio público requiere, por aplicación de la Ley 13/2015, que se trate de evitar por el registrador la inscripción de nuevas fincas o de la representación gráfica georreferenciada de fincas ya inmatriculadas si tuviera dudas fundadas sobre la posible invasión del dominio público (arts. 9, 199, 203 y 205 LH).

d) Se destaca igualmente los medios técnicos puestos por la Ley 13/2015 al alcance de los registradores para prevenir la invasión del dominio público, a cuyo fin se refiere la aplicación auxiliar prevista en su artículo 9.b y en su disposición adicional primera en relación con el tratamiento de las representaciones gráficas, aplicación cuya homologación tuvo lugar a través de la Resolución de 2 de agosto de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por su parte, la Resolución de 5 de octubre de 2021 hace frente a la formulación de una oposición expresa por tres Administraciones Públicas a la inscripción de una representación gráfica por invasión de dominio público, ante lo cual, tras reiterar lo ya expresado en las anteriores Resoluciones de 28 de septiembre y 8 de julio de 2021, reconoce como fundadas e identificadas las dudas del registrador y recuerda la presunción de veracidad de que, salvo prueba en contrario, gozan los datos físicos que resultan de la cartografía catastral (art. 3.3 de la Ley del Catastro), rechazando, al tiempo, toda virtualidad al hecho de que en anteriores actuaciones ante la Administración no se pusiera de manifiesto afección alguna sobre el dominio público.

De todo ello se desprende, en fin, que el tratamiento en nuevos procesos de desarrollo urbano de los suelos demaniales preexistentes y objeto de permanencia exige atender no solo a su necesaria inscripción previa cuando no hubieran

accedido al Registro con antelación sino también a su protección desde la fase de ordenación y también en cuanto del proceso reparcelatorio pudieran resultar afectados con motivo de la inscripción del correspondiente proyecto reparcelatorio.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- RDGSJFP de 27 de enero de 2021
- RDGSJFP de 28 de julio de 2021
- RDGSJFP de 8 de septiembre de 2021
- RDGSJFP de 5 de octubre de 2021

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁNTARA MARTÍN, A., El dominio público y el Registro de la Propiedad tras la reforma de la ley hipotecaria por las Ley 13/2015, *Revista de Administración Pública* núm. 206, 2018, 243 a 289.
- *Los problemas de la inscripción registral del dominio público y su solución mediante las técnicas de la representación gráfica* (<https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/63943/68989.pdf?sequence=4>).
- DÍEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Ed. Tecnos, 1978, 240.
- GARCÍA GARCÍA, J.M., La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, 2239 a 2309.
- *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Tomo III, 223, Ed. Civitas, S.A., 2002.
- LASO BAEZA, V., El carácter obligatorio de la inscripción del proyecto de compensación y la exigibilidad de su cumplimiento a las Juntas de Compensación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, 601 a 613.
- LASO MARTÍNEZ, J.L., Algunos aspectos registrales de la acción administrativa en general y de los actos de reparcelación en particular, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 510, 1053 a 1087.
- LANZAS MARTÍN, E.P., La georreferenciación de edificaciones y de fincas resultantes de una reparcelación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774, 2145 a 2155.
- TRUJILLO CABRERA, J., *Representación gráfica de fincas en el Registro de la Propiedad*, Colección de Derecho Privado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid 2017"

NOTAS

¹ LASO BAEZA, V., El carácter obligatorio de la inscripción del proyecto de compensación y la exigibilidad de su cumplimiento a las Juntas de Compensación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, 601 a 613.

² La Resolución de 27 de enero de 2021 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, señala que el efecto esencial de la reparcelación consiste en «la transformación de la propiedad sustituyéndose las fincas aportadas por otras de nueva creación adaptadas a las previsiones legales y de planeamiento, la cesión obligatoria a la administración de los terrenos destinados a usos dotacionales, así como de aquellos terrenos en que se materializa el aprovechamiento correspondiente».

³ DÍEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión, Ed. Tecnos, 1978, 240, quien señala: «*del desarrollo de la circulación de la riqueza y el fomento del crédito territorial, que son objetivos de índole económica deseables en una sociedad bien organizada, están precisamente en función de la seguridad jurídica del tráfico (...). Toda la evolución histórica de la publicidad inmobiliaria es una lucha por alcanzar la seguridad del tráfico y por superar el secreto o el carácter privado de los actos y negocios relativos a bienes inmuebles hasta alcanzar una publicidad legitimadora o constitutiva*». En igual sentido, GARCÍA GARCÍA, J.M., La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, 2239 a 2309. Este último autor, en Derecho inmobiliario registral o hipotecario, Tomo III..., 223, Ed. Civitas, S.A., 2002, destaca que «*la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, la de los derechos y la del crédito, es la razón fundamental que inclina al legislador a establecer los efectos de la inscripción o de la publicidad registral como una carga para los particulares, pues en otro caso, se generalizaría la clandestinidad inmobiliaria con perjudiciales efectos de carácter jurídico y económico para los terceros, para la economía, para el tráfico y para el crédito, que repercutirían gravemente en la seguridad jurídica del derecho subjetivo mismo y de los propios negocios jurídicos en general*».

⁴ LASO MARTÍNEZ, J.L., Algunos aspectos registrales de la acción administrativa en general y de los actos de reparcelación en particular, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 510, 1053 a 1087.

⁵ LANZAS MARTÍN, E., se ha ocupado de una manifestación particular de la cuestión tratada en La georreferenciación de edificaciones y de fincas resultantes de una reparcelación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 774, 2019, 2145 a 2155.

⁶ El artículo 10.6 de la Ley 13/2015 dispone lo siguiente: «*Con el fin de asegurar el intercambio de información entre el Catastro y el Registro de la Propiedad, así como la interoperabilidad entre sus sistemas de información, mediante resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, se regularán:* a) *La forma, contenido, plazos y requisitos del suministro mutuo de información que sea relevante para el cumplimiento de las funciones respectivas.* b) *Las características y funcionalidades del sistema de intercambio de información, así como del servicio de identificación y representación gráfica de las fincas sobre la cartografía catastral.* c) *Los requisitos que deben cumplir la descripción técnica y la representación gráfica alternativa que se aporte al Registro de la Propiedad en los supuestos legalmente previstos*».

⁷ Se dice, en efecto, en el preámbulo que «*la finalidad de esta Ley es conseguir la deseable e inaplazable coordinación Catastro-Registro, con los elementos tecnológicos hoy disponibles, a través de un fluido intercambio seguro de datos entre ambas instituciones, potenciando la interoperabilidad entre ellas y dotando al procedimiento de un marco normativo adecuado, y así de un mayor grado de acierto en la representación gráfica de los inmuebles, incrementando la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario y simplificando la tramitación administrativa*».

⁸ «*Sobre la coordinación entre Catastro y Registro de la Propiedad ver TRUJILLO CABRERA, J., Representación gráfica de fincas en el Registro de la Propiedad, Colección de Derecho Privado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid 2017*».

⁹ El primer párrafo del artículo 9.b se refiere, además de a la reparcelación, a las operaciones de parcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos.

¹⁰ Publicada en el BOE de 30 de octubre de 2015.

¹¹ Apartado Cuarto de la resolución.

¹² Se trataría del supuesto contemplado en el apartado 1.b del acuerdo Decimocuarto de la Resolución de 23 de septiembre de 2020.

¹³ Los datos que ha de remitir el registrador al Catastro son los siguientes: «*a) Datos sobre la inscripción registral: identificación de la inscripción registral y su fecha; clasificación de los actos de que se trate y del tipo de alteración; datos de identificación y fecha de la escritura pública o del acto de aprobación del expediente en el que se han formalizado las alteraciones y autoridad que lo haya dictado; y, en su caso, existencia de una autorización administrativa y su fecha.* b) *Datos de los bienes inmuebles afectados: referencia catastral que se corresponda con la identidad de las fincas; nombre y apellidos o razón social de los transmitentes y adqui-*

rentes o titulares de los derechos inscritos susceptibles de incorporación al Catastro, con su número de identificación fiscal y domicilio; la localización y superficie, junto con sus datos descriptivos y los datos de los elementos constructivos que los compongan, si los hubiere. c) Información gráfica: código seguro de verificación de la certificación catastral descriptiva y gráfica vigente de los bienes inmuebles cuya representación gráfica haya sido incorporada al folio real de la finca. d) Información sobre la coordinación: código de las fincas registrales y fecha de coordinación».

¹⁴ Apartado Quinto de la resolución.

¹⁵ Dichos requisitos técnicos previstos en el apartado Séptimo de la resolución son los siguientes:

«1. Para inscribir o incorporar al folio real la representación gráfica alternativa, cuando legalmente proceda, deberá estar aportada y aprobada expresamente por el propietario de la finca o por la autoridad judicial o administrativa que haya tramitado y resuelto el procedimiento pertinente, y reunir los requisitos siguientes:

a) La delimitación geográfica de las fincas deberá realizarse mediante la expresión de las coordenadas georreferenciadas de los vértices de todos sus elementos.

b) Deberá contenerse en el fichero informático, en formato GML, previsto en el Anexo de esta resolución, cuyos datos deberán corresponderse con los datos descriptivos y de superficie de la parcela o parcelas resultantes cuya inscripción se solicita. El citado fichero habrá de estar firmado electrónicamente, en su caso, por el técnico que haya intervenido en su elaboración, y autenticado con firma electrónica o por otros medios fehacientes por el propietario o autoridad competente según proceda.

c) Deberá estar representada sobre la cartografía catastral y respetar la delimitación de la finca matriz o del perímetro del conjunto de las fincas aportadas que resulte de la misma, precisando las partes afectadas o no afectadas, de modo que el conjunto de todas las parcelas catastrales resultantes respete la delimitación que conste en la cartografía catastral.

El cumplimiento de dichos requisitos podrá acreditarse aportando una representación gráfica suscrita por técnico competente, o aprobada por la autoridad correspondiente u obtenida mediante digitalización sobre la cartografía catastral, todo ello de acuerdo con los requisitos y características contenidos respectivamente en los números 2, 3 y 4 de este apartado.

2. Cuando se aporte una representación gráfica suscrita por técnico competente, la definición geométrica de las parcelas derivada del trabajo topográfico contendrá la fecha de realización, los datos del solicitante, la metodología utilizada, los datos de identificación de las parcelas catastrales afectadas, la representación gráfica de cada una de las parcelas resultantes, representadas sobre la cartografía catastral, la superficie obtenida y un listado de coordenadas de sus vértices.

El técnico que suscriba la representación gráfica deberá declarar, bajo su responsabilidad, que el trabajo se ha ejecutado cumpliendo las especificaciones técnicas contenidas en la presente resolución, siguiendo la metodología especificada, no estar incurso en causa alguna que le impida o limite el ejercicio legítimo de su profesión o de incompatibilidad legal para su realización, así como el cumplimiento de los siguientes requisitos técnicos:

a) Metodología de elaboración. La representación gráfica se podrá obtener mediante la realización de un levantamiento topográfico sobre el terreno, en el que se detallen, entre otras cuestiones, sus características técnicas y escala, o mediante otra metodología que se considere más apropiada al entorno de trabajo.

b) Sistema de georreferenciación. La descripción de las parcelas deberá estar georreferenciada en todos sus elementos. Se utilizará como sistema geodésico de representación el de la cartografía catastral, que es el sistema de referencia ETRS89 (European Terrestrial Reference System 1989) y en el caso de Canarias el sistema REGCAN95, empleando en ambos casos la Proyección Universal Transversa de Mercator (UTM), de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 1071/2007, de 27 de julio, por el que se regula el sistema geodésico de referencia oficial en España.

c) Topología. La representación gráfica de las parcelas deberá tener una topología de tipo recinto en la cual no existan auto intersecciones, pudiendo tener recintos inscritos en la finca (huecos, construcciones u otros). Los distintos objetos cartográficos adyacentes no pueden superponerse entre sí ni dejar huecos. En el caso de fincas discontinuas se efectuará una representación gráfica de cada una de las porciones que la compongan.

d) *Representación sobre la cartografía catastral.* Los planos topográficos de las parcelas resultantes deberán estar representados sobre la cartografía catastral, a fin de permitir la comprobación de la correspondencia entre las parcelas objeto de las actuaciones y la descripción que figura en el Catastro Inmobiliario.

La representación gráfica comprenderá, por tanto, todas las parcelas catastrales que deban ser objeto de alteración o modificación, total o parcialmente, incluyendo no solo las parcelas que correspondan con la finca objeto de la inscripción, sino también las parcelas catastrales o bienes de dominio público colindantes cuando resulten afectados, debiendo precisarse las partes afectadas y no afectadas.

La alteración cartográfica de las fincas afectadas habrá de respetar la delimitación del resto de las colindantes que resulte de la cartografía catastral, de modo que la delimitación del conjunto de las parcelas resultantes de la alteración o modificación coincida con la delimitación del conjunto de las parcelas extraídas de la cartografía catastral, con una tolerancia en sus vértices de ± 1 cm.

Si se realiza un levantamiento topográfico que ponga de manifiesto que la cartografía catastral presenta un desplazamiento o giro, la representación gráfica resultante se deberá apoyar en la cartografía catastral existente respetando las distancias relativas. El técnico hará constar en su informe la magnitud y dirección del desplazamiento o giro observados.

e) *Precisión métrica.* La representación gráfica de las parcelas afectadas que proponga modificaciones o rectificaciones de la delimitación de las parcelas existentes en la cartografía catastral, deberá garantizar las precisiones métricas consecuentes con la metodología aplicada:

— Cuando la representación gráfica se derive de un levantamiento topográfico, este deberá tener una precisión absoluta tal que el error máximo sea inferior a 25 cm y que el 85% de los puntos tengan un error máximo de 20 cm, cualesquiera que sean los medios utilizados (topografía clásica o técnicas de posicionamiento GNSS).

— Cuando la representación gráfica se realice mediante digitalización sobre la cartografía catastral, la precisión geométrica será de $\pm 0,20$ m o de $\pm 0,40$ m, según se represente sobre cartografía catastral urbana o rústica respectivamente».

¹⁶ Ver nota precedente.

¹⁷ Los extremos en cuestión del informe de validación de la representación gráfica alternativa son los siguientes: que el fichero que contiene la representación gráfica cumple las condiciones del formato y estructura de la información previstas en el Anexo de la resolución y que la representación gráfica georreferenciada remitida cumple los requisitos establecidos en el párrafo cuarto del artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria.

¹⁸ Publicada en el BOE de 10 de octubre de 2020.

¹⁹ Para la práctica en este caso de la inscripción de la representación gráfica de las fincas, dice la resolución que «basta 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».

²⁰ Sobre la inscripción del dominio público y las técnicas de representación gráfica resultan fundamentales los dos siguientes trabajos de ALCÁNTARA MARTÍN, A.: de un lado, la que constituye su tesis doctoral objeto de lectura en la Universidad de Granada el 8 de octubre de 2020 bajo el título *Los problemas de la inscripción registral del dominio público y su solución mediante las técnicas de la representación gráfica* (<https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/63943/68989.pdf?sequence=4>); de otro, el artículo *El dominio público y el Registro de la Propiedad tras la reforma de la ley hipotecaria por las Ley 13/2015*, publicado en la *Revista de Administración Pública* núm. 206, 2018, 243 a 289.

²¹ El artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística, con un alcance análogo al reflejado en la legislación autonómica, por ejemplo por el artículo 20.2.b de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, dice lo siguiente: «cuando las superficies de los bienes de dominio y uso público anteriormente existentes que fueren igual o inferior a la que resulte como consecuencia de la ejecución del Plan, se entenderán sustituidas unas por otras. Si tales superficies fueran superiores a las resultantes de la ejecución del Plan, la Administración percibirá el exceso, en la proporción que corresponda, en terrenos edificables».

²² Apartado 3.º del punto Decimocuarto de la Resolución de 23 de septiembre de 2020.

RECENSIONES
BIBLIOGRÁFICAS

CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, *Responsabilidad por los daños resultantes de cosas caídas o arrojadas desde edificios*, Reus, Madrid, 2021.

por

AMELIA SÁNCHEZ GÓMEZ

*Profesora contratada Doctora de Derecho civil
del Departamento de Derecho civil de la UCM*

Como anuncia su título, este libro afronta el estudio del artículo 1910 del Código civil referido a la responsabilidad por los daños causados por las cosas caídas o arrojadas desde una casa o parte de ella que, como es sabido, se hace recaer sobre el cabeza de familia que habita en ella. Como se pone de manifiesto a lo largo de sus páginas, estamos ante una cuestión de indudable interés o utilidad pública, a saber, la seguridad del tráfico viario, que nació en Roma, se mantuvo a lo largo de los siglos y pervive hoy.

Sobre el precepto analizado es digna de mención la interpretación extensiva del mismo, como resulta del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como de los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales. Este proceder ha permitido su aplicación a supuestos muy variados, algunos de candente actualidad, a los que se presta especial atención, como los acaecidos tras el paso de la borrasca Filomena, que provocó en muchas localidades daños por la caída de la nieve y del hielo acumulados en los edificios.

La autora ha dividido su obra en cuatro capítulos.

En el primero expone sus antecedentes y estudia la naturaleza jurídica de la responsabilidad que instituye el precepto comentado.

En el examen de los antecedentes históricos se destaca cómo la cuestión de la responsabilidad que contempla el artículo 1910 preocupó ya desde el Derecho Romano ante la frecuencia con que se producían accidentes ocasionados por las cosas caídas o arrojadas desde las casas. A través del Derecho pretorio, por razones de utilidad pública y para garantizar la seguridad del tráfico viario, se arbitraron ciertas acciones que otorgaban protección a los transeúntes, potenciales víctimas del estilo de vida romano. Para el ejercicio de estas acciones y, ante la dificultad de determinar con certeza al autor del evento dañoso, se atribuyó la legitimación pasiva a quien habitase la casa de la que procedía el objeto. La preocupación del legislador ante este tipo de eventos dañosos permaneció a lo largo del tiempo, lo que tuvo su fiel reflejo en todos los Proyectos de Código civil que acogieron su regulación expresa —apartándose de la línea seguida por el codificador francés—, y que cristalizó en nuestro artículo objeto de análisis.

La autora afronta, en segundo lugar, el estudio de la naturaleza jurídica de la responsabilidad del cabeza de familia. Para ello, realiza un detenido examen

de la posición de la jurisprudencia y de las tesis doctrinales que se han venido manteniendo, concluyendo que estamos ante un caso de responsabilidad objetiva, fundado en el riesgo creado por el uso de las cosas. En consecuencia, quien como principal utiliza, disfruta o explota el inmueble desde el que cae la cosa causante del daño, debe responder, sin poder exonerarse, aunque acredite un comportamiento diligente. En efecto, quien obtiene un beneficio directo por el uso de una cosa debe soportar los costes que la misma conlleva, entre ellos, la indemnización del quebranto sufrido por un tercero. Todavía más, responde como guardián, por ser quien debe controlar la esfera del riesgo, esto es, la casa que habita. Su responsabilidad, en definitiva, no se fundamenta en que las cosas hayan sido arrojadas intencionalmente o que han caído porque no estaban colocadas en un lugar seguro, sino meramente en que la cosa procede de un determinado entorno, la casa, que es el lugar sobre el que extiende su control.

En tercer lugar, tras el examen de la naturaleza jurídica de la responsabilidad se analizan las causas de exoneración de dicha responsabilidad, con especial atención al viento como posible hecho constitutivo de fuerza mayor, por cuanto es el supuesto que genera más litigiosidad.

Situados en el capítulo segundo, se aborda con gran exhaustividad la determinación del sujeto responsable para lo cual la autora examina diversas cuestiones de gran interés. Entre otras, pueden citarse, la relativa a qué ha de entenderse por habitar una casa; o qué quiere decir habitar como cabeza de familia; o quién es el sujeto responsable cuando varias personas habitan una casa en condiciones de igualdad; o quiénes son las personas por las que se debe responder o, en fin, la relativa a la acción de regreso que pueda proceder, en su caso, frente al causante directo del daño; sin olvidar qué sucede en los supuestos en que no puede identificarse al autor del evento dañoso.

Igualmente estudia si es preciso que la casa se use, es decir, se habite, para que su principal responda por los daños causados por las cosas caídas o arrojadas. Esta interpretación, sin embargo, plantea dudas a la autora pues, como señala, llevaría a concluir que los supuestos de daños por cosas caídas o arrojadas desde casas deshabitadas deberían reconducirse al artículo 1902 del Código civil lo que, por una parte, hace de peor condición al perjudicado frente al dañado de cosas procedentes de casas habitadas, al tener que identificar al autor del hecho dañoso y probar la concurrencia de culpa; y por otra, favorece y premia al propietario que no habita y no cuida. En definitiva, la exigencia del hecho de habitar daría origen a dos regímenes de responsabilidad diferentes según la casa estuviese habitada o deshabitada: objetiva para el primero y subjetiva para el segundo.

Frente a esta interpretación, sostiene la autora que, de acuerdo con la finalidad del artículo 1910, recuérdese, mantener la seguridad en los lugares de tránsito y proteger al perjudicado sin tener que probar quién es el autor del hecho dañoso, se debe poner el acento en el hecho de tener la disponibilidad de la vivienda, local o recinto para ser usado, y no en el hecho de habitar o morar. La casa es un bien potencialmente peligroso que reporta una utilidad al propietario, la habite o no, por lo que debería responder objetivamente de los daños que causa.

No desconoce la autora que la mención en el artículo 1910 del Código civil del hecho de que el sujeto responsable habite en la casa, indica que la responsabilidad se anuda al uso de la vivienda y no a la titularidad dominical. Asimismo, es evidente que el precepto referido no utiliza el término «propietario», frente a los cercanos artículos 1906, 1907 y 1908 del Código civil que sí se refieren a él, lo que permite deducir que no es un *lapsus* del legislador, sino que la elusión del término propietario hay que tenerla por voluntaria.

Sin embargo, concluye que con ello no se persigue instituir un régimen de responsabilidad civil diferente para los daños causados por las cosas que proceden de inmuebles, según estén habitados o no, sino excluir la responsabilidad del propietario cuando es un tercero quien habita la casa de la que procede el objeto dañoso, de manera que recaería sobre quien efectivamente la usa, ya sea el arrendatario, el usufructuario, el titular de un derecho real de uso y habitación, el comodatario, el precarista, e incluso el okupa, excluyendo la responsabilidad del propietario porque no habita. Por el contrario, si la casa está desocupada, resultaría responsable el propietario de acuerdo con el artículo 1910 del Código civil por ser quien tiene la disponibilidad de la vivienda, local o recinto, quien recibe su utilidad, se beneficia de ella, asume el deber de controlar lo que ocurre allí. El guardián originario es el propietario, pero deja de serlo cuando pierde su uso. Pero no perdiendo el uso, mantiene la disponibilidad y el control y estima que debería responder como cabeza de familia, como principal.

Una vez examinado quién es el sujeto responsable, en el capítulo tercero se adentra en el análisis del ámbito objetivo de la responsabilidad del cabeza de familia para determinar cuál es lugar del que ha de proceder la cosa que cae o es arrojada y cuál el lugar al que cae la cosa y en el que se produce el daño, así como los objetos cuya caída puede dar origen a la responsabilidad del artículo 1910 del Código civil.

Entre estas cuestiones, y en relación con el lugar al que cae la cosa y en el que se produce el daño, se refiere a la cuestión más discutida que consiste en determinar si su ámbito se circunscribe a los daños causados por un objeto que procede del interior de la casa y sale hasta el exterior, o también se incluyen los ocasionados por un objeto que procede del interior de un recinto y que cae dentro del mismo. Estima la autora que la finalidad del artículo 1910 no es proteger en todo caso a quienes se encuentran dentro de propio recinto del que procede el objeto que causa el daño, sino garantizar la seguridad en los lugares de tránsito, ya se trate de un vía pública o privada. Daños, en definitiva, ocasionados por el lanzamiento o la caída o filtración de objetos hacia el exterior de la casa de la que procede, si bien, adecuando el artículo 1910 a la realidad social actual (art. 3.1 CC) sería posible su aplicación a los daños causados por el lanzamiento o caída de objetos en el interior de cualquier recinto cerrado donde se reúnan una pluralidad de personas con cualquier fin (como un centro comercial, cine, teatro, sala de conferencias o congresos, un auditorio, o un estadio de fútbol), en tanto estos lugares puedan calificarse como lugar de tránsito.

Finalmente, y ya en el capítulo cuarto, examina si se incluyen en el ámbito de aplicación del artículo 1910 las cosas que forman parte de los edificios y, con acierto, se acomete el análisis de la responsabilidad del cabeza de familia en los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal a los efectos de determinar a quién corresponde la responsabilidad por los objetos que se caen o se arrojan desde los mismos teniendo en cuenta la gran diversidad de supuestos que se pueden presentar. Considera que, en principio, tratándose de daños que tienen su origen en los elementos comunes, la responsabilidad se atribuye a la comunidad de propietarios pues es quien ostenta la facultad de usarlos y tiene la obligación de conservarlos. En este sentido, constituye doctrina jurisprudencial mantener la existencia de una responsabilidad meramente objetiva de la comunidad de propietarios cuando los daños son causados por las cosas que se arrojan o cayeren desde el espacio común del edificio. Sin embargo, apunta que esta regla general ha de ser objeto de matizaciones, para lo que deben distinguirse diferentes supuestos que son objeto de un análisis separado

según se trata de cosas arrojadas o caídas desde un elemento común, y en este segundo caso si lo que cae es el propio elemento, o un objeto depositado en un elemento común de uso común, o por el contrario, si el objeto procede de un elemento común de uso privativo, o si estamos ante la caída de objetos fijados o colocados en elementos comunes, como ocurre con las estructuras de aluminio de cerramientos de terrazas situadas en la cubierta del edificio, o de toldos o tenderos atornillados a la fachada del edificio.

En suma, el resultado de este trabajo riguroso es el libro que se presenta fruto de una labor de investigación exhaustiva y profunda que ha permitido recuperar y traer de nuevo a la actualidad el «olvidado» artículo 1910 del Código civil.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista.

En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en inglés (*abstract*).
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en inglés (*key words*).

1.3. Extensión

- Los estudios tendrán una extensión entre 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las recensiones bibliográficas, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 (salvo las Notas, cuyo tamaño será 10).
- Interlineado: Sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Alineación de los párrafos: justificado a derecha e izquierda.

1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un Sumario al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I. EN VERSALES
- II.1. EN VERSALITAS
- III.1.A. *En cursiva*
- IV.1.A.a) En redondo
- V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo

El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

- I.- [...]
- II.- [...]
- III.- [...]

Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas a lo largo del trabajo siempre en conexión con el tema. Dicha cita se hará con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

Por último, contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado y para las Notas al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato

APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association*, disponibles en www.apastyle.org.

- Libro:
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.
- Capítulo de Libro:
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial del nombre y apellido/s (ed./dir./coord.). Título de Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. Inicial y final).

Ej.: DÍAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).
- Artículo:
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.
- Documento electrónico:
Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en <http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139>

Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La

cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente...

- Tanto las citas con referencia bibliográfica como las Notas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas y no en la página en que corresponda insertar la cita.

3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc., se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (registrador, notario, abogado...), órganos (tribunal, juzgado...), preceptos (artículo, decreto...), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad...) y para los títulos de las normas.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopdc@corpme.es.



Suscripción anual: 104 €
Número suelto: 25 €

ISSN 0210-0444

